

PROCESSO - A. I. Nº 281231.0009/19-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDOS - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0003-02/20
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/12/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0305-12/22-VD**

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Diante dos ajustes efetuados pela exclusão das operações de transferências internas, em atenção à Súmula nº 14 deste CONSEF, bem como de um produto sujeito à antecipação tributária, a infração subsiste em parte. Não acolhidas as arguições preliminares. Impossibilidade de redução do percentual de multa aplicada. Modificada a Decisão recorrida. Recursos **PARCIALMENTE PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/06/2019, em razão da seguinte irregularidade:

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, nos meses de janeiro a dezembro de 2016 a 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 266.440,10, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.*

A 2ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0003-02/20 (fls. 68 a 82), com base no voto a seguir transcrito:

“O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada.

Quanto às preliminares aventadas na peça defensiva, inicialmente observo que trata o lançamento de uma única infração e, nesta condição, todos os elementos e demonstrativos colacionados ao feito se reportam à mesma.

Em sua peça defensiva apresentada, o contribuinte alinhou uma série de motivos que ao seu entender ensejariam a nulidade do lançamento, entretanto, não os posso acatar, pelos seguintes motivos:

Em primeiro lugar, o lançamento foi realizado em atenção ao comando do artigo 39 do RPAF/99, contendo todos os elementos necessários para produzir efeitos jurídicos, não se verificando a presença de qualquer elemento que conduziria a caracterização das hipóteses de nulidade elencadas no artigo 18 do mencionado diploma regulamentar.

Assim, foi o sujeito passivo devidamente intimado do início da ação fiscal, através de seu domicílio tributário eletrônico, de acordo com a previsão do artigo 108 do RPAF/99, na forma do Termo de Intimação Para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais constantes à fl. 06 dos autos, datado de 14/06/2019, tendo a ciência do contribuinte ocorrido em 17/06/2019, na forma da mensagem de número 131.649 do DT-E.

Aliás, o que torna mais estranho este argumento defensivo é justamente a contradição existente entre tal tese apresentada e, ao final da peça de impugnação, a defesa alegar “ter envidado esforços a fim de ofertar condições mínimas de trabalhos à Autoridade Fiscal, ofertando-lhe todos os livros, notas fiscais e arquivos magnéticos que continham diversas informações, planilhas com as movimentações, entre outras informações, dentre outros, para que os procedimentos tributários por ela adotados pudessem ser aferidos pelos fiscalizadores”.

Ora, se a empresa autuada diz não ter sido intimada, nem ter conhecimento do processo fiscalizatório, como

poderia ter ofertado “todos os livros, notas fiscais e arquivos magnéticos que continham diversas informações, planilhas com as movimentações, entre outras informações, dentre outros, para que os procedimentos tributários por ela adotados pudessem ser aferidos pelos fiscalizadores”?

Além disso, como bem pontuado na informação fiscal pelo autuante, ao curso dos trabalhos de auditoria, a empresa foi intimada para prestar esclarecimentos, à vista da intimação contida à fl. 07 dos autos, igualmente encaminhada por meio eletrônico, através da mensagem 131.648.

Também, corrobora a não aceitação de tal argumento, o fato de ter o contribuinte entregue livros e documentos fiscais para atender ao quanto solicitado pelo autuante, a se ver no documento de fl. 09.

Logo, claríssimo está que o contribuinte não somente tinha pleno conhecimento de estar sob procedimento de fiscalização, como também cumpriu com a sua obrigação em atender ao quanto solicitado pelo Fisco, tendo sido cumprido o teor do artigo 26 do RPAF/99, especialmente o seu inciso III.

De igual modo, não procede a alegação de que padeceria o feito de nulidade, por cerceamento do direito de defesa, tendo em vista o fato de que os demonstrativos que sustentam e embasam o lançamento e que se encontram na mídia entregue em cópia ao sujeito passivo estariam em formato PDF (Adobe Acrobat Reader), o que implicaria em dificultar a conferência e cruzamentos dos dados ali contidos.

Uma simples verificação na mídia (fl. 12), desmonta tal argumento, vez que os arquivos ali inseridos se encontram em formato Excel, perfeitamente editável, de forma a proporcionar a clara percepção da infração, e o pleno exercício do direito de defesa do sujeito passivo.

Da mesma maneira, a individualização da conduta praticada pela empresa se apresenta bastante clara, não somente pelo fato de o lançamento conter apenas uma única infração, como, igualmente, pela transparência do demonstrativo elaborado, no qual constam dados de data de emissão do documento fiscal, CNPJ do destinatário, unidade da Federação do mesmo, CST, CFOP, NCM, descrição do item autuado, número do item no documento fiscal, valor do mesmo, alíquota utilizada, base de cálculo do ICMS, valor do ICMS, base de cálculo apurada, alíquota aplicável, valor do imposto devido e diferença a ser lançada, totalizada mês a mês do período autuado.

Inaplicável, diante das colocações acima feitas, o entendimento contido no Acórdão JF 0037-03/12 tomado pela defesa como paradigma.

Este fato igualmente concorre para a rejeição do argumento posto.

Quanto à menção ao artigo 26 da Lei 7.651/2013, que regulamentaria, segundo a defesa, o Processo Administrativo do Estado da Bahia – RPAF, acredito se tratar de equívoco, uma vez que o Processo Administrativo no estado não se encontra regido por Lei, e sim, através do Regulamento, aprovado pelo Decreto 7.629/99.

A Lei 7.651/2013, a que se refere a defesa, provavelmente é aquela promulgada em 31/05/2013, no estado de Sergipe, com vistas a regular o Processo Administrativo Fiscal - PAF, estabelecer diretrizes sobre a dívida ativa estadual, bem como disciplinar a consulta à legislação estadual tributária, e outras providências, a qual, entretanto, em função da limitação constitucional de validade territorial quanto a sua aplicação, se circunscreve àquele estado da Federação, não podendo ser aplicada no estado da Bahia, com o cunho obrigacional.

Por tais razões, ficam rejeitadas as preliminares suscitadas.

Quanto ao mérito, observo que o levantamento, que resultou na autuação, refere-se exclusivamente a notas fiscais emitidas pela empresa autuada, sendo quatro as vertentes utilizadas pela defesa para entender como improcedente o lançamento: a realização de operações de transferências internas, produtos elencados como sujeitos à substituição tributária, mercadorias destinadas a embalagem e mercadorias agrupadas em “kits” ou “mix”, recebidas de forma isolada.

Em relação à tese defensiva de que muitas das operações autuadas tratam de transferências internas, e como tal, até pelo entendimento já manifestado por este órgão julgador não estariam sujeitas a tributação, na forma, inclusive, de jurisprudência a respeito mencionada, inclusive com a edição de Súmula pelo CONSEF, bem como entendimento dos Tribunais Superiores, com efeito, há de ser acolhida.

Analizando as planilhas elaboradas pelo autuante, efetivamente se constata a existência de diversas operações de transferências, para o mesmo CNPJ raiz, em operações internas, o que permite a plena aplicação do entendimento manifestado pela Procuradoria Geral do Estado, através de sua Procuradoria Fiscal, no Incidente de Uniformização PGE 2016.169506-0, cujo entendimento firmado é no seguinte sentido: “não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular”.

Note-se que tal entendimento ocorreu em função dos requisitos e sistemática do Decreto 11.737/2009, o qual dispõe sobre o Procedimento de Uniformização da Orientação Jurídica na Administração Pública Estadual, e dá outras providências, especialmente o seu artigo 9º:

“Art. 9º - Cabe ao Procurador Chefe, ao receber o procedimento na forma do artigo anterior:

I - Atribuir caráter uniforme ao entendimento adotado por Núcleo de Procuradoria sob sua direção, para que seja observado pelos demais Núcleos e Representações tecnicamente vinculados à orientação de sua Procuradoria;

II - Promover entre os diversos órgãos da Procuradoria Geral do Estado, ampla divulgação das matérias que tenham sido objeto de parecer uniforme no âmbito de sua Procuradoria;

III - Encaminhar o procedimento de uniformização ao Gabinete do Procurador Geral do Estado indicando, em despacho fundamentado, a conversão do entendimento pacificado em parecer sistêmico ou normativo, conforme o caso, ou o encaminhamento para edição da súmula administrativa correspondente”.

No mesmo sentido, foi elaborada a Súmula 14 deste Conselho, segundo a qual “Não incide ICMS sobre as operações de transferência de mercadorias entre estabelecimentos inscritos no CAD-ICMS, titulados pela mesma pessoa, e situados nos limites territoriais deste Estado”, o que também alberga a tese defensiva.

Aqui não se censura o autuante, ressalto, uma vez ter o mesmo aplicado a regra legal contida não somente na Lei Complementar 87/96, mas também repetida na Lei Estadual 7.014/96. Todavia, diante do posicionamento e orientação da Douta PGE, a quem caberia inclusive a defesa de tal tese junto ao Poder Judiciário, na eventualidade de judicialização da matéria, com desfecho desfavorável ao estado da Bahia, este é o entendimento ora firmado.

Assim, diante da clareza dos demonstrativos elaborados pelo autuante, tenho como desnecessária a realização de diligência neste sentido, devendo ser excluídas as operações comprovadamente referentes a transferências internas, especialmente aquelas com os CNPJ base 04.259.757.

Remanesce, no levantamento, apenas as operações realizadas com o CNPJ 13.781.692/0001-02, correspondente à empresa Souto Dias Comércio Importação e Exportação de Alimentos Ltda., situada na Avenida Uberlândia 241, Malhado, Ilhéus.

Já a segunda linha de defesa seria a de que os produtos que lista estariam incluídos na sistemática de substituição tributária, e como tal não estariam sujeitos à tributação quando de suas saídas.

A partir de agora, somente serão verificadas as operações remanescentes, uma vez que as demais já foram devidamente excluídas do lançamento.

Analisarei cada produto de per si, em relação ao período autuado, uma vez que a empresa mencionou expressamente três produtos em tal situação, a saber:

Cera líquida: encontrada na relação remanescente uma única nota fiscal, de número 15.063 emitida em 15/03/2017. No Anexo 1 ao RICMS/12, tal produto não se encontrava listado, sequer a NCM 3404, logo, a tributação é normal, não havendo que se falar em encerramento de tributação.

*Algodão Farol bola: De NCM 3005.1090. Localizado unicamente a nota fiscal 15.050, emitida em 08/03/2017. O Anexo 1 ao RICMS/12 vigente nesta data, previa no item 9.11 a substituição tributária para “algodão, atadura, esparadrapo, gazes, pensos, sinapismos, e outros, acondicionados para venda a retalho para **usos médicos, cirúrgicos ou dentários**, não impregnados ou recobertos de substâncias farmacêuticas - Lista Neutra” (grifei), com NCM 3005.*

Em pesquisa no site do fabricante (<https://sjetextil.com.br/farol/>), consta inclusive imagem da embalagem, onde se percebe claramente a expressão “higiene para toda família”, além do que a própria página inicial do mesmo, consta também a expressão “higiene pessoal Farol” observando, ainda que o mesmo produto pode vir em rolo ou quadrados, formatos muito mais adequados para uso médico, o que não acontece com o algodão em bolas. Daí o motivo de se manter no lançamento o referido documento fiscal, com imposto no montante de R\$ 5,35.

Ademais, como bem abordou a defesa na peça apresentada, o Processo Administrativo Fiscal busca a verdade material, sendo que não vieram aos autos qualquer prova no sentido de que em relação a tal mercadoria, o imposto já havia sido recolhido por antecipação ou substituição tributária, com encerramento da fase de tributação, o que fragiliza a tese defensiva.

*Por fim, para a mercadoria Arroz Ritto Sete Cereais, consta unicamente no demonstrativo elaborado pelo autuante a nota fiscal 15.106, emitida em 06/04/2017. Arroz não se encontra submetido a substituição tributária, apenas goza do benefício fiscal de isenção do ICMS, nos termos do artigo 265, inciso II, alínea “c” do RICMS/12, na atual redação faz remissão ao Convênio ICMS 224/17, de 19/12/2017, ratificado nacionalmente em 05/01/2018, o qual autoriza os Estados do Acre, Amapá, Bahia e Paraná a conceder isenção do ICMS nas **operações internas com produtos essenciais ao consumo popular que compõem a cesta básica**.*

Registro que a redação na época do fato gerador se reportava unicamente a arroz e feijão, mas o entendimento não se modificou ao longo do tempo, apenas a redação foi adequada para melhor esclarecer serem os produtos da cesta básica.

Como bem firmado na informação fiscal, o benefício é concedido para o arroz integrante da cesta básica, de uso comum, e não para todos os tipos de arroz indistintamente, até pelo fato de, segundo o fabricante (<https://www.maetera.com.br/produtos/pra-cozinhar/ritto/ritto-7-cereais.html>), ser “arroz integral, arroz vermelho, quinoa, aveia, cevadinha, triticale, trigo, centeio e linhaça: um mix perfeito para sair da rotina e dar uma cara nova para o arroz integral do dia a dia. Acrescente seus legumes favoritos, algumas castanhas e pronto! Você já tem um almoço ou jantar de dar inveja e que impressiona todo mundo. Além de deixar o prato muito charmoso, essa mistura de diferentes grãos deixa tudo mais nutritivo, pois cada grãozinho contribui com o que tem de melhor e o resultado é uma versão mais rica do que apenas o arroz integral sozinho”.

Evidentemente, não há que se aventar a possibilidade de tal arroz ser integrante da denominada “cesta básica”, razão para a manutenção de tal operação e o imposto dele resultante (R\$ 3,95) no demonstrativo, e consequentemente no Auto de Infração.

Para o argumento do agrupamento de diversos produtos em kits, ou, contrariamente, em desdobramento de mercadorias adquiridas, e que saíram sem tributação, a exemplo da nota fiscal 14.376, de 06/01/2016, 14.444, emitida em 15/01/2016, 14.823, com emissão em 28/02/2016, descritos como “mix frios kit aperitivo”, como já mencionado anteriormente no presente voto, para se obter a verdade material, é necessário que venham ao feito os elementos de prova no sentido de robustecer a tese apresentada.

Se é bem verdade que o CFOP utilizado pela empresa não é o apropriado para a operação, também o é que não vieram ao feito as provas de quais são os produtos que compõem o “mix”, e se foram tributados em fase ou operação anterior, de forma a encerrar as etapas de incidência do imposto.

Por outro lado, o artigo 123 do RPAF/99, ao regular a defesa, ao tempo em que determina que “é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação”, estabelece em seu § 5º que “a prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; se refira a fato ou a direito superveniente; se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos”.

Quando da apresentação da impugnação, não vieram aos autos qualquer elemento probante no sentido da arguição entabulada pela defesa, o que torna o argumento frágil, pois desprovido de suporte documental ou fático, concorrendo para a não aceitação pelo julgador.

Daí por que viável a aplicação do artigo 142 do RPAF/99 ao caso em tela: “a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária”.

Por fim, para embalagem, não foi identificada tal rubrica de produto nas notas fiscais remanescentes, apenas operações com “embalagem a vácuo”, já expurgadas quando da exclusão das operações de transferências internas.

Frente ao argumento de que as multas teriam natureza confiscatória e deveriam ser reduzidas pelo julgador, em primeiro lugar, esclareço que as multas por descumprimento de obrigação principal não podem ser reduzidas por esta instância administrativa, a qual somente possui competência para a redução ou cancelamento de multas por descumprimento de obrigação acessória, na forma do § 7º do artigo 42, da Lei 7.014/96, o que me impede de acolher tal pedido.

No que diz respeito ao caráter considerado pela defesa como “exorbitante” da multa sugerida (60%), observo que dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, um de maior importância é o da legalidade, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Esse princípio tem forte ligação com o próprio Estado de Direito, uma vez que nele é assegurado o “império da lei” ou “jus imperium”.

No campo tributário, este princípio encontra-se devidamente explícito no artigo 150, inciso I da Carta Magna, ao dispor que “nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que seja por lei”. Desse comando, depreende-se que aos Estados, compete instituir e normatizar os tributos estaduais. Dessa forma, somente a lei poderá diminuir e isentar tributos, parcelar e perdoar débitos tributários, criar obrigações acessórias, sendo necessário que haja competência do ente para que seja válida sua criação, competência que se encontra descrita no próprio corpo do texto constitucional.

O professor Roque Antônio Carrazza, em seu livro Princípios Constitucionais Tributários, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, ensina que “O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição proteger a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e

170, II) se inexistisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei”.

E por tais razões, cabe a todos a estrita obediência à norma legal, dentro dos parâmetros e limites estabelecidos na Constituição Federal, a qual, inclusive, determina que os conflitos sejam mediados e decididos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, existe todo um conjunto legal, o qual segue regramento específico para a edição e cumprimento das normas, as quais se aplicam indiferentemente a todos independente de qualquer critério. Assim, dentro de cada competência, os entes federativos constroem as normas que hão de vigorar relativamente àqueles tributos que lhes cabem. E assim o fez o Estado da Bahia, ao promulgar a Lei nº. 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia) a qual disciplinou nos artigos 46 e 47, as penalidades à infração da legislação do ICMS.

Com a edição da Lei nº. 7.014/96, a qual adequou a legislação estadual aos ditames da Lei Complementar 87/96, no seu artigo 40 e seguintes, conceitua, tipifica e determina as regras e percentuais de penalidades a serem aplicadas diante da constatação de descumprimento de obrigação tributária, bem como os percentuais de redução das mesmas, e as condições necessárias para tal.

O Agente fiscal, no momento do lançamento tributário, deve, pois, em atenção às normas legais vigentes, aplicar os percentuais previstos para cada uma das infrações verificadas, em nome não somente do princípio da legalidade, como, igualmente, do princípio da segurança jurídica, não estando a sua aplicação sujeita à discricionariedade, senão da Lei.

Por fim, para sepultar qualquer discussão a respeito, frente às colocações defensivas, menciono decisão do STF através da sua 1ª Turma, ao analisar o AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 833.106 GOIÁS, assim decidiu:

“TRIBUTÁRIO – MULTA – VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTO – CONFISCO – ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA.

Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão – e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP – Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral”.

Em tal decisão, o Relator, Ministro Marco Aurélio Melo, assim se manifestou:

“A decisão impugnada está em desarmonia com a jurisprudência do Supremo. O entendimento do Tribunal é no sentido da invalidade da imposição de multa que ultrapasse o valor do próprio tributo – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ, relator ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 14 de fevereiro de 2003, e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, relator ministro Gilmar Mendes, julgado sob o ângulo da repercussão geral em 18 de maio de 2011, Diário da Justiça de 18 de agosto de 2011.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, assentar a inconstitucionalidade da cobrança de multa tributária em percentual superior a 100%, devendo ser refeitos os cálculos, com a exclusão da penalidade excedente, a fim de dar sequência às execuções fiscais”.

Esclareço que a multa aplicada na presente autuação foi de 60%, ou seja, não houve penalidade em valor maior do que o devido a título de imposto.

Inexiste na legislação do estado da Bahia a figura da multa dolosa ou não, apenas a previsão para a aplicação dos percentuais de multa de acordo com a conduta praticada, e prevista no artigo 42 da Lei 7.014/96, o que, de plano, invalida o pleito defensivo de redução ou afastamento daquele percentual aplicado.

Registro, por pertinência, que em nenhum momento da autuação se falou em prática dolosa do contribuinte, descabendo, pois, qualquer comentário a respeito de tais colocações, feitas na peça defensiva.

Também não se trata de caso para reenquadramento da multa aplicada, pois a mesma foi aplicada corretamente em obediência ao comando legal.

Em relação aos aspectos constitucionais aventados na defesa apresentada, esclareço que, nos termos do artigo 167, inciso I do RPAF/99, falece a este Órgão a necessária competência para tal análise, o que me impede de fazer qualquer comentário a respeito, senão a seguir tal comando.

Diante dos motivos e razões expostos, tenho o lançamento como procedente em parte, no montante de R\$ 22.471,49, na forma do seguinte demonstrativo:

2016	
JANEIRO	R\$ 511,05
FEVEREIRO	R\$ 827,16
MARÇO	R\$ 494,51
ABRIL	R\$ 321,81
MAIO	R\$ 698,87

JUNHO	R\$ 638,39
JULHO	R\$ 772,87
AGOSTO	R\$ 1.427,62
SETEMBRO	R\$ 899,95
OUTUBRO	R\$ 1.063,45
NOVEMBRO	R\$ 823,59
DEZEMBRO	R\$ 1.313,96
2017	
JANEIRO	R\$ 1.235,90
FEVEREIRO	R\$ 434,78
MARÇO	R\$ 1.422,94
ABRIL	R\$ 1.098,25
MAIO	R\$ 740,90
JUNHO	R\$ 1.042,62
JULHO	R\$ 900,19
AGOSTO	R\$ 593,81
SETEMBRO	R\$ 828,21
OUTUBRO	R\$ 561,20
NOVEMBRO	R\$ 942,66
DEZEMBRO	R\$ 688,20
2018	
JANEIRO	R\$ 299,80
FEVEREIRO	R\$ 141,91
MARÇO	R\$ 76,48
ABRIL	R\$ 56,39
MAIO	R\$ 133,48
JUNHO	R\$ 220,35
JULHO	R\$ 84,54
AGOSTO	R\$ 186,27
SETEMBRO	R\$ 73,01
OUTUBRO	R\$ 34,98
NOVEMBRO	R\$ 449,00
DEZEMBRO	R\$ 432,39
TOTAL	R\$ 22.471,49

A 2ª JJF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 104 a 128), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual suscitou a nulidade da autuação por cerceamento de defesa em razão da falta do Termo de Início da Fiscalização e do formato inadequado dos demonstrativos, que, segundo ele, não foram enviados no formato Excel, mas em formato PDF não editável.

Afirmou que vários itens foram indevidamente considerados tributáveis por se tratar de:

- a) operações de transferências internas entre seus estabelecimentos;
- b) de lançamentos efetuados a título de formação de kits ou de sua desagregação, lançados com o CFOP 5.926;
- c) de movimentações de embalagens dentro do próprio estabelecimento, lançados com o CFOP 5.949; e,
- d) de operações sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, com sua fase de tributação encerrada, a exemplo dos produtos “ALGODÃO FAROL BOLA 50G”, NCM 3005.10.90, “ARROZ RITTO 7 CEREAIS MAE TERRA 500G”, NCM 1006.20.20, “CERA POLYLAR VERMELHA LÍQUIDA 2LT”, NCM 3404.90.11, e “CERA POLYLAR VERDE LÍQUIDA 750ML”, NCM 3404.90.11.

Discorreu sobre a desproporcionalidade e confiscatoriedade da multa aplicada, violando os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e legalidade, além do não confisco, e pediu o seu cancelamento, com base no Art. 158 do RPAF/99, sob o argumento de que não agiu com dolo, fraude ou simulação.

Pugnou pela realização de diligências e perícias para o refazimento e a redução do valor do Auto de Infração.

Protestou pela posterior produção de todos os meios de prova admitidos em Direito, especialmente documental, e requereu o reconhecimento da nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração, lavrado para exigir imposto e multa em razão do recolhimento a menor do ICMS decorrente da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Constato que o Recurso de Ofício é cabível, tendo em vista que o julgamento de 1ª Instância desonerou parcialmente o presente Auto de Infração no valor de R\$ 437.366,72, conforme extrato (fl. 84), montante superior a R\$ 200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

A desoneração decorreu da exclusão das operações de transferências internas entre estabelecimentos do Autuado, com base no Incidente de Uniformização PGE nº 2016.169506-0 e na Súmula nº 14 deste CONSEF, não havendo reparo a ser efetuado na Decisão recorrida quanto a esta matéria.

Entretanto, ao elaborar o demonstrativo o Relator da Decisão de piso, por algum equívoco, excluiu também as Notas Fiscais nºs 15.256, de 01/08/2017, e 15.389, de 04/11/2017, nos valores respectivos de R\$ 24,53 e R\$ 25,88, ambas relativos ao produto “APRESUNTADO FRIMESA KG”, o qual possuía a tributação normal no período.

Portanto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício para modificar a Decisão que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, no valor de R\$ 22.471,49, de forma a alterar o seu valor total para R\$ 22.521,90.

Adentrando ao Recurso Voluntário, inicialmente passo a analisar as questões preliminares, tanto quanto a nulidade suscitada por cerceamento de defesa quanto aos pedidos de diligência e perícia e pela posterior produção de todos os meios de prova admitidos em Direito, especialmente documental.

No tocante ao argumento de cerceamento de defesa em razão da falta do Termo de Início da Fiscalização e do formato inadequado dos demonstrativos, verifico que o Autuado cometeu um equívoco:

- a) primeiro, porque consta do PAF a Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, enviado via DTE (fls. 06 a 08), que é uma das hipóteses de início do procedimento fiscal, nos termos do Art. 26, III do RPAF/99, bem como o Termo de Apresentação de Livros e Documentos, o qual foi recebido em 27/06/2019 (fl. 09);
- b) segundo, porque os demonstrativos do PAF foram enviados no formato de planilha, conforme consta na Intimação da Lavratura do Auto de Infração e mídia acostada aos autos, recebida em 09/07/2019 (fls. 12 a 15).

Logo, afasto as nulidades arguidas.

Saliento que não foram apresentadas novas provas após a interposição do Recurso Voluntário.

Ressalto que a análise dos pedidos de diligência e perícia compete aos julgadores, os quais estão vinculados às suas convicções, motivo pelo qual denego os pedidos, nos termos do Art. 147, I, “a” e II, “b” do RPAF/99, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a minha apreciação e as provas pretendidas são desnecessárias em vista de outras provas produzidas.

No mérito, constato que a Decisão de piso excluiu do lançamento todas as operações de transferências internas entre os estabelecimentos do Autuado, tendo sido excluídas todas as operações com os CFOPs 5.152, 5.409, 5.926, 5.927 e 5.949.

Portanto, só restaram em lide as operações abarcadas pelos CFOPs 5.102, 5.403 e 5.405, sendo que somente as operações contempladas com o CFOP 5.403 seriam não tributadas. Contudo, verifico que o CFOP foi aplicado equivocadamente, já que se referem a mercadorias sujeitas ao regime normal de tributação, tais como “PEITO FRANGO SADIA DEFUMADO KG” e “LOMBO SUINO SEARA CANADENSE DEFUMADO KG”.

No que se refere às supostas operações sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, verifico que os produtos “ARROZ RITTO 7 CEREAIS MAE TERRA 500G”, NCM 1006.20.20, “CERA POLYLAR VERMELHA LÍQUIDA 2LT”, NCM 3404.90.11, e “CERA POLYLAR VERDE LÍQUIDA 750ML”, NCM 3404.90.11, não se enquadram no referido regime de tributação, posto que nem suas descrições nem os NCMs estão elencados no Anexo 1 do RICMS/12.

É importante destacar que o produto “ARROZ RITTO 7 CEREAIS MAE TERRA 500G”, NCM 1006.20.20, é tributado e não pode ser confundido com o arroz comum, isento nos termos do Art. 265, II, “c” do RICMS/12, c/c o Convênio ICMS 224/17, cuja ementa é bem clara para conceder a isenção apenas nas operações internas com produtos essenciais ao consumo popular que compõem a cesta básica, condição que o produto autuado não detém, cujo preço é cerca de 500% superior ao do arroz comum.

Porém, assiste razão ao Autuado quanto ao produto “ALGODÃO FAROL BOLA 50G”, NCM 3005.10.90, pois o referido produto está sujeito à substituição tributária, elencado no item 9.11, do Anexo 1 do RICMS/12. Tal produto é utilizado tanto para higiene pessoal quanto na medicina e na odontologia, em clínicas e hospitais de pequeno porte.

Observamos que a legislação relacionou a sua nomenclatura à NCM indicada, ou seja, foi confirmada a sua dupla identidade, o que caracteriza a sua sujeição ao regime de substituição tributária, devendo ser excluído da autuação este item da Nota Fiscal nº 15.050, de 08/03/2017, no valor de R\$ 5,35.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL de ambos os Recursos de Ofício e Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, no valor de R\$ 22.516,55, conforme demonstrado a seguir:

Data Ocorrência	ICMS Auto de Infração	ICMS 2ª JJF	ICMS 2ª CJF	Observação
jan/16	12.305,68	511,05	511,05	
fev/16	7.885,02	827,16	827,16	
mar/16	7.627,22	494,51	494,51	
abr/16	10.247,47	321,81	321,81	
mai/16	6.683,94	698,87	698,87	
jun/16	6.983,50	638,39	638,39	
jul/16	7.345,89	772,87	772,87	
ago/16	12.230,20	1.427,62	1.427,62	
set/16	8.427,34	899,95	899,95	
out/16	10.500,17	1.063,45	1.063,45	
nov/16	8.662,09	823,59	823,59	
dez/16	10.043,06	1.313,96	1.313,96	
jan/17	9.769,68	1.235,90	1.235,90	
fev/17	7.216,19	434,78	434,78	
mar/17	15.678,61	1.422,94	1.417,59	NF 15.050
abr/17	8.278,53	1.098,25	1.098,25	
mai/17	9.897,29	740,90	740,90	
jun/17	7.896,44	1.042,62	1.042,62	
jul/17	6.950,58	900,19	900,19	
ago/17	6.944,46	593,81	618,34	NF 15.526
set/17	7.131,48	828,21	828,21	
out/17	5.156,48	561,20	561,20	
nov/17	7.309,07	942,66	968,54	NF 15.389
dez/17	7.902,20	688,20	688,20	
jan/18	7.115,81	299,80	299,80	
fev/18	5.656,56	141,91	141,91	

mar/18	3.555,30	76,48	76,48	
abr/18	1.637,79	56,39	56,39	
mai/18	1.886,23	133,48	133,48	
jun/18	2.958,50	220,35	220,35	
jul/18	2.714,29	84,54	84,54	
ago/18	2.568,84	186,27	186,27	
set/18	2.438,76	73,01	73,01	
out/18	11.599,32	34,98	34,98	
nov/18	7.668,45	449,00	449,00	
dez/18	7.567,66	432,39	432,39	
Valor Total	266.440,10	22.471,49	22.516,55	

Saliento que esta Câmara não tem competência para declarar a ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do Art. 125, I e III da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e do Art. 167, I e III do RPAF/99, sendo que a multa aplicada está prevista no Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

Também não restou competência a esta Câmara para efetuar a redução ou cancelamento de multas decorrentes de infrações à legislação tributária.

Entretanto, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito, se atendidas as condições estabelecidas no Art. 45-A do mencionado diploma legal, a multa aplicada poderá ter redução de até 90%. De certa forma, a depender da atitude tomada pelo Autuado perante a infração que lhe é imputada, pode haver ônus da multa aplicada apenas de 6%, bem menor do que o percentual de 60% grafado no Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281231.0009/19-2**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 22.516,55**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 10 de outubro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS