

A. I. N° - 087461.0001/23-4  
AUTUADO - ORBI QUÍMICA S.A.  
AUTUANTE - HÉLIO SILVA DAMASCENO  
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 23/10/2023

**3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF N° 0187-03/23 VD**

**EMENTA:** ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Constatado que houve aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação porque as mercadorias autuadas não se encontram acobertadas pelo benefício da alíquota especial de que trata a Resolução nº 13/2012, configurando recolhimento a menos do imposto. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/03/2023, refere-se à exigência de R\$ 585.815,22 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 03.02.02: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de agosto a dezembro de 2018; fevereiro, abril, junho a agosto, outubro a dezembro de 2019; janeiro, março, abril, junho a agosto e novembro de 2020.

Consta, na descrição dos fatos, que o autuado aplicou a alíquota de 4% prevista na Resolução nº 13 do Senado Federal, nas transferências interestaduais de bens e mercadorias importados do exterior, estando os produtos relacionados em lista de bens e mercadorias sem similar nacional.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 18 a 29 do PAF. Alega que, não obstante o respeito ao trabalho realizado pelo Auditor Fiscal, o fato é que o lançamento está longe de proceder, pelo que seu cancelamento integral é medida que se impõe.

Diz que a acusação fiscal é de recolhimento a menos do ICMS, face a aplicação da alíquota de 4% (quatro por cento) sobre as operações de importação, aduzindo o Autuante que o Impugnante teria aplicado a alíquota de 4% (quatro por cento) sobre as operações de importação, com base na previsão da Resolução do Senado Federal nº 13/2012.

Registra que conforme comprovam os arquivos anexos (Doc. 01 — Concessão benefício fiscal), lhe foi concedido benefício fiscal previsto no artigo 7º-C do Decreto Estadual nº 7799/2000 (Doc. 02 - inteiro teor anexo), que assim dispõe:

"Art. 7º-C. Na entrada de mercadoria importada do exterior, o contribuinte com atividade de comércio atacadista reduzirá a base de cálculo do ICMS de forma que a carga tributária resultante corresponda a 4% desde que atenda aos seguintes requisitos:

I - o somatório do faturamento do ano anterior dos estabelecimentos:

a) localizados neste Estado tenha sido superior a R\$ 3.600.000, 00 (três milhões e seiscentos mil reais); ou. (Redação da alínea dada pelo Decreto N° 16517 DE 29/12/2015).

b) localizados em todo o país tenha sido superior a R\$ 24.000.000,00 (vinte e quatro milhões de reais);

II - no mínimo, 30% (trinta por cento) do valor das operações subsequentes com as mercadorias recebidas do exterior sejam destinadas para outras unidades da Federação;

III - não possua débito inscrito em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa;

- IV - mantenha-se adimplente com o recolhimento do ICMS;
- V - mantenha-se em dia com o cumprimento das obrigações acessórias;
- VI - seja credenciado pelo titular da DIREF. " (g. n.)

Diz que o referido benefício foi concedido pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, estando vigente, por meio das respectivas prorrogações, até 31 de março de 2024 (Processo 01537520230).

Menciona que o artigo 100 do CTN prescreve que as normas reiteradas pela administração pública possuem caráter de norma complementar, o que vale dizer, a concessão reiterada do benefício fiscal previsto no artigo 7º-C do Decreto 7799/2000, constituiu verdadeira norma complementar, que vincula o impugnante e o Estado da Bahia.

Diz que este Conselho de Fazenda Estadual do Estado da Bahia vem reconhecendo e afastando exigência como a presente, quando comprovado que o contribuinte faz jus ao benefício fiscal previsto no Decreto Estadual nº 7799/2000. Cita os Acórdãos JJF Nº 0430-06/21 e JJF Nº 0420-06/21

Comenta sobre o Princípio da Legalidade e Tipicidade Tributária (art. 150, I, CF), destacando que todo contribuinte somente poderá sofrer a incidência de um tributo, na medida em que o fato por ele praticado retrate exatamente a hipótese prevista pela lei tributária que o instituiu.

Ressalta que todo e qualquer tributo somente será devido na medida em que o "evento" praticado pelo contribuinte se enquadrar precisamente nos dizeres descritos na norma tributária, ou seja, só haverá tributação daquele fato social, quando as suas características se adequarem àquela norma prevista em lei.

Alega, ainda, que a sua ocorrência também depende de uma verificação empírica/substancial, isto é, de uma comprovação documental do acontecimento do fato. Nesse sentido, cita ensinamentos de Fabiana Del Padre Tomé, em sua obra Prova no Direito Tributário.

Diz que se verifica, sem grande esforço cognitivo, que dos fatos narrados na Defesa, até o início da fiscalização, à luz dos documentos apresentados ao longo do procedimento fiscal, não decorre lógica conclusão de que houve o descumprimento das normas de redução da base de cálculo, pelo contrário.

Afirma que tal suposição, construída em detrimento do quanto expresso nas próprias notas fiscais e seus livros de Registro de Saídas, não encontra amparo em nosso ordenamento. Por isso e por si só, atesta a imprestabilidade dos trabalhos fiscais, porquanto foi construído sobre premissas frágeis, que não resistem a testes de verificação. Em verdade, o raciocínio que justifica a presente autuação calca-se em verdadeiros sofismas, vícios de raciocínio que parecem emprestar roupagem de veracidade a argumentos falsos, mas que em nada coincidem com a realidade.

Ressalta que a presunção é o meio de prova consistente em um raciocínio lógico, que parte de fatos conhecidos e provados (premissas) para chegar a fatos a serem conhecidos (conclusão). As regras de experiência norteiam a construção desse silogismo, porquanto permitem estabelecer o liame causal comumente verificado entre fatos conhecidos e desconhecidos.

Comenta sobre a regra da Tipicidade Cerrada, afirmando que é aí que se assenta o Estado Democrático de Direito, a prestigiar os conceitos básicos de cidadania de todos aqueles, pessoas físicas ou jurídicas, que são contribuintes.

Significa dizer que o equívoco calcado na utilização de uma suposta presunção, demonstra a total ausência de recolhimento a menos do ICMS, tal como cogitada pelo Fisco, existindo uma suposição nascida de conjecturas e suspeitas, a dizer que tais operações teriam ocorrido internamente.

Frisa que a Administração Tributária, por estar adstrita à Lei — Princípio da Legalidade — tem o dever de buscar por evidências que demonstrem a ocorrência do fato previsto *in abstracto* na

norma tributária. A ocorrência do fato é condição lógica para que se dê a incidência da norma. Do contrário, estar-se-á exigindo uma exação (ou seja, aplicando-se o consequente normativo) sem que se dê a subsunção do evento ao antecedente da hipótese de incidência tributária.

Lembra que a exigência da verdade material é consequência da necessidade de se buscar a aproximação entre a realidade factual e sua representação formal. Sobre o tema cita ensinamentos de James Marins.

Diz que a ocorrência do fato é condição lógica para que se dê a incidência da norma, pois, caso contrário, estar-se-á exigindo uma exação (ou seja, aplicando-se o consequente normativo) sem que se dê a subsunção do evento ao antecedente da hipótese de incidência tributária.

Se o Princípio da Legalidade, por um lado, exige lei para atuação da Administração, por outro lado, só permite que ela aja dentro dos estritos limites do fato concreto. Diz que falta, *in casu*, pressuposto factual à exigência imposta ao Impugnante, principalmente porque as provas carreadas pela defesa, comprovam que a redução da base de cálculo, cuja carga efetiva seja de 4% (quatro por cento), decorre de benefício fiscal concedido regularmente pelo Estado da Bahia. Ante o exposto, requer o cancelamento integral do presente auto de infração.

Quanto à multa aplicada, alega que é ilegal e inconstitucional. Registra que a sanção tributária tem sempre por finalidade garantir a efetividade das normas jurídicas que veiculam obrigações principais e acessórias.

Nesse sentido, reproduz ensinamento de Sacha Calmon Navarro Coelho e observa que a norma que estabelece a sanção não tem um fim em si, pois visa garantir o cumprimento da obrigação prescrita na norma jurídica primária dispositiva. E sendo assim, deve a norma sancionatória se limitar à norma dispositiva, ou seja, a fixação da multa deve ter como limite a conduta que se procura fazer cumprir.

Conclui que evidencia a ausência de caráter arrecadatório da incidência de multa, seu fim maior não é levar dinheiro aos cofres públicos, mas sim estimular o cumprimento da conduta tida por infringida.

A aplicação de uma sanção deve estar sempre pautada na Proporcionalidade para não se tornar injusta; de outra forma, afasta-se do seu caráter punitivo e ressarcitório para converter-se em instrumento inidôneo de arrecadação ao Fisco, o que constitui verdadeiro enriquecimento ilícito.

Diz que a multa isolada é totalmente desproporcional à conduta, quer porque inexistente qualquer tributo devido, quer porque inexistente no presente caso, prejuízo ao erário, o que a torna desproporcional e incoerente com o sistema.

Acrescenta que a multa exigida, pela sua desproporção à norma primária dispositiva, chega às raias do confisco, pois, embora nenhum prejuízo tenha sido causado ao Fisco, a multa aplicada é exorbitante.

Cita o art. 4º do CTN e o art. 150 da CF, afirmando que no presente caso, a multa excessivamente alta passa a ter o condão de arrecadar e não de educar e impedir novas condutas,

Para atestar a pacificidade do tema, em 26 de junho de 2012, nos autos do processo Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 591.969-MG, de Relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, foi negado provimento ao recurso fazendário, por entender que a penalidade aplicada era desproporcional ao prejuízo estatal. Apresenta o entendimento de que a multa deve ser revista, pois carecedora de proporcionalidade à conduta praticada pela autuada, pelo que deve ser cancelada.

Ante todo exposto, requer o cancelamento integral da autuação em questão, face comprovação de que fazia jus benefício fiscal que reduzia a carga tributária, cuja carga efetiva seja de 4% (quatro por cento).

Requer, ainda, o cancelamento da penalidade imposta, em virtude da desproporcionalidade, afirmando que não houve prejuízo ao erário.

Pede que sejam, doravante, o procurador e signatário, intimado de todos os atos do processo.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 99/100 dos autos. Diz que o presente lançamento se refere à aplicação da alíquota de 4% nas operações interestaduais de transferência de mercadorias importadas, com base na Resolução nº 13/2012 do Senado Federal. As referidas mercadorias (seus NCMs) se encontram na lista de bens e mercadorias sem similar nacional, editada pela Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), configurando exceções para as quais a alíquota não se aplica. Transcreve o art. 1º e seus §§ 1º, 2º e 4º da citada Resolução.

Informa que as mercadorias em questão têm os códigos de NCM 2931.90.29 e 2931.90.90. Nessa lógica, conclui que as operações em questão não se encontram acobertadas pelo benefício da alíquota especial de que trata a referida Resolução, configurando recolhimento a menos do imposto, por erro na aplicação da alíquota.

## VOTO

Inicialmente, constato que o presente Auto de Infração está embasado nos demonstrativos elaborados pelo autuante, foram fornecidas ao Autuado, cópias dos mencionados demonstrativos, não foi identificado qualquer prejuízo para a Defesa, a infração apurada foi descrita de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante o levantamento acostado aos autos, que é de fácil entendimento quanto ao método de apuração do imposto exigido, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade deste lançamento.

O Auto de Infração trata de recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de agosto a dezembro de 2018; fevereiro, abril, junho a agosto, outubro a dezembro de 2019; janeiro, março, abril, junho a agosto e novembro de 2020.

De acordo com a descrição dos fatos, o Autuado aplicou a alíquota de 4% prevista na Resolução nº 13 do Senado Federal, nas transferências interestaduais de bens e mercadorias importados do exterior, estando os produtos relacionados em lista de bens e mercadorias sem similar nacional.

O Defendente alegou que segundo o Autuante foi aplicado alíquota de 4% (quatro por cento) sobre as operações de importação, com base na previsão da Resolução do Senado Federal nº 13/2012. Disse que lhe foi concedido benefício fiscal previsto no artigo 7º-C do Decreto Estadual nº 7799/2000, o referido benefício foi concedido pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, estando vigente, por meio das respectivas prorrogações, até 31 de março de 2024 (Processo 01537520230).

Na Informação Fiscal, o Autuante esclareceu que o presente lançamento se refere à aplicação da alíquota de 4% nas operações interestaduais de transferência de mercadorias importadas, com base na Resolução nº 13/2012 do Senado Federal. As referidas mercadorias (seus NCMs) se encontram na lista de bens e mercadorias sem similar nacional, editada pela Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), configurando exceções para as quais a alíquota não se aplica.

Observo que a Resolução nº 13/2012 estabelece alíquotas do ICMS nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior, estando previsto no art. 1º: “A alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior, será de 4% (quatro por cento)”, conforme abaixo reproduzido:



Art. 1º A alíquota do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior, será de 4% (quatro por cento)”;

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se aos bens e mercadorias importados do exterior que, após seu desembaraço aduaneiro:

I - não tenham sido submetidos a processo de industrialização;

II - ainda que submetidos a qualquer processo de transformação, beneficiamento, montagem, acondicionamento, reacondicionamento, renovação ou recondicionamento, resultem em mercadorias ou bens com Conteúdo de Importação superior a 40% (quarenta por cento).

§ 2º O Conteúdo de Importação a que se refere o inciso II do § 1º é o percentual correspondente ao quociente entre o valor da parcela importada do exterior e o valor total da operação de saída interestadual da mercadoria ou bem.

§ 3º O Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz) poderá baixar normas para fins de definição dos critérios e procedimentos a serem observados no processo de Certificação de Conteúdo de Importação (CCI).

§ 4º O disposto nos §§ 1º e 2º não se aplica:

I - aos bens e mercadorias importados do exterior que não tenham similar nacional, a serem definidos em lista a ser editada pelo Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior (Camex) para os fins desta Resolução;

A Resolução 79/2012 do CONSELHO DE MINISTROS DA CÂMARA DE COMÉRCIO EXTERIOR – CAMEX, dispõe sobre a lista de bens sem similar nacional a que se refere o inciso I do § 4º do art. 1º da Resolução do Senado nº 13, de 25 de abril de 2012.

Conforme art. 1º da referida Resolução, para fins exclusivamente do disposto no inciso I do § 4º do art. 1º da Resolução do Senado nº 13, de 2012, indica a lista de bens e mercadorias importados do exterior sem similar nacional.

Foi apurado no levantamento fiscal, que as mercadorias autuadas têm os códigos de NCM 2931.90.29 e 2931.90.90, não se encontram acobertadas pelo benefício da alíquota especial de que trata a Resolução nº 13/2012, configurando recolhimento a menos do imposto, por erro na aplicação da alíquota. O Defendente não apresentou contestação quanto ao fato de as mercadorias autuadas não se enquadrarem no referido benefício fiscal da alíquota especial.

Nos termos do art. 111, inciso I do CTN, a interpretação da legislação tributária é literal, quando dispõe sobre suspensão, exclusão do crédito tributário, outorga de isenção e dispensa do cumprimento de obrigações acessórias. Portanto, não comporta outros métodos elucidativos.

Constato que a sistemática utilizada pelo autuante está respaldada na legislação pertinente à matéria, e quanto à jurisprudência mencionada pelo defendente sobre julgamentos deste CONSEF, entendo que não se aplica ao caso em comento por se tratar de matéria diversa dos fatos tratados neste PAF.

Por tudo o quanto aduzido neste voto, afigura-se demonstrado o cometimento da infração imputada ao contribuinte. Nos moldes como foi apurada e descrita a infração, é correta a acusação fiscal, ficando caracterizado que o lançamento foi efetuado de acordo com as normas que regem as matérias tratadas na autuação fiscal.

O Defendente requereu o cancelamento da multa imposta, alegando desproporcionalidade e afirmando que não houve prejuízo ao erário.

Vale ressaltar, que a penalidade aplicada no presente Auto de Infração é a legalmente prevista para a irregularidade apurada, essa Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária e não cabe a este órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

O Defendente pede, ainda, que sejam, doravante, o procurador e signatário, intimado de todos os atos do processo.

Não há impedimento para que tal providência seja tomada. A forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do RPAF-BA/99, e o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **087461.0001/23-4**, lavrado contra **ORBI QUÍMICA S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 585.815,22**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de outubro de 2023

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA