

A. I. N° - 274068.0009/12-9
AUTUADO - ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 20. 11. 2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0267-01/13

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. a) VENDAS ATRAVÉS DE ECF. Lançamento reconhecido pelo contribuinte. b) VENDAS ATRAVÉS DE NOTAS FISCAIS. Fato demonstrado nos autos. Lançamento mantido. 2. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE APURAÇÃO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO A MENOS. Fato demonstrado nos autos. Lançamento mantido. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. a) EXTRAVIO. MULTA. Fato reconhecido pelo contribuinte. b) NOTAS FISCAIS CANCELADAS, TENDO DADO CIRCULAÇÃO ÀS MERCADORIAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Revisão do lançamento, em face das provas apresentadas pelo contribuinte, reduzindo-se o valor do imposto a ser lançado. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. VENDAS A CONTRIBUINTES COM INSCRIÇÃO NÃO ATIVA. Lançamento reconhecido pelo contribuinte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 18.12.12, acusa os seguintes fatos:

1. recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na aplicação da alíquota, nas vendas efetuadas através de ECF, sendo lançado imposto no valor de R\$ 41.584,63, com multa de 60%;
2. recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na aplicação da alíquota, nas vendas efetuadas através de Notas Fiscais, sendo lançado imposto no valor de R\$ 4.457,24, com multa de 60%;
3. recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, sendo lançado tributo no valor de R\$ 13,29, com multa de 60%;
4. extravio de documentos fiscais, sendo por isso aplicada multa de R\$ 4.600,00;
5. falta de recolhimento de ICMS em virtude de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios – escrituração como “canceladas” de Notas Fiscais que deram circulação a mercadorias –, sendo lançado imposto no valor de R\$ 39.821,11, com multa de 60%;
6. falta de retenção e consequentemente de recolhimento de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas efetuadas a contribuintes com inscrição não ativa, sendo lançado imposto no valor de R\$ 4,79, com multa de 60%.

O contribuinte apresentou defesa (fls. 367/369) requerendo de início que todas as intimações e notificações sejam direcionadas aos advogados regularmente habilitados.

Declara acatar os lançamentos dos itens 1º, 4º e 6º.

Impugna os lançamentos dos itens 2º, 3º e 5º.

Em preliminar, suscita a nulidade dos itens 2º e 3º, por insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento do direito de defesa, alegando que o autuante não esclareceu a origem da desclassificação das alíquotas aplicadas e dos valores adotados como base de cálculo, apenas insinuando a existência de divergências, sem a investigação da classificação fiscal e bases de cálculo.

Aduz que, não sendo acatada essa questão prejudicial, os itens 2º e 3º são improcedentes, haja vista que as operações realizadas tiveram como lastro as Notas Fiscais emitidas pelos seus fornecedores, conforme cópias anexas. Argumenta que, para se contrapor a tais informações, o autuante teria que explicar a motivação da alteração das alíquotas, assim como das bases de cálculo.

Requer que, como meio de prova, existindo qualquer dúvida, seja determinada revisão por fiscal estranho ao feito.

No tocante ao item 5º, nega que tivesse havido cancelamento irregular de Notas. Afirma que com relação às operações que foram canceladas, efetivamente as saídas das mercadorias não foram concretizadas, o que se comprova com a juntada das vias originais dos documentos respectivos, anexas.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de documentos e revisão por fiscal estranho.

Pede que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, com a condenação limitada aos valores dos itens expressamente acatados, sendo os demais julgados nulos ou improcedentes.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 1162/1166) dizendo que, no tocante ao item 2º, a alegação sobre alíquota não procede, pois as alíquotas são as estabelecidas na legislação e descritas no enquadramento nos arts. 50 e 51 [do RICMS].

Também contesta a alegação sobre a base de cálculo, dizendo que ela não procede porque no anexo 2, fls. 98 a 120, constam os valores das bases de cálculo por Nota, e as bases de cálculo são as constantes nas Notas Fiscais ou, quando for cabível, base de cálculo com redução, tudo demonstrado no referido anexo.

Quanto à alegação do autuado de que as operações realizadas tiveram como lastro as Notas Fiscais emitidas por seus fornecedores, conforme cópias anexas, o fiscal contrapõe que as cópias das Notas Fiscais de entrada estão sem tributação, não devido à natureza dos produtos, mas porque os fornecedores são do Simples e as Notas Fiscais têm de sair sem tributação. Aponta exemplos. Aduz que outras Notas têm “produtos” não relacionados na infração 2ª Aduz que entre as Notas Fiscais de entrada existe inclusive Nota com tributação, que é a Nota Fiscal 15389, à fl. 386.

Com relação ao item 3º, o fiscal informa que, de acordo com pesquisa no sistema INC (Informação do Contribuinte), constatou que a empresa recolheu o valor deste item, o que a seu ver implica o reconhecimento da infração.

No tocante ao item 5º, o fiscal informa que por ocasião da fiscalização a empresa apenas anexou as Notas Fiscais em duas vias, e somente na defesa foi que anexou todas as vias. Diz que as Notas Fiscais justificadas totalizam 37.872,30 [R\$ 37.872,30]. Informa que, de acordo com pesquisa no sistema INC (Informação do Contribuinte), constatou que a empresa recolheu parte do item 5º, referente às Notas Fiscais não justificadas. Conclui dizendo que ratifica parcialmente a infração.

Considera não ser necessária revisão por fiscal estranho ao feito, pois todos os dados necessários à elucidação do Auto se encontram nos autos.

Opina pela procedência parcial do Auto de Infração.

Ao ter vista do teor da informação fiscal, o contribuinte manifestou-se (fls. 1172-1173) reclamando que não foi atendido o requerimento formulado na defesa para que todas as intimações sejam direcionadas aos advogados que subscreveram a impugnação do lançamento. Renova o requerimento no sentido de que todas as intimações e notificações sejam direcionadas aos advogados regularmente habilitados.

Reitera o pedido de nulidade dos itens 2º e 3º, por insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento do direito de defesa, protestando que a autuante continua sem esclarecer a origem da desclassificação das alíquotas aplicadas e valores adotados como base de cálculo, apenas insinuando a existências de divergências, sem a investigação da classificação fiscal e bases respectivas.

Também reitera que, não sendo acatada essa questão prejudicial, os itens 2º e 3º são improcedentes, pelas razões sustentadas na defesa inicial. Renova o requerimento de revisão por fiscal estranho ao feito, caso haja qualquer dúvida.

Quanto ao mérito (no tocante ao item 2º), o autuado alega que a simples citação de 3 Notas, pela autuante, sem que sejam atreladas ao que seria a “tributação” correta, não sustenta a exigência, inclusive fazendo com que a informação prestada venha a ofender o disposto no art. 127, § 6º, do RPAF.

No que tange ao item 5º, diz que as provas materiais do regular cancelamento foram acatadas, devendo a condenação ser limitada ao montante reconhecido e recolhido.

Com relação ao item 1º, diz o autuado que, apesar de ter expressamente reconhecido o fato, pode ter ocorrido um erro de comunicação entre a empresa e seus advogados, e o que parece é que o reconhecimento, em verdade, conforme parcelamento solicitado, foi de R\$ 34.717,17. Por essa razão, pede que tal fato seja conferido no processo e, se existir valor residual, não parcelado, seja realizada a conferência legal das operações, objetivando identificar se existem erros na apuração, no tocante ao enquadramento legal de cada operação, aspecto que não pode ser atingido pela preclusão, apurando-se, em especial, se existem produtos sujeitos à substituição tributária ou isentos. Aduz que, se o parcelamento solicitado pela empresa, neste item, foi integral, de logo renuncia ao questionamento que está sendo formulado.

Renova o protesto pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de documentos e revisão por fiscal estranho ao feito. Pede que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, com a condenação limitada aos valores dos itens expressamente acatados, sendo os demais julgados nulos ou improcedentes.

Dada vista dos autos à auditora responsável pelo lançamento, ela se pronunciou (fls. 1178-1179) dizendo que, relativamente ao item 1º, bebida láctea e coalhada não estão na substituição tributária, e por isso ratifica a infração.

Quanto aos itens 2 a 6, considera que a segunda impugnação não trouxe fato novo defensivo, e por isso ratifica o que foi dito na informação anterior.

Opina pela procedência parcial do Auto de Infração.

VOTO

O débito do item 1º foi reconhecido pelo autuado na defesa. Em manifestação posterior, alega que, apesar de ter expressamente reconhecido o fato, pode ter ocorrido um erro de comunicação entre a

empresa e seus advogados, e o que parece é que o reconhecimento, em verdade, conforme parcelamento solicitado, foi de R\$ 34.717,17, e por essa razão, pede que tal fato seja conferido no processo e, se existir valor residual não parcelado, seja feita a conferência das operações, objetivando identificar se existem erros.

A imputação diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na aplicação da alíquota, nas vendas efetuadas através de ECF.

Na informação fiscal não foi suscitado nenhum reparo a ser feito quanto a este item.

Mantenho o lançamento.

No item 2º, o fato consiste no recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na aplicação da alíquota, nas vendas efetuadas através de Notas Fiscais.

O autuado suscitou a nulidade do lançamento, por insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento do direito de defesa, alegando que o autuante não esclareceu a origem da desclassificação das alíquotas aplicadas e dos valores adotados como base de cálculo, apenas insinuando a existência de divergências, sem a investigação da classificação fiscal e bases de cálculo.

Na informação, o fiscal contrapôs que a alegação sobre alíquota não procede, pois as alíquotas são as estabelecidas na legislação e descritas no enquadramento nos arts. 50 e 51. O autuante não diz, mas se depreende que os arts. 50 e 51 a que ele se refere são do RICMS/97.

Há um problema nestes autos quanto às folhas citadas pelo fiscal, pois alguém renumerou as folhas do processo. Para localizar as folhas citadas, é preciso atentar para os números que foram riscados mas continuam legíveis.

Consta na descrição da infração que o contribuinte aplicou a alíquota errada conforme demonstrativo anexo. O demonstrativo às fls. 97 a 119 indica o mês, a data, o número da Nota Fiscal, o CFOP, o código, a descrição da mercadoria, o valor total, a base de cálculo, o ICMS destacado na Nota Fiscal, a alíquota e os valores devidos. Noto que a coluna “Valor Total” certamente não representa o valor “total”, mas sim o valor parcial relativo ao item da Nota Fiscal considerada. Na coluna “Alíquota”, a maioria dos itens contém simplesmente 0,00 (ausência de alíquota), 0,12 (12%) ou 0,07 (7%). Quando na Nota Fiscal não há indicação da alíquota, mas devia haver, o imposto é apurado multiplicando-se a base de cálculo pela alíquota que se considera cabível.

Ultrapasso a preliminar suscitada porque o fato foi descrito de forma satisfatória, e os dados constantes no demonstrativo são compreensíveis.

Quanto ao mérito, noto que a defesa se baseou na tributação documentada nas Notas Fiscais de compras. Ocorre que as Notas de compras não interessam neste caso, pois a imputação diz respeito às operações futuras, neste Estado.

Nas Notas em que consta alíquota zero, cabia ao contribuinte explicar por que seria zero, provando, por exemplo, que se trataria de mercadoria do regime de substituição tributária, ou de operação isenta, etc.

Já no caso de na coluna constar 0,07 e 0,12 (ou seja, 7% e 12%), cabia ao contribuinte justificar por que a alíquota seria de 7% ou de 12%.

Mantenho o lançamento.

O item 3º cuida de recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto.

Foi suscitada a nulidade do lançamento, por insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento do direito de defesa, alegando o contribuinte que o autuante não esclareceu a origem da desclassificação dos valores adotados como base de cálculo, apenas insinuando a existência de divergências, sem a investigação da classificação fiscal e bases de cálculo.

O demonstrativo encontra-se às fls. 120 e 121. Indica o mês, o CNPJ, a data, o número da Nota Fiscal, o CFOP, a base de cálculo, a alíquota, o ICMS considerado correto, o imposto lançado e a diferença do imposto.

Ultrapasso a preliminar, porque a descrição do fato é satisfatória e o demonstrativo é compreensível.

No mérito, cumpre assinalar que, se o levantamento contém erro, era só a defesa apontar.

Mantenho o lançamento.

O item 5º cuida de falta de recolhimento de ICMS relativo a Notas Fiscais canceladas irregularmente, pois as Notas deram circulação às mercadorias.

Diante das provas apresentadas pelo contribuinte, o fiscal na informação concluiu que as Notas Fiscais justificadas totalizam 37.872,30 (R\$ 37.872,30).

O fiscal se expressou indevidamente, dando a entender que a totalização corresponderia ao valor das operações, quando na verdade se trata do valor do imposto.

O valor do imposto remanescente no item 5º e, portanto, de R\$ 1.948,81. (R\$ 39.821,11 menos R\$ 37.872,30 = R\$ 1.948,81).

A defesa requer que as intimações relativas a este feito sejam feitas em nome dos advogados, no endereço indicado na petição. Recomenda-se que as intimações sejam feitas na forma requerida, ressaltando-se, contudo, que não implicará nenhum vício se as intimações forem feitas diretamente ao próprio sujeito passivo, atendidas as regras do art. 108 do RPAF.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **274068.0009/12-9**, lavrado contra **ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 48.008,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a” e “e”, da Lei nº 7.014/96, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$ 4.600,00**, prevista no inciso XIX do art. 42 da supracitada lei, e dos demais acréscimos legais, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de outubro de 2013

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR