

N.F. Nº - 206890.0001/20-8
NOTIFICADO - C E S COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA
NOTIFICANTE - LUCILIA PEREIRA LEDO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 26/07/2021

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0210-06/21NF-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS EM RAZÃO DA APLICAÇÃO DE ALIQUOTA DIVERSA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS. Rejeitada a preliminar de nulidade. Contribuinte comprovou que parte dos produtos comercializados, tiveram seu imposto substituído. Refeito os cálculos do valor do ICMS cobrado. Infração subsistente em parte. Instância única. Notificação Fiscal **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 30/06/2020, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$13.279,87, mais acréscimo moratório no valor de R\$679,25, e multa de 60% no valor de R\$7.967,93, perfazendo um total de R\$21.927,05, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 03.02.02 Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Conforme dois demonstrativos: Débito a Menor – Erro de Alíquota – Nota Fiscal Eletrônica – NFe e Débito a Menor – Erro de Alíquota – Nota Fiscal de Consumidor Eletrônica – NFCE.

Enquadramento Legal: Artigos 15, 16 e 16-A da Lei 7.014/96.

Tipificação da Multa: Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96.

O Notificado apresenta peça defensiva com anexos, às fls. 15 a 117.

Inicia sua defesa dizendo que a notificada tomou ciência do referido auto de infração em 14/08/2020 (sexta-feira), iniciando-se a contagem do prazo no dia útil seguinte, 16/08/2020 (segunda-feira). Sendo assim, decorridos os 60 (sessenta) dias preconizados em lei, o último dia para interposição da presente defesa ocorre na data de 16/10/2020 (sexta-feira). Assim, protocolizada hoje, é tempestiva a presente defesa.

DA NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO – A Notificação resta eivada de nulidade, pois, em conformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico, o Demonstrativo elaborado pelo Sr. Fiscal deveria relacionar a Nota Fiscal, discriminando-a, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida. Conforme preconiza a legislação tributária, deverá o auto de infração identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade, devendo, portanto, observar os seguintes requisitos:

- a) Nome e qualificação do autuado;
- b) O local, a data e a hora da lavratura;
- c) A descrição clara e precisa do fato;
- d) A descrição da disposição legal infringida, bem como a legislação utilizada para a aplicação de juros e correção monetária;
- e) A exigência a ser cumprida;

- f) A intimação para cumprir a exigência ou impugná-la dentro do prazo legal;
- g) A assinatura do autuante e do autuado, quando possível;
- h) A indicação da repartição aonde ocorrerá o processo.

Diz que o cumprimento dos requisitos acima tem como única e exclusiva finalidade assegurar ao autuado o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa. Assim, verifica-se que a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores, bem como todos os demais elementos obrigatórios por lei, que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro do Sr. Fiscal. Tal fato por si eiva de nulidade o auto de infração lavrado pois desobedece ao Art. 142 do CTN (copia o art. citado).

Informa que, além da nulidade acima mencionada, denota-se outra nulidade pois as notificações não descrevem como deveriam a legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas delas advindas, acarretando um novo cerceamento de defesa. Em vista aos fatos alocados, torna-se primordial a declaração de nulidade do auto de infração e consequente inexigibilidade das multas aplicadas para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais. Se assim não entendido, permite-se a notificada requerer diligências necessárias para a constatação dos reais valores devidos, evitando assim em detrimento aos seus direitos o locupletamento desmotivado do Estado.

DO MÉRITO - Destaca que durante vários anos e em várias revisões fiscais já ocorridas, a notificada em nenhum foi alvo de autos de infração, pois sempre primou pela observância das exigências legais de seu ramo de atividade, sendo tal fato demonstrativo de suas qualidades empresariais. Ao entender da notificada, os termos alocados pelas notificações e ainda, o valor amostrado por estas, obrigaram-na à apresentação da Defesa Escrita, para perfeição de suas razões, que serão abaixo alinhavadas.

Diz que o valor pelas notificações e as multas impostas, são reveladores da integral incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial, quer pelo patrimônio pessoal, caracterizando a prática do confisco, expressamente vedada pela Constituição Federal, representando ofensa aos direitos dos contribuintes (copia art.150 da CF).

Informa que, após análise da Notificação Fiscal, constata-se a ocorrência de equívoco no Auto de Infração 2068900001/20-8, gerando a autuação com valores superiores ao valor devido. Na apontada infração, a fiscalização indicou recolhimento a menor por erro de alíquota, resultando no valor total da infração de R\$21.927,05. *Permissa vênia*, entende-se improcedente tal imputação, posto que, há excesso de lançamento dos valores autuados supostamente indevidos do referido crédito, conforme se observa das planilhas anexas.

Reafirma que, o equívoco na autuação decorre do fato dos produtos envolvidos serem matérias primas, constituem procedimento de transformação e assim, somente devem ser tributados quando ocorrer a saída definitiva ao consumidor final. Desta forma não que se falar em tributação quando ocorre a entrada em estoque, logo, os produtos de padaria, especialmente, os insumos envolvidos nos processos de transformação, apenas tem incidência de tributação quando efetivamente tiver saída ao consumidor final.

Desse modo, impugna-se o montante total autuado de R\$21.927,05, diante dos argumentos apontados, sobretudo pela insubsistência arguida. Assim, o auto de infração, nos pontos atacados não corresponde à realidade, ressaltando o reconhecimento parcial referente ao Auto de Infração em questão. Tal previsão torna o auto de infração, ora impugnado, parcialmente insubsistente, posto que no demonstrativo constante na planilha, alguns dos apontamentos foram feitos erroneamente.

Informa que, no tocante à parte efetivamente devida, a Autuada efetuou o pagamento/parcelamento do débito, utilizando-se do benefício da redução da multa, conforme comprovante anexo aos autos.

DA MULTA – O fato da multa constituir sanção a ato ilícito, e no entendimento do Autuante, supostamente, não abrangida pela vedação ao confisco, não tem o condão de afastar o juízo de que sua aplicação deve estrita observância ao princípio da proporcionalidade e ao princípio da razoabilidade, sob pena de ferir o Estado Democrático de Direito, contido no art. 1º da CF/88.

A proporcionalidade possui 03(três) aspectos: adequação (idoneidade o meio para alcançar o fim), necessidade (não como a aptidão para realizar o fim, e sim, como a sua realização pelo meio menos gravoso) e proporcionalidade em sentido estrito (colisão de direitos igualmente protegidos). Assim, a multa atende ao primeiro requisito, todavia lhe faltam os dois últimos requisitos. É razoável que a multa seja fixada em patamar elevado, mas não que o seja em excessiva onerosidade, representada pela alíquota aplicada pelo Sr. Fiscal, sob pena de constituir meio por demais gravoso.

Entende que a multa aplicada desrespeita, também, o princípio da razoabilidade, o que no caso sob análise, restou constatado pela desvirtuação das finalidades sancionatórias e inibitórias para pretender-se uma vantagem excessiva, que, inclusive, configura enriquecimento ilícito.

CONCLUSÃO – Á vista do exposto, requer seja julgado parcialmente procedente o auto em exame, sendo homologado o pagamento/parcelamento efetuado, bem como, cancelando-se o crédito tributário insubsistente e determinando-se o arquivamento do presente processo administrativo fiscal, ou, caso assim não entenda, o que por certo não ocorrerá, seja reduzida a multa aplicada, posto que irrazoável e desproporcional.

Requer ainda a produção de provas pelos meios permitidos, especialmente a juntada dos documentos em anexo e a posteriori, em especial os comprovantes de pagamento dos DAE's recolhidos, bem como fiscais que forem necessárias.

Requer que o advogado que subscreve esta defesa seja intimado através do endereço constante no preâmbulo e no rodapé desta petição, das sessões de julgamento, bem como para prestar qualquer esclarecimento adicional, na forma preconizada na legislação, sob pena de nulidade.

A Notificante presta Informação fiscal nas fls.119 a 122, preliminarmente transcreve a infração com os valores cobrados, discorre sobre as alegações da defesa apresentada e passa a contestação.

1 – INFRAÇÃO I

Em relação ao valor cobrado referente a falta de recolhimento do ICMS nas saídas de mercadorias através de Nota Fiscal Eletrônica – NFe, no valor histórico de R\$2.327,55, a autuada parcelou o valor histórico de R\$96,85, contestando a aplicação da multa e acréscimos moratórios em seu valor total, bem como, conforme informações inseridas item a item na planilha constante às 15 a 49 da peça defesa apresentada em meio eletrônico; dos itens que foram objeto de autuação, planilha páginas 51 a 82 da citada peça, constam as seguinte observações:

“Produto destinado a produção na padaria, notas emitidas para controle de Produção e Estoque.”

Item referente desagregação ou formação de Kit, CFOP correto 5926;

BROA DE MILHO KG – Produto derivado de farinha de trigo, enquadrado no Anexo 1 da substituição NCM 1905.31

HAMBURGER GOURMET SEARA 400G – Carne em formato de Hambúrguer, sem sal ou temperos, produto em natura. Enquadrado no Anexo 1 da substituição. ”

Além da inserção em planilhas, a autuada alega que não há que se falar em tributação pois são insumos e que as operações referentes aos itens relacionados são tributadas quando da saída para o consumidor final. A autuada não comprova tais alegações. Não é feita qualquer vinculação através dos documentos fiscais emitidos entre os produtos constantes da autuação e os produtos comercializados pela padaria.

Os itens que trata como desagregação de kit, informa por ocasião da defesa que o CFOP correto é 5926. Não pode a autuada pretender alterar, no momento da defesa, o CFOP constante da sua escrituração fiscal. Se porventura fosse possível acatar a alegação pretendida, restaria sem comprovação a contrapartida, ou seja, o retorno dos aludidos Kit, via 1926, o que não ocorreu.

Em relação ao HAMBURGER GOURMET SEARA – a argumentação de tratar-se de produto enquadrado na substituição tributária não procede, pretende enquadrar o item como carne da NCM 02023000, mas trata-se de produto da NCM 1602.50.00, portanto fora da substituição tributária.

Procede razão a autuada em relação ao total da infração, apenas o item BROA DE MILHO - Produto derivado de farinha de trigo, enquadrado no Anexo 1 da substituição NCM 1905.31, cujo valor autuado nessa infração, corresponde ao mês de fevereiro no valor de R\$0,31.

Não cabível as razões da defesa apontada, no que se refere à multa aplicada, uma vez que a autuação obedece ao disposto no art.42, inciso II “a” da Lei 7.014.

II – INFRAÇÃO II

Em relação ao valor cobrado referente a falta de recolhimento do ICMS nas saídas de mercadorias através de Nota Fiscal de Consumidor eletrônica - NFce, no valor histórico de R\$ 10.952,32, a autuada alegou nulidade da infração por cerceamento de defesa sob o fundamento de que não consta a relação da nota fiscal de forma discriminada e contestou a multa aplicada.

Conforme constante da Planilha anexa em sua defesa nas páginas 94 a 105, relacionou todos os itens objeto da autuação, como “DEVIDO” com exceção apenas de um único item, a “broa de milho” e efetuou o Parcelamento nº 1578320-0 do valor de R\$10.359,56, ou seja, todo valor histórico autuado com redução apenas do valor de R\$592,76, que se refere exatamente à broa de milho.

Alega a autuada, em sua peça de defesa, página 11 (meio eletrônico), que parcelou a parte “incontroversa”, do Auto de Infração. Pelo exposto, conclui-se que resta como controverso em relação ao valor autuado, o valor histórico de R\$592,76, referente ao item broa de milho, sob a alegação de enquadramento como “Produto derivado de farinha de trigo, anexo 1 da Substituição Tributária NCM 1905.31. Acatada a alegação da autuada.

Resta o questionamento da multa aplicada. Não cabível as razões de defesa apontada, uma vez que a autuação obedece ao disposto no art.42, inciso II “a” da Lei 7.014.

III – CONCLUSÃO

Face as razões apontadas, o valor histórico da infração I, foi reduzido para R\$2.327,24, em função do item broa de milho acatado no valor devido de R\$0,31, conforme demonstrativo anexo (meio eletrônico – CD) da INFRAÇÃO I-NFe.

Diante do exposto, o valor histórico do débito da infração II foi reduzido para R\$10.345,56, exatamente como reconhecido no Parcelamento nº 1578320-0 efetuado pela autuada. Reconheço assim a procedência parcial da referida infração.

O demonstrativo de débito da INFRAÇÃO II – NFce, conforme anexo (meio eletrônico-CD), corresponde ao apresentado pela autuada no parcelamento.

Ressalvando ainda, que a autuada contestou e não recolheu, qualquer valor, em relação ao total das infrações, correspondentes à multa e acréscimos moratórios aplicados.

Conforme o parágrafo 8º do art.127 do RPAF-Decreto 7.629/99 é dispensada a ciência do sujeito passivo na hipótese de refazimento de demonstrativo ou levantamento efetuado em função de argumentos e provas apresentadas pela autuada.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide, totalizou o valor principal de R\$13.279,87, e é composta de 01 (uma) infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste

Acordão.

Preliminarmente, a autuada impugna o lançamento arguindo que a autuação está eivada de nulidade, pois, em conformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico, o Demonstrativo elaborado pelo Sr. Fiscal deveria relacionar a nota fiscal, discriminando-a, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida. Conforme preconiza a legislação tributária, deverá o auto de infração identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade. Diz que o cumprimento dos requisitos acima tem como única e exclusiva finalidade assegurar ao autuado o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa. Além disso, as notificações não descrevem como deveriam a legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas delas advindas, acarretando um novo cerceamento de defesa.

Analizando os elementos que compõem o presente PAF, não acolho a preliminar de nulidade apresentadas na impugnação, pois entendo que: (i) a descrição dos fatos na presente Notificação foi efetuada de forma compreensível, permitindo que a Notificada elaborasse sua defesa sem nenhum impedimento; (ii) foram determinados, com segurança, a infração e o infrator; (iii) foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; (iv) não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante aos levantamentos e documentos acostados aos autos, e entregues ao Notificado no momento da ciência da Notificação Fiscal. Portanto, o mesmo está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV, do art.18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito o Notificado informa que, após análise da notificação fiscal, constata-se a ocorrência de equívoco no Auto de Infração 2068900001/20-8, gerando a autuação com valores superiores ao valor devido, pois há excesso de lançamento dos valores autuados supostamente indevidos do referido crédito, conforme se observa das planilhas anexas. Informa que refez as planilhas no tocante à parte efetivamente devida, e efetuou o pagamento/parcelamento do débito, utilizando-se do benefício da redução da multa, conforme comprovante anexo aos autos.

A Notificante informa que analisou as planilhas apresentadas pela defesa e contesta parte das argumentações apresentadas, onde *“autuada alega que não há que se falar em tributação pois são insumos e que as operações referentes aos itens relacionados são tributadas quando da saída para o consumidor final. A autuada não comprova tais alegações. Não é feita qualquer vinculação através dos documentos fiscais emitidos entre os produtos constantes da autuação e os produtos comercializados pela padaria”*.

Não acata também o pedido de exclusão da planilha, feita pela autuada, do produto HAMBURGER GOURMET SEARA por entender que esse produto não está incluso no Anexo 1 da Substituição Tributária, devendo portanto ser tributado normalmente na saída, por fim em relação ao produto BROA DE MILHO, concorda com a defesa e refaz a planilha para os novos valores da Notificação Fiscal.

Informa também, que a Notificada entrou com o pedido e parcelou o débito reconhecido, com exceção, dos itens contestados e os valores correspondentes à multa e acréscimos moratórios.

Analizando os elementos que compõem o PAF, as planilhas elaboradas pela Notificante e as planilhas apresentadas pela defesa, constato que cabe razão à Notificante. A empresa notificada na sua defesa se limitou a anexar as planilhas elaboradas pela Notificante com as alterações dos produtos que considerava que não cabia a cobrança, sem, no entanto, apresentar qualquer prova capaz de elidir a infração.

Acompanho o entendimento da Notificante em retirar a cobrança do ICMS do produto BROA de MILHO que é um produto que utiliza como matéria prima a farinha de trigo, um produto com o ICMS já substituído, e mantendo a cobrança do ICMS do HAMBURGER GOURMET SEARA que tem

seu NCM 1602.50.00 que não consta no Anexo 1 do RICMS, portanto não é um produto sujeito a Substituição Tributária, devendo ser tributado normalmente na saída.

Desta forma, com as alterações acatadas pela Notificante, a Notificação Fiscal ficará com os seguintes valores:

O item 1 com a data de ocorrência 29/02/2019, que tem como valor histórico R\$46,04 da Notificação Fiscal em epígrafe, a qual trata da cobrança da diferença do ICMS referente as NFe com o valor histórico de **R\$2.327,55**, passará para o valor de **R\$2.327,24** em função da retirada do valor cobrado do ICMS da BROA de MILHO em **R\$0,31**.

O item 2 com a data de ocorrência 31/01/2019, que tem como valor histórico R\$738,43 da Notificação Fiscal em epígrafe, que trata da cobrança da diferença do ICMS referente as NFCE com o valor histórico de **R\$10.952,32**, com o estorno do valor de **R\$592,76**, referente ao ICMS cobrado do produto BROA de MILHO, passará para o valor de **R\$10.359,56**.

Totalizando os novos valores dos dois itens da Notificação Fiscal, teremos o valor histórico alterado para R\$11.778,63.

Devo ressaltar que a empresa entrou com o pedido de parcelamento do débito, já liberado pela SEFAZ e iniciado o pagamento, conforme cópia de DAE anexado (fl.114), no valor de R\$11.778,63.

No que tange ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa aplicada de 60% na infração é prevista no art. 42, inciso VII, “a” da Lei nº 7.014/96, portanto, é legal. Além disso, conforme estabelece o art. 45 e 45-B da mesma lei citada anteriormente, a multa aplicada poderá sofrer redução de até 100%. De certa forma, a depender da atitude tomada pelo contribuinte autuado perante a infração que lhe imputada, pode não haver ônus da multa aplicada, ou um valor menor do que o percentual de 60%

Assim, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL da Notificação Fiscal, com a inicial da exigência fiscal de R\$21.927,05 reduzida para o valor de R\$11.778,63, com a homologação dos valores já recolhidos pela empresa notificada, através do parcelamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância única julgar **PROCEDENTE EM PARTE** a Notificação Fiscal nº **206890.0001/20-8**, lavrada contra **C E S COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA**, devendo ser intimado o notificado para efetuar o pagamento do imposto no valor **R\$11.778,63**, acrescido da multa de 60% prevista no inciso II, alínea “a” da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais, com a homologação dos valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de julho de 2021

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR