

PROCESSO	- A. I. N° 298958.0108/21-0
RECORRENTE	- CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S/A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF n° 0100-01/22-VD
ORIGEM	- DAT NORTE/IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 14/02/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0019-11/23-VD

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação. Excluídas da autuação algumas operações, cujas mercadorias não estão relacionadas no Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016. Infração parcialmente subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão N° 0100-01/22-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 298958.0108/21-0, lavrado em 06/12/2021, para exigir créditos tributários no valor histórico relativo a 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2017 e janeiro a dezembro de 2018.

Enquadramento Legal: artigos 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96. **Multa aplicada:** art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 13/07/2022 e decidiu pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe, em decisão unânime, nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO:

Incialmente, constato não ter ocorrido qualquer das hipóteses previstas no artigo 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício em questão.

No que diz respeito a solicitação para realização de diligência fiscal por estranho ao feito, fica negada, tendo em vista que após a informação fiscal e a segunda impugnação apresentada pelo sujeito passivo, os dados constantes no processo se tornaram suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99.

Ressalte-se que a diligência, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa dos julgadores, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligir ao feito elementos que aclarem a discussão da lide, não sendo necessária no presente feito.

O processo em lide imputa ao autuado o recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O autuado argumentou que na autuação está sendo exigido indevidamente o adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza relativo a mercadorias que estão fora do Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016.

Os autuantes, por ocasião da informação fiscal reconheceram que a cobrança realmente foi indevida para os produtos LENC UMED JOH C/96 UM, SH DOVE 400ML UM, GEL NIVEA SENSITIV UM e DESOD REXONA 150ML UM, dentre outros, por efetivamente não constarem na Instrução Normativa nº 05/2016, e fizeram a exclusão dos mesmos no cálculo do imposto devido (midia à fl. 31, retificando o valor a ser exigido para R\$ 115.388,06).

Entretanto o autuado, em nova impugnação, acrescentou que também deveriam ter sido excluídos da autuação os produtos Xampus com NCM ‘33059000’, tendo em vista que suas características não se enquadram na descrição da IN 05/2016, conforme arquivo apresentado na mídia à fl. 39.

Destarte, o cerne da lide se resumiu na questão da exclusão da mercadoria acima mencionada, tendo em vista que os autuantes mantiveram a cobrança da mesma por considerar que o NCM está incluso na Instrução Normativa nº 05/2016.

Contudo, o NCM 3305.9 que consta no Anexo Único da I.N. acima citada, descreve o seguinte produto: “Tinturas para o cabelo temporária, progressiva e permanente, incluídos os tonalizantes e xampus colorantes; outras preparações capilares, incluindo máscaras e finalizadores, excluindo condicionadores”.

Dessa forma, verifico que assiste razão ao autuado, tendo em vista que os xampus de uso normal, para limpeza capilar, não se enquadram na descrição do referido Anexo.

Assim, no último demonstrativo elaborado pelo autuante, após a exclusão dos produtos xampus, utilizados apenas para limpeza capilar, o débito a ser exigido fica retificado para R\$ 107.207,73.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo abaixo:

Data-Ocorre	Data-Venceto	Base-de-Cálculo-(R\$-)	Aliq.-%	Multa-%	Valor-Histórico-(R\$-)
31/01/2017	09/02/2017	23.793,28	18,00	60,00	4.282,79
28/02/2017	09/03/2017	21.389,33	18,00	60,00	3.850,08
31/03/2017	09/04/2017	24.509,11	18,00	60,00	4.411,64
30/04/2017	10/04/2017	16.717,17	18,00	60,00	3.009,09
31/05/2017	09/06/2017	15.955,28	18,00	60,00	2.871,95
30/06/2017	09/07/2017	19.829,67	18,00	60,00	3.569,34
31/07/2017	09/08/2017	25.435,00	18,00	60,00	4.578,30
31/08/2017	09/09/2017	27.243,11	18,00	60,00	4.903,76
30/09/2017	09/10/2017	20.939,94	18,00	60,00	3.769,19
31/10/2017	09/11/2017	20.860,89	18,00	60,00	3.754,96
30/11/2017	09/12/2017	45.185,28	18,00	60,00	8.133,35
31/12/2017	09/01/2018	48.314,11	18,00	60,00	8.696,54
31/01/2018	09/02/2018	7.188,78	18,00	60,00	1.293,98
28/02/2018	09/03/2018	4.407,67	18,00	60,00	793,38
31/03/2018	09/04/2018	4.972,17	18,00	60,00	894,99
30/04/2018	10/04/2018	3.971,28	18,00	60,00	714,83
31/05/2018	09/06/2018	4.004,44	18,00	60,00	720,80
30/06/2018	09/07/2018	5.772,56	18,00	60,00	1.039,06
31/07/2018	09/08/2018	5.518,94	18,00	60,00	993,41
31/08/2018	09/09/2018	7.644,39	18,00	60,00	1.375,99
30/09/2018	09/10/2018	9.271,83	18,00	60,00	1.668,93
31/10/2018	09/11/2018	32.555,83	18,00	60,00	5.860,05
30/11/2018	09/12/2018	97.177,72	18,00	60,00	17.491,99
31/12/2018	09/01/2019	102.940,72	18,00	60,00	18.529,33
TOTAL DA INFRAÇÃO					107.207,73

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário mediante o qual aduz o seguinte.

A Recorrente aponta para a tempestividade do Recurso Voluntário demonstrando as datas de ciência da decisão da 1ª JJF e o respectivo protocolo nesse CONSEF.

Prosegue fazendo a síntese da infração imputada contra si, mencionando a decisão de piso que reduziu a exação de R\$170.243,75 para R\$107.207,73, em valores históricos.

Ato contínuo pede a nulidade do feito invocando o princípio da verdade material.

Repete os termos da autuação quais sejam: *a acusação de ter recolhido a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, cujas regras de tributação foram fielmente seguidas pela Contribuinte, fato que culminou na exigência de tributo de forma indevida, o que acaba por macular integralmente a autuação.*

Protesta no sentido de que devem ser considerados todos os fatos e provas lícitos, ainda que não tragam benefício à Fazenda Pública.

Prosegue solicitando que o próprio órgão fazendário deve promover, de ofício, as investigações necessárias à elucidação da verdade material, para que a partir dela, seja possível prolatar uma decisão justa e coerente com a verdade. Ou seja, a prova deve ser considerada em toda a sua extensão, assegurando todas as garantias e prerrogativas constitucionais possíveis do contribuinte no Brasil.

Por derradeiro o sujeito passivo requer seja dado integral provimento ao Recurso Voluntário, para anular integralmente o Auto de Infração.

Termos em que, pede deferimento.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), impetrado tempestivamente, desta forma o acolho para análise.

A acusação fiscal decorreu do recolhimento 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 2017 e janeiro a dezembro de 2018.

Autuada se defendeu argumentando que algumas mercadorias constantes no levantamento fiscal não constavam na Instrução Normativa 05/2016. Com base na informação fiscal os fiscais autuantes fizeram a exclusão dos mesmos no cálculo do imposto devido (média à fl. 31, retificando o valor a ser exigido para R\$115.388,06).

Já a Junta de Julgamento Fiscal reduziu ainda mais o valor retirando do levantamento o shampoo de uso normal, para limpeza capilar.

No Recurso Voluntário em análise o sujeito passivo pede a nulidade do feito, sem, no entanto, apontar nenhum artigo do RPAF que foi infringido para causar a nulidade do ato, as causas de nulidade do Auto Infração estão assentadas no artigo 18 do RPAF:

Art. 18. São nulos:

- I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;*
- II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;*
- III - as decisões não fundamentadas;*
- IV - o lançamento de ofício:*

- a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;*
- b) em que se configure ilegitimidade passiva.*

Como observado acima entendo não haver razão autuada na anulação da atuação contra si imposta.

Como não foram trazidas aos autos provas materiais que pudesse elidir as acusações aqui analisadas, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (Art. 143 do RPAF).

Portanto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 298958.0108/21-0, lavrado contra CECONSUD BRASIL COMERCIAL S/A., devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$107.207,73, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FRANCISCO AGUIAR DA SILVA JÚNIOR – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS