

N. F. Nº - 269369.0011/20-1
NOTIFICADO - DISTRIBUIDORA GAMA LTDA.
NOTIFICANTE - CARLOS ALBERTO FISCHBORN
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/08/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0161-04/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. APLICAÇÃO DE ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Demonstrado que foram incluídas indevidamente no levantamento fiscal mercadorias isentas e amparadas pela suspensão de incidência do imposto. Fato comprovado pelo próprio notificante, em atendimento a diligência requerida por este órgão julgador, que conclui pela inexistência de débito. Notificação **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal, lavrada em 28/09/2020, para exigir ICMS no valor de R\$ 16.657,68, acréscimo moratório de R\$ 1.949,90, multa de R\$ 9.994,60, perfazendo um total de R\$ 28.602,18, tendo em vista a apuração da seguinte infração:

Infração - 03.02.02 – *Recolheu a menos o ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.*

A Notificada ingressa, através de advogado legalmente habilitado, fls.49 a 61, com impugnação inicialmente falando sobre a tempestividade de sua apresentação e em seguida faz uma síntese fática, dizendo inicialmente que em razão das ocorrências descritas na notificação, efetivou-se o presente lançamento fiscal, no importe total de R\$ 28.602,18 (vinte e oito mil, seiscentos e dois reais e dezoito centavos), consubstanciado nos seguintes dispositivos da Art. 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96 c/c Art. 42, inciso II, alínea A, da Lei 7.014/96. Todavia, a presente autuação fiscal não é de molde a propiciar o crédito tributário pretendido, questionando como pode o Auto de Infração versar sobre recolhimento a menor se os produtos indicados no relatório fiscal gozam de algum benefício tributário.

Entende que o Auto de Infração está alicerçado em dispositivos gerais, ao passo que o fiscal deixou de analisar a situação em concreto, especialmente por não observar os Convênios Fiscais e o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, consoante passará a ser demonstrado.

Preliminarmente suscita a nulidade do Auto de Infração, à conta de existir vício material no Auto de Infração, vez que a Autoridade Fiscal deixou de observar os Convênios de ICMS e os dispositivos do RICMS/BA para os produtos apontados no Relatório Fiscal.

De acordo com o relatório fiscal a Impugnante deixou de tributar alguns produtos, tais como: Coletor de Urina e Comadre - NCM 9021.9089 e Bengala - NCM 6602.0000.

Todavia, a fiscalização está equivocada quanto à aplicação da alíquota de 18% (dezoito por cento) quando, na verdade, sobre os produtos mencionadas na planilha anexa não há qualquer incidência de ICMS (Doc. 3), seja pela isenção ou suspensão das quais gozam.

Informa que no intuito de simplificar a verificação pelos julgadores colaciona tabela com a base legal que ampara as alíquotas utilizadas pela Impugnante. Nesta tabela estão mencionados tanto o Convênio de ICMS aplicável como o art. do RICMS/BA, de forma a afastar qualquer interpretação equivocada pela Fiscalização.

As notas fiscais relacionadas pela fiscalização (Doc. 4), bem como o relatório analítico da

Impugnante (Doc. 3), evidenciam todos os itens faturados pela Impugnante e seus respectivos NCM's.

Transcreve ensinamentos de HELY LOPES e GUSTAVO MIGUEZ DE MELLO e conclui que o Auto de Infração deve ser cancelado, via de regra o crédito tributário e demais exações, tendo em vista que as alíquotas de ICMS adotadas são exatamente aquelas mencionadas na legislação de regência, estando a Fiscalização totalmente equivocada.

No mérito assevera que o cerne da controvérsia está exatamente ISENÇÃO DE ICMS para os produtos mencionados no relatório fiscal. De acordo com a fiscalização para os produtos mencionados no relatório fiscal a tributação deveria ocorrer com base na alíquota de 18% (dezoito por cento), quando da saída de determinados produtos.

A validade dos convênios é reconhecida pelo CTN em seu art. 100, de forma a afastar a imposição de qualquer penalidade quando da sua aplicação. Assim, dentre os produtos relacionados pela fiscalização em seu relatório fiscal gozam de isenção os itens que indicou a título de exemplo.

A segunda hipótese a ser analisada é aquela descrita no CONV ICMS 116/1998 cumulada com o Artigo 264, inciso XXIII, do RICMS/BA. Assim, dentre os produtos relacionados pela fiscalização em seu relatório fiscal gozam de isenção o seguinte item:

'40141000'	PRESER JONTEX SENSATION (TEXTURIZ) C/03
------------	---

A terceira hipótese a ser analisada é aquela descrita no CONV ICMS 126/2010 cumulada com o Artigo 264, inciso XLIX, do RICMS/BA. Assim, dentre os produtos relacionados pela fiscalização em seu relatório fiscal gozam de isenção os itens que indicou.

A quarta hipótese a ser analisada é aquela descrita no CONV ICMS 55/1998 cumulada com o Artigo 264, inciso XLIX, do RICMS/BA, enquanto que a quinta é aquela descrita no Artigo 280, item I, do RICMS/BA, que trata sobre a suspensão, cujos itens também indicou.

Assim, os produtos comercializados pela Impugnante são beneficiados pela isenção ou suspensão do ICMS, e o AI está eivado de nulidade. Destaca que a isenção configura-se em hipótese de exclusão do crédito tributário, segundo o CTN. Requer que seja cancelado o Auto de Infração que é objeto desta impugnação, via de regra o crédito tributário e demais exações.

Fala longamente sobre a ilegalidade das multas aplicadas, e da sua inexorabilidade por ofensa ao não confisco, trazendo decisões de órgãos administrativos de outros estados e do STF, e ensinamentos de renomados estudiosos, concluindo que no Auto de Infração lavrado é a exigência de uma multa absolutamente inadequada, conforme amplamente demonstrado pelos documentos fiscais. Ainda mais considerando que a antecipação está integralmente recolhida pela Impugnante.

Também resta demonstrado que a multa não pode ultrapassar os limites de sua finalidade, a ponto de ser utilizada como instrumento arrecadatário, ou mesmo como um verdadeiro tributo disfarçado. Assim, não se pode legitimar a imposição de multa exacerbada, configurando verdadeiro confisco do patrimônio dos contribuintes, incorrendo em ofensa ao direito de propriedade, garantido constitucionalmente. Portanto, tendo em vista a abusividade da fixação da multa exigida, resta patentemente caracterizado os seus efeitos confiscatórios, sendo, pois, imperiosa a sua anulação, tendo em vista a sua inconstitucionalidade.

Outra questão a merecer destaque é o fato de o Fisco fazer incidir juros nas multas, assim como ocorreu nos Autos de Infração ora combatidos. Todavia, tal cobrança revela-se totalmente ilegal. Nesse sentido é a orientação da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF que em recente sessão decidiu que não incide SELIC sobre multa de ofício, no processo nº 10680.002472/2007-23.

O entendimento da 3ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes esposado no Recurso Voluntário da contribuinte, e que restou mantido pela CSRF, é no sentido de que a multa de ofício é penalidade, portanto, seria inaplicável a taxa SELIC sobre esse montante, que não configura "crédito

tributário”, nos termos do art. 161 do CTN.

Dessa forma, a aplicação da SELIC seria possível apenas quando a multa decorrer do descumprimento de “obrigação acessória”, a qual se converte em “principal”, conforme art. 113 do CTN, que transcreveu.

Finaliza formulando os seguintes pedidos:

- a) Seja recebida e julgada procedente a presente impugnação, para se declarar improcedência do lançamento fiscal representado no Auto de Infração pela ausência de vinculação da autoridade administrativa à realidade dos fatos e documentos que demonstram o uso das alíquotas corretas.
- b) Ultrapassadas as preliminares, no mérito, requer *i)* seja cancelado o auto de infração nos termos da fundamentação supra que retrata estarem as mercadorias comercializadas nesta hipótese alcançadas pela isenção e suspensão do ICMS; *ii)* na remota hipótese desta câmara julgadora entender cabível a multa, que seja ao menos reduzida.
- c) Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente documental, sendo-lhes preservada a apresentação de prova documental superveniente.

O processo foi encaminhado a este Conselho e posteriormente encaminhado a esta Relatora.

Considerando ser de fundamental importância o pronunciamento do autuante em relação aos argumentos defensivos apresentados, decidiu esta Junta de Julgamento, em sessão suplementar realizada em 31 de janeiro de 2023, pela conversão do processo em diligência para que o notificante se pronunciasse, com as devidas justificativas, em relação a documentação apresentada, anexada às fls. 49 a 201, e se fosse o caso elaborasse novos demonstrativos.

Posteriormente, a Inspeção intimasse o notificado, fornecendo-lhe no ato da intimação, cópia dos novos elementos, com indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Havendo manifestação do notificado fosse dada ciência ao notificante a fim de prestar nova Informação Fiscal.

Às fls. 210 a 211 o autuante presta a Informação fiscal dizendo que a defesa anexada as folhas 51 a 56 deste processo elabora seu argumento defensivo no que chama de primeira, segunda, terceira, quarta e quinta hipótese.

Em seguida assim se pronuncia:

“Acatando os argumentos da chamada “primeira hipótese” verso da folha 51 deste processo, pois os produtos NCM 9018 e 9021, estão no Conv ICMS 01/99 e no inciso XXIV do artigo 264 do RICMS.

- Acatamos os argumentos da chamada “segunda hipótese” verso da folha 53 deste processo, baseado no inciso XXIII do artigo 264 do RICMS.

- Acatamos os argumentos da chamada “terceira hipótese” verso da folha 53 deste processo, baseado no inciso XLIX do artigo 264 do RICMS e Conv ICMS 126/2010.

- Acatamos os argumentos da chamada “quarta hipótese” verso da folha 54 deste processo, pois os produtos NCM 6602 Bengala, estão no Conv ICMS 55/98 e no inciso XX do artigo 264 do RICMS.

- Acatamos os argumentos da chamada “quinta hipótese” verso da folha 55 deste processo, pois as notas fiscais de tais produtos foram emitidas com CFOP 6949 amparadas no inciso I do artigo 280 do RICMS.”

Dessa forma, não restando valores a serem reclamados de ICMS, nos posicionamos pela improcedência da Notificação Fiscal”.

VOTO

A acusação fiscal encontra-se assim redigida: *“Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.*

O notificado preliminarmente suscita a nulidade do lançamento sob o argumento de existir vício material, vez que a fiscalização deixou de observar os Convênios de ICMS e os dispositivos do RICMS/BA para os produtos objeto da presente exigência.

De pronto observo que tal argumento está relacionado ao mérito e como tal passo a me manifestar.

Assim é que, foi alegado que a fiscalização teria incluído indevidamente no seu levantamento as seguintes operações:

- (i) Produtos beneficiados com a isenção prevista no art. 264, inciso XXIV do RICMS e Convênio IOCMS 1/1999; art. 264, inciso XXIII e Convênio ICMS 116/1988; art. 264, inciso XLIX e Convênio ICMS 126/2010; art. 264, inciso XLIX e Conv. ICMS 55/1998, todos eles indicados na planilha que elaborou às fls. 51v a 53 e 54 a 56;
- (ii) Operações amparadas pela suspensão prevista no art. 280, item I do RICMS/BA.

Em atendimento a diligência requerida por este órgão julgador o notificante após efetuar as devidas análises dos argumentos defensivos reconheceu assistir razão ao notificado e concluiu pela inexistência de débito a ser imputado ao sujeito passivo sob o seguinte fundamento:

- item (i): os produtos NCM 9018 e 9021, estão no Conv. ICMS 01/99 e está inserido no inciso XXIII do artigo 264 do RICMS; os produtos com NCM 8714 está relacionado no art. 264, inciso XLIX, do RICMS/BA e Conv ICMS 126/2010, enquanto que os produtos NCM 6602 Bengala, estão no Conv ICMS 55/98 e no inciso XX do artigo 264 do RICMS.

Item (ii): as notas fiscais com CFOP 6949 estão amparadas pela suspensão do imposto prevista no inciso I do artigo 264 do RICMS.

Acato as conclusões do auditor fiscal, conforme a fundamentação de cada item acima colocada e concluo pela insubsistência da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

Acordam os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **IMPROCEDENTE**, a Notificação Fiscal nº 269369.0011/20-1, lavrada contra **DISTRIBUIDORA GAMA LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 01 de agosto de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR