

PROCESSO - A. I. Nº 299326.0025/17-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - BASE NORDESTE COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4º JJF nº 0034-04/18
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/08/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0238-12/18

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. Não restou caracterizada a ocorrência da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Como todas as operações de saídas foram interestaduais, a alíquota correta é de 12% e não de 17%, conforme aplicada pelo contribuinte, com exceção, quando os fatos geradores foram para não contribuinte do imposto. Neste caso, o próprio contribuinte aplicou a alíquota de 17%. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 4ª JJF, através do Acórdão nº 0034-04/18, por ter desonerado o sujeito passivo do débito originalmente lhe imputado, lançado no valor original de R\$350.471,65, acrescido de multa de 60%, sob a seguinte acusação: *Recolheu a menor o imposto em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Período fiscalizado - janeiro de 2012 a dezembro de 2013.*

A Decisão da JJF considerou o Auto de Infração Improcedente, nos termos abaixo reproduzidos:

VOTO

O crédito tributário representa o momento da exigibilidade da relação jurídico-tributária. Nasce com o lançamento tributário (art. 142, do CTN), sendo tal lançamento o instrumento que confere exigibilidade à obrigação tributária, quantificando-a e qualificando-a, e que decorre de outorga constitucional ao ente tributante com poderes e competência adstritos à legislação tributária e, em especial ao CTN, no seu art. 194 e art. 142. Assim, o lançamento tributário é um ato administrativo, que para ser válido possui determinadas condições {elementos ou requisitos} como competência, finalidade, forma, motivo e objeto, que se não observadas podem constituir em vício que o inquina a um ato ilegal.

E o início da ação fiscal marca o momento em que o Estado, por meio de seus agentes, interfere no comportamento tributário do contribuinte, podendo resultar deste ato a apuração de irregularidades e o conseqüente lançamento de ofício do crédito tributário. E, para o surgimento deste início, é necessário que o contribuinte tenha conhecimento prévio da fiscalização. É pela intimação que se estabelece o contraditório, cientificando-se o acusado da imputação que sobre ele possa pesar e propiciar fazer sua defesa, mesmo quando da fiscalização e/ou posteriormente, da maneira mais ampla possível (art. 5º, LV, CF). E mais, ela, de igual forma, é marco inibidor da denúncia espontânea.

A fiscalização estadual, quando nas suas funções de controle das receitas do Erário, encontra-se investida, privativamente, do poder e dever de, constatando qualquer irregularidade tributária buscar recuperar esta receita espontaneamente ou de ofício, pela lavratura do Auto de Infração. Estas são, em linhas gerais, as determinações do art. 142 do CTN. Neste contexto, o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado (Parágrafo único do art. 142, do CTN), devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, constituída de leis, regulamentos, portarias, etc. e de rotinas administrativas.

Dentro deste escopo, o art. 26, do RPAF/BA (Dec. nº 7.629/99) determina que no início de uma ação fiscal devam ser lavrados termos, os quais especifica. Portanto, deve ser indicado formal e legalmente, e dado a conhecer ao sujeito passivo o início de qualquer procedimento fiscal, para que não haja desobediência aos requisitos do devido processo legal. É de fundamental importância que não haja qualquer mácula ao princípio

constitucional da ampla defesa.

E o art. 28 da referida norma regulamentar, nomina todos os termos que devem ser lavrados para que a ação fiscal possa ter base legal na sua constituição. Constatou-se que a legislação processual tributária ao exigir a lavratura de termos, conforme aponta, objetiva permitir ao sujeito passivo da relação tributária o total conhecimento da ação fiscal. Inclusive, vai além ao determinar que sua prorrogação, após noventa dias, somente poderá ocorrer “mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que, esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso” (§ 1º).

Ao analisar as peças processuais, não existe qualquer termo válido ao seu início. No existente (Termo de Início de Fiscalização - fl. 08), não consta que foi dado a conhecer ao contribuinte, portanto sem validade legal para seu objetivo conforme acima explicitado.

Por seu turno, o impugnante afirma ter sido surpreendido com a lavratura do presente Auto de Infração. Poderia esta 4ª JF baixar os autos em diligência para apurar esta situação, porém diante de outro equívoco cometido na presente ação fiscal, torna-se a mesma desnecessária.

Toda a base da defesa, em síntese, prende-se ao fato de que o lançamento fiscal encontra-se repleto de omissões e ausências de requisitos necessários à sua validade, uma vez que inexistente a informação, de forma cristalina e isenta de dúvida, a maneira como foi apurado os valores exigidos, a sua origem ou natureza jurídica. É veemente em afirmar ter havido cerceamento de defesa.

Em papel, não existe nos autos os levantamentos realizados pelo autuante, mesmo que por amostragem. Mas, no CD de fl. 09 estão eles presentes em planilha excel. Cópia deste CD foi apresentada ao contribuinte conforme Intimação de fl. 13 dos autos.

Ao analisar os levantamentos fiscais constantes no CD se constata que para os dois exercícios fiscalizados foram elaborados dois arquivos intitulados: 2012 PPT 201.2 2012 SAIDAS PARA OUTROS ESTADOS e 2013 PPT 202.2 SAIDAS PARA OUTROS ESTADOS

No arquivo 2012 PPT 201.2 2012 SAIDAS PARA OUTROS ESTADOS existe um arquivo intitulado EFD_Itenssaídas (2), onde se pode presumir que todas as informações das NF-e desta planilha foram da EFD tomadas. Como, adiante se constata, o contribuinte neste período não estava obrigado a escriturar a EFD, mais uma vez se presume que este arquivo não foi utilizado.

No segundo arquivo, intitulado PPT 202.01 consta:

AUDITORIA EM DOCUMENTOS E LANÇAMENTOS FISCAIS REGISTRO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. FONTE :

SIAF - NOTAS FISCAIS ELETRONICAS DE SAIDA - O CONTRIBUINTE NÃO ENTREGOU O ARQUIVO MAGNÉTICO E NÃO TEM A OBRIGATORIEDADE DE ENTRGA DA EFD.

CFOP 6101 - VENDA DE PRODUÇÃO DO ESTABELECIMENTO

E sobre tais documentos o autuante apurou o imposto.

A alíquota aplicada pelo contribuinte para apuração do imposto foi a de 12%, a exceção (como consta no demonstrativo) em relação à NF-e nº 7884, onde não há qualquer informação a respeito desta alíquota. Calculou o imposto a ser recolhido, que neste mês de janeiro seria de R\$38.303,36 (tal somatório não consta no levantamento, apenas para o presente exemplo, o apresento já que este valor foi realizado por documento fiscal, sem somatório mensal).

O autuante entendeu que esta alíquota não era de 12% e sim de 17%. Calculou o imposto devido com base nesta alíquota de 17% (coluna: Valor do ICMS), apresentando valor de R\$54.335,76. Em seguida, calculou a diferença a pagar (Coluna: Diferença a Pagar) no valor de R\$16.032,40, valor este exigido no presente Auto de Infração.

Em outras situações, a exemplo do mês de março de 2012, além de calcular o imposto com alíquota de 17% incluiu o valor do IPI que o contribuinte não tinha considerado para cálculo do imposto, a exemplo da NF-e nº 8734, de 13/03/2012 – embora o autuado tenha utilizado a alíquota de 17%, (por ser empresa isenta de ICMS), não incluiu, corretamente, na base de cálculo do ICMS o valor do IPI já que se trata de estabelecimento industrial. Tal verificação foi realizada no Portal de NF-e da Receita Federal.

Estas considerações são as mesmas para o exercício de 2013, apenas o levantamento foi realizado com base nos arquivos magnéticos apresentados pelo contribuinte.

Enfim, os levantamentos fiscais estão compreensíveis, tendo tido o impugnante total acesso aos mesmos, podendo exercer o seu direito de defesa.

Entretanto, existe um grande equívoco do autuante na auditoria realizada. Com base no § 2º do art. 2º, do

RPAF/BA (Quando por mais de um modo se puder praticar o ato ou cumprir a exigência, preferir-se-á o menos oneroso para o requerente), adentro ao mérito da autuação.

Ao analisar todas as operações de saídas autuadas, foram elas, TODAS, vendas interestaduais e não internas.

A Lei Estadual nº 7.014/96 assim determinava quando dos fatos geradores (estas determinações são as mesmas constantes do art. 50, do RICMS/97):

Art. 15. As alíquotas do ICMS são as seguintes: I - 17% (dezessete por cento):

b) nas operações e prestações em que os destinatários das mercadorias ou os tomadores dos serviços estejam localizados em outra unidade da Federação e não sejam contribuintes do imposto;”

II - 12% (doze por cento), nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens ou serviços de transporte ou de comunicação a contribuintes do imposto.

E os artigos 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96, citados no corpo do Auto de Infração como infringidos não têm pertinência com a presente lide, pois tratam de outras situações que não a ora discutida. E, igualmente, o art. 51, do RICMS/97.

Em assim sendo, o contribuinte quando utilizou a alíquota de 12%, o fez corretamente. E mais, quando deu saída de mercadorias para não contribuinte, aplicou a alíquota de 17%.

Em vista de tal constatação, a aplicação da alíquota de 17% pela fiscalização foi irregular e se encontra desvinculada da legalidade para se apurar a base de cálculo do imposto ora exigido. Neste caso, não foi constatada qualquer irregularidade a respeito da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Por tudo exposto, voto pela **IMPROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

A JJF recorre de Ofício desta decisão, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste Conselho, nos termos do artigo 169, I, “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela primeira Instância devido à desoneração do Auto de Infração que julgou Improcedente, no qual teve como base de acusação fiscal, o recolhimento a menor do imposto em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O débito exigido, no valor histórico de R\$350.471,65, se relaciona a supostas infrações envolvendo a aplicação da alíquota interna (17%) em detrimento da alíquota interestadual (12%).

Analisei as planilhas constantes da mídia (CD) folha 09, e percebi que o autuante utilizou a alíquota de 17% para todas as saídas efetuadas pela Autuada, independentemente, de serem saídas internas, interestaduais ou para não contribuintes do ICMS.

Desta forma, entendo que o Autuante incorreu em um grande erro ao considerar a alíquota de 17% para todas as saídas, sem analisar a legislação vigente. Vejamos abaixo alguns exemplos:

DADOS DA NF-e			ALÍQUOTA	
DATA	Nº DA NF-e	DESTINO	CORRETA	UTILIZADA NO AUTO
02/03/2012	8574	SE	12%	17%
23/04/2012	9385	AL	12%	17%
18/05/2012	9778	RN	12%	17%
05/06/2012	9985	SP	12%	17%
24/01/2013	13649	SE	12%	17%
01/02/2013	13791	SE	12%	17%
15/03/2013	14498	RN	12%	17%
08/07/2013	16588	PB	12%	17%

Conforme bem colocado pelo julgador da JJF, a Lei Estadual nº 7.014/96 determinava quando dos fatos geradores, as seguintes alíquotas:

Art. 15. As alíquotas do ICMS são as seguintes:

I - 17% (dezessete por cento):

b) nas operações e prestações em que os destinatários das mercadorias ou os tomadores dos serviços estejam localizados em outra unidade da Federação e não sejam contribuintes do imposto; ”

II - 12% (doze por cento), nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias, bens ou serviços de transporte ou de comunicação a contribuintes do imposto.

Neste sentido, concordo com o posicionamento da 4ª JJF, quando diz que o Autuado utilizou corretamente a alíquota de 12% para vendas de mercadorias para contribuintes fora do Estado e, utilizou corretamente a alíquota de 17% para não contribuintes.

Por tudo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo em sua inteireza a decisão de primeira instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299326.0025/17-6**, lavrado contra **BASE NORDESTE COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de julho de 2018.

TIAGO DE MOURA SIMÕES – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUIZ AUGUSTO FERNANDES DOURADO - RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS