

A. I. N° - 274068.0009/12-9
AUTUADO - ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 20/05/2016

RETIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO

Retificação do Acórdão nº 0065-01/16, de 14 de abril de 2016, exarado pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal deste Colegiado, conforme solicitação do contribuinte de fls. 1.299/1.301, para que seja excluído o Recurso de Ofício, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0065-01/16

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 descrito de forma inadequada. Lançamento em princípio nulo, sendo, contudo, mantido, tendo em vista que o contribuinte quitou na íntegra o valor lançado, reconhecendo o débito. 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 CONTRIBUÍNTES 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 ao feito para esclarecimentos quanto aos itens 2º, 3º e 5º.

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.

A auditora responsável pelo lançamento 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, a autuante 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 nº 15389, à fl. 386.

Com relação ao item 3º, a autuante 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, a autuante 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 existência 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 2º a 6º, 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.

O processo foi julgado por esta Junta mediante o Acórdão JJF 0267-01/13 (fls. 1186/1190), decidindo-se pela procedência parcial dos lançamentos.

Parte dos valores lançados foi parcelada (fls. 1199/1202). O autuado requereu interrupção de alguns parcelamentos, a fim de quitar o débito com os benefícios da Lei nº 12.903/13 (fls. 1213). Consta que a “parte B” deste processo se encontra com o Parcelamento nº 73413-6 baixado (fl. 1229). Foi protocolado novo Termo de Confissão de Dívida, baseado nos benefícios da Lei nº 12.903/13 (fl. 1234), com juntada de DAEs.

O autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 1239-1240) reclamando que: a) no que tange ao item 1º, a Junta não apreciou os pedidos feitos na manifestação datada de 4.4.13, pelo que teria redundado na nulidade da decisão, a fim de que fosse aquele item novamente apreciado; b) a Junta também não teria analisado os pedidos de revisão relativamente aos itens 4º e 5º; c) no tocante aos itens 2º e 3º, o lançamento seria nulo, por insegurança na determinação da infração e consequente cerceamento de defesa, pois a Junta, invertendo o ônus da prova, atribuiu à empresa a responsabilidade de explicar as alíquotas adotadas, quando a autuante não esclareceu o motivo da desclassificação das alíquotas e dos valores adotados como base de cálculo, apenas apresentando demonstrativos de sua elaboração, insinuando a existência de divergências, sem os esclarecimentos necessários; d) ainda com relação aos itens 2º e 3º, em que as operações tiveram como lastro as Notas Fiscais emitidas pelos fornecedores, conforme cópias anexadas ao PAF, as Notas Fiscais não teriam sido apreciadas pela Junta, já que eram de entradas.

A 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, mediante o Acórdão CJF 0217-12/15, deu provimento ao recurso (fls. 1258/1261), considerando que o julgamento da Junta foi “citra petita”, implicando a configuração de nulidade, por não ter havido apreciação nem decisão quanto aos fundamentos declinados na petição datada de 04/04/13 [*leia-se* 02/04/13], concernentes ao item 1º, causando prejuízo à defesa.

VOTO

Este Auto de Infração contém 6 lançamentos.

O contribuinte iniciou sua defesa declarando: “Com efeito, acatando expressamente as ocorrências 1, 4 e 6, impugna as ocorrências 2, 3 e 5”.

Foi portanto reconhecido expressamente o lançamento do item 1º, que diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na aplicação da alíquota, nas vendas efetuadas através de ECF.

Em manifestação posterior, o contribuinte alegou que, apesar da declaração expressa, na defesa, acerca do reconhecimento total do débito do item 1º, pode ter ocorrido um erro de comunicação entre a empresa e seus advogados, pois 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 realizada a conferência legal das operações, objetivando identificar se existem erros na apuração, no tocante ao enquadramento legal, apurando-se, em especial, se existem produtos sujeitos a substituição

tributária ou isentos. Acrescenta que, se o parcelamento foi integral, renuncia a esse questionamento.

Por conseguinte, o contribuinte não contesta o fato objeto do item 1º, o que ele pede é que seja feita a verificação do valor parcelado, pois, a seu ver, o que parece é que o reconhecimento, conforme consta no parcelamento, foi de R\$ 34.717,17, de modo que, se existir valor residual não parcelado, pede que seja feita a conferência das operações, objetivando identificar se existem erros (relativos ao valor residual).

Atendendo ao pleito do contribuinte, fiz a conferência requerida. O valor total do imposto lançado no item 1º foi de R\$ 41.584,63, e desse valor, conforme instrumento à fl. 1200 – primeiras 12 linhas, o contribuinte parcelou a quantia de R\$ 34.711,17 (e não de R\$ 34.717,17, como afirmou a defesa), ficando, portanto, um valor residual de R\$ 6.873,46. Quanto à indagação do autuado se existiriam mercadorias sujeitas à substituição tributária, a auditora informou (fl. 1178) que, relativamente ao item 1º, bebida láctea e coalhada não estão na substituição tributária, e por isso ela disse que ratifica a infração. Quanto ao enquadramento, os dispositivos indicados no Auto – arts. 50, 51 e 124, I, do RICMS/97 – são condizentes com o fato acusado: erro na aplicação da alíquota. Sendo assim, não existe erro quanto ao valor residual. Aliás, o valor residual do item 1º foi pago depois (fl. 1276), e portanto todo o valor do item 1º foi pago.

Mantenho o lançamento do item 1º.

Quanto aos itens 2º e 3º, embora se trate de fatos distintos, o contribuinte defendeu os dois lançamentos em conjunto, tanto em preliminar quanto em relação ao mérito.

Em preliminar, suscitou a nulidade dos lançamentos dos itens 2º e 3º alegando insegurança na determinação das infrações e consequente cerceamento do direito de defesa, tendo em vista 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.

Em princípio, o autuado tem razão, pois a autoridade fiscal descreveu os fatos de forma simplória. Com efeito, no item 2º, que acusa erro na aplicação da alíquota, não foi explicitado – como devia – qual teria sido o “erro na aplicação da alíquota cabível”, e mesmo no adendo posto em seguida, a autoridade autuante se limita a dizer que o contribuinte “aplicou a alíquota errada”. A autoridade fiscal deveria ter dito por qual razão a alíquota aplicada estava errada.

Há um problema nestes autos quanto às folhas citadas pela autoridade fiscal, pois alguém reenumerou as folhas do processo. Para localizar as folhas citadas, é preciso atentar para os números que foram riscados mas continuam legíveis. No caso do item 2º, que diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na aplicação da alíquota, nas vendas efetuadas através de Notas Fiscais, a auditora acrescentou um adendo em que faz menção ao anexo 2, cuja cópia foi entregue ao contribuinte. O anexo 2 encontra-se às fls. 97/119. O demonstrativo indica as Notas Fiscais, as datas, o CFOP, o código da mercadoria, o tipo de mercadoria, o valor total, a base de cálculo, o ICMS destacado na Nota Fiscal, a alíquota adotada pelo contribuinte, a alíquota aplicada pela fiscalização e os valores devidos. Na coluna “Alíquota”, a maioria dos itens contém simplesmente 0,00 (ausência de alíquota), 0,12 (12%) ou 0,07 (7%). Embora a autuante não tenha informado por qual razão essas alíquotas estão erradas e a correta seria 17%, no enquadramento legal foi feita a indicação dos arts. 50 e 51 do RICMS/97, e por conseguinte o contribuinte teve como analisar, caso a caso, o erro que lhe foi imputado. 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%. Ultrapasso a preliminar suscitada quanto ao item 2º, porque o fato foi descrito de forma satisfatória, e os dados constantes no demonstrativo

são compreensíveis.

Quanto ao mérito do item 2º, o autuado alega que as operações realizadas tiveram como lastro as Notas Fiscais emitidas pelos seus fornecedores. Juntou cópias das Notas Fiscais de compras. Ocorre que as Notas de compras não interessam neste caso, pois a imputação diz respeito às operações futuras, ocorridas neste Estado.

Mantenho o lançamento do item 2º.

Também, em princípio, tem razão o autuado ao alegar preliminarmente insegurança na descrição da infração objeto do item 3º. A autoridade fiscal limitou-se a acusar que houve recolhimento de ICMS efetuado a menos em decorrência de “erro na apuração dos valores do imposto”, sem dizer qual foi o erro.

Os Autos de Infração são lavrados com base em descrições-padrão constantes no sistema denominado SEAI. Para cada fato, genericamente considerado, existe uma descrição. Como é impossível prever as peculiaridades e nuances de cada fato concretamente verificado, o sistema exige que, depois da descrição selecionada, o fiscal acrescente os detalhes atinentes à situação específica, inclusive quanto ao enquadramento legal do caso concreto. Isto poucas vezes é feito. Existem sugestões para aperfeiçoamento do sistema SEAI, mas as sugestões até o presente não foram levadas em conta. É evidente que a autoridade autuante não pode alegar que a “a culpa é do sistema”, pois quem é competente para lavrar o Auto de Infração é o agente fiscal, e não o “sistema”. O fato é lamentável. É de bom alvitre que a autoridade autuante em casos futuros atente para a previsão do citado art. 39, V, “a” e “b”, do RPAF.

A autoridade fiscal fez um adendo na descrição do fato objeto do item 3º, que acusa “erro na apuração dos valores do imposto”, chamando a atenção para o demonstrativo de Notas Fiscais com débito a menos, anexo 3, cuja cópia foi entregue ao contribuinte. Como o enquadramento do fato foi feito no art. 116 do RICMS/97, fica evidente que por “erro na apuração dos valores do imposto” deveria ser entendido aquele erro que se verifica na escrituração do Registro de Apuração. Nesse sentido, o citado art. 116 prevê que, no regime normal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal, passando a demonstrar como é feita a apuração para se determinar se há saldo devedor ou credor.

Ocorre que no caso deste item 3º o fato é outro: conforme o anexo 3 (fls. 120-121), o demonstrativo fiscal cuida de Notas Fiscais com “débito a menor”, ou seja, com destaque do imposto efetuado a menos. Não se trata, por conseguinte, de erro na “apuração” dos valores do imposto. A auditora escolheu o código do SEAI errado. Não se admite mudança do fulcro da imputação no curso do processo. Por conseguinte, em princípio o lançamento do item 3º seria nulo. Deixo, contudo, de declarar a nulidade, tendo em vista que o contribuinte terminou reconhecendo o débito e providenciou o pagamento (fls. 1199/1202). Lançamento mantido.

O item 4º não foi impugnado.

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

O autuado nega que tivesse havido cancelamento irregular de Notas. Alega 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.

Diante das provas apresentadas pelo contribuinte, a autuante na informação concluiu que as Notas Fiscais justificadas totalizam R\$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 é, portanto, de R\$ 1.948,81. (R\$ 39.821,11 menos R\$ 37.872,30 = R\$ 1.948,81).

O item 6º não foi impugnado.

O contribuinte requereu revisão por fiscal estranho ao feito para esclarecimentos quanto aos itens 2º, 3º e 5º. Indefiro o requerimento, pois não foi fundamentada a necessidade de intervenção de fiscal estranho ao feito.

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 conforme demonstrativo abaixo, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA
01	RECONHECIDA	41.584,63	41.584,63	60%
02	PROCEDENTE	4.457,24	4.457,24	60%
03	PROCEDENTE	13,29	13,29	60%
04	RECONHECIDA	4.600,00	4.600,00	-----
05	PROCEDENTE EM PARTE	39.821,11	1.948,81	60%
06	RECONHECIDA	4,79	4,79	60%
TOTAL		90.481,06	52.608,76	

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 de **R\$48.008,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$4.600,00**, prevista no inciso XIX, do mesmo diploma legal supracitado, alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de junho de 2016.

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR