

A. I. Nº - 299326.0025/17-6
AUTUADO - BASE NORDESTE COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - ARLINDO AMORIM PEREIRA
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 12.04.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0034-04.18

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%. Auto de Infração **IMROCEDENTE**. Decisão unânime

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/09/2017, exige ICMS no valor de R\$350.471,65, sob a acusação do contribuinte ter recolhido a menor o imposto em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Janeiro de 2012 a dezembro de 2013 (com exceção do mês de junho).

Por representante legal constituído, a empresa impugna o lançamento fiscal (fls. 15/22). Após abordar a tempestividade da defesa apresentada, requer a nulidade do lançamento fiscal calcado no princípio constitucional da ampla defesa, inclusive absorvido pelo RPAF/BA.

Ressalta que a garantia da ampla defesa nos processos administrativos fiscais não se reserva apenas ao fato de conceder prazo para impugnação, mas também no sentido de conceder meios acessíveis para a própria satisfação do direito subjetivo à defesa administrativa.

Em assim sendo, da análise do Auto de Infração ora contestado, o autuante imputou ao estabelecimento uma suposta conduta ilegal de recolher a menor o ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. No entanto, resta ele repleto de omissões e ausências de requisitos necessários para sua validade, uma vez que inexiste a informação, de forma cristalina e isenta de dúvida, da maneira como foram apurados os valores exigidos, a sua origem ou natureza jurídica, “*caracterizando inequívoca ausência de publicidade do ato administrativo formalizador do lançamento tributário*”, restando impossível se delinear qual o motivo que desencadeou a suposta infração. Neste sentido, pergunta como pode apresentar defesa apropriada “*se não dispõe de elementos capazes nem sequer de definir de forma exata o que levou a Administração Tributária a entender pela existência de recolhimento a menor do ICMS*”.

Com tais argumentos pugna pela nulidade da ação fiscal com base no art. 18, IV, do RPAF/BA, pois “*ao se verificar a incompatibilidade flagrante entre as infrações discriminadas no Auto de Infração (Doc. 03), não havendo qualquer motivo aparente ou disposição expressa capaz de explicar os motivos ensejadores da lavratura, forçoso concluir que o Ilmo. Auditor Autuante deixou de consignar elementos imprescindíveis para determinação e delimitação segura da infração imputada a esta Pessoa Jurídica*”.

Após indicar que foi surpreendido pela lavratura do Auto de Infração, passa a discorrer sobre o mérito da autuação. Mais uma vez ressalta que o autuante não trouxe aos autos a demonstração da operação realizada pelo estabelecimento autuado que desencadeou “em suposta utilização de crédito fiscal de forma indevida” e que ele, por obrigação legal, deve demonstrar quais os reais motivos da apuração do imposto ora exigido, fato que inviabiliza a própria defesa do presente lançamento e acrescenta: *“Esta Impugnante, no presente caso, além de efetuar o recolhimento do ICMS de forma estritamente legal, como a devida aplicação das alíquotas devidas, se vê impossibilitada de traçar uma defesa clara, já que não detém informações dos reais motivos que levaram a lavratura do Auto, o qual se mostra por demais ilegal”*

Requer, novamente a nulidade do lançamento fiscal e pontua que no período autuado inexistiu qualquer recolhimento a menor do ICMS.

Impugna a multa aplicada afirmando ser ela inexistente já que sendo acessória ao principal, não pode ser exigida. Porém em atenção aos princípios da concentração da defesa e da eventualidade, a contesta por entender ter ela caráter confiscatório e abusivo.

Requer, por fim:

1. A improcedência do lançamento fiscal.
2. Caso seja mantida a aplicação da penalidade, que a multa seja efetivamente reduzida no valor de no máximo, 2% (dois por cento).

Portesta pela utilização de todos os meios de prova em direito admitidos e requer ainda que toda e qualquer decisão referente à presente autuação seja expressamente motivada, sob pena de nulidade.

O autuante presta sua informação fiscal (fls. 44/45). Após descrever a infração ao contribuinte imputada, passa a contestar a alegação de nulidade do Auto de Infração aduzida pelo impugnante. Informa que o autuado recebeu cópia do CD com as informações e dados dos documentos fiscais embasadores da autuação. Além do mais:

1. a própria descrição da infração expressa claramente o que se está a exigir.
2. As notas fiscais foram emitidas pelo próprio contribuinte.
3. Mesmo que tenha ele algum impedimento em acessar a sua base de dados, *“é possível visualizar e imprimir os documentos pelo portal de nota fiscal eletrônica (<http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/principal.aspx>). Assim, não há como se evocar cerceamento de defesa”*. E, para exemplificar o que diz, apensa aos autos cópia da NF-e nº 8051, colhida no referido portal.

Em relação à multa aplicada, diz que obedeceu toda a norma de regência e que não lhe cabe discutir questões de inconstitucionalidade da norma infra constitucional. Diz que fica a critério deste CONSEF representar ao Secretário da Fazenda a matéria, nos termos do art. 167, I e caput do art. 168, ambos do RPAF/BA.

Mantém a ação fiscal.

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. Consta-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 JJF 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299326.0025/17-6**, lavrado contra **BASE NORDESTE COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA**.

Esta Junta de Julgamento recorre de Ofício desta decisão, para uma das Câmaras deste Conselho, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, alterado pelo Decreto n.º 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA