

A. I. Nº - 281521.0002/18-2
AUTUADO - C. R. ALVES ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - AUGUSTO CESAR CAMPOS DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ JUAZEIRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/01/2020

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0212-01/19

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Restou constatada a não tributação e/ou a tributação a menor das mercadorias em lide, nas vendas realizadas pelo contribuinte através do equipamento ECF. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Afastada o pedido de redução da multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 18/12/2017 para exigência de ICMS no valor histórico de R\$146.380,72, mais multa de 60%, contendo a seguinte acusação, relativa ao período de janeiro a dezembro de 2014 e janeiro a dezembro de 2015:

Infração 01 – 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Enquadramento Legal: artigos 15, 16, e 16-A da Lei nº 7.014/96. Multa Aplicada: art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 29/01/18, através de AR e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 02/04/18, peça processual que se encontra anexada às fls. 23 a 31. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu representante legal, o qual possui os devidos poderes, conforme instrumento de procuração constante nos Autos à fl. 33.

Em sua peça defensiva, a Impugnante inicialmente suscita a nulidade da autuação, sob o argumento de cerceamento de defesa, transcrevendo o disposto no art. 18, inciso IV do RPAF/99.

Alega que não houve quaisquer demonstrativos integrantes do auto de infração a atestar a concretização dos fatos geradores da obrigação tributária. Aduz que o CONSEF já teve oportunidade de julgar pela nulidade, processos nesse sentido e traz a colação algumas ementas, bem como parte do Acórdão nº 0026/01-16, visando amparar sua afirmação de que inexiste certeza ou liquidez do crédito reclamado pelo fisco, o que ofende o contraditório e a ampla defesa do contribuinte.

Considera que a limitação ao direito da autuada a ter acesso às notas fiscais das operações, cujo recolhimento se teria dado a menor, não repercutiu apenas na ofensa ao contraditório em seu sentido estrito (ponto de vista formal), mas também no desatendimento ao devido processo em sentido material.

Ainda para embasar a arguição de nulidade, transcreve ensinamentos de Araújo Cintra e de Celso Antônio Bandeira de Mello.

No mérito, afirma que os produtos comercializados pelo contribuinte autuado (abaixo relacionados) estavam sujeitos à substituição tributária à época do fato gerador, e que tais mercadorias somente foram excluídas de tal sistemática de tributação com o advento do Decreto nº 16.499/2015, cujos efeitos diz que somente são aplicados a partir do exercício seguinte, qual seja janeiro/2016, de acordo com o art. 2º, do mencionado Decreto.

CFOP PRODUTO

5405 LEITE FERM.MOLICO POLPA TRI. 100G
5405 MOLICO LEITE FERMENTADO F.VERM.100G
5405 POLPA NINHO SOLEIL NESTLE 600G
5405 BEBIDA LACTEA NESTON FRUT.CER. 100G
5405 POLPA PAULISTA MORANGO 540G

Dessa forma, conclui pela manifesta ilegalidade da inclusão de tais produtos no lançamento fiscal, haja vista que não há aplicação equivocada de alíquota na saída, vez que os produtos já tinham sido tributados.

Acrescenta, ainda, que diante da inexistência de dolo, fraude ou simulação quando do lançamento do imposto, cumpre a esse Órgão de Julgamento proceder à redução da multa imposta (art. 158, do RPAF/BA) para o patamar de 20%, na eventualidade de não serem acatados os pedidos de nulidade e improcedência.

Entende que aplicar-se multa acima de 20% do valor da obrigação, é um verdadeiro confisco, e que vai de encontro às normas gerais tributárias impressas na Constituição Federal (art. 150, IV).

Transcreve também o art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, bem como o Acórdão CJF nº 0148-12/15, objetivando robustecer seu pleito.

Ao final, requer:

- (i) seja declarada a nulidade do auto de infração ora impugnado, em razão da inexistência de quaisquer demonstrativos integrantes do auto de infração a atestar a concretização dos fatos geradores da obrigação tributária, tornando o auto de infração eivado de nulidade insanável, na forma do §3º do art. 8º do RPAF, bem como diante da farta jurisprudência desse Órgão de Julgamento, em especial a acertada decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal através do Acórdão JJF Nº 0026/01-16;
- (ii) seja declarada a improcedência do auto de infração em razão da ilegalidade da inclusão de produtos sujeitos à substituição tributária no lançamento fiscal ora impugnado, vez tais produtos serem excluídos de tal sistemática com o advento do Decreto 16.499/2015, de 23 de dezembro de 2015, sendo certo que o mesmo somente tem aplicabilidade para os fatos geradores ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2016;
- (iii) ad cautelam, caso esse Órgão de Julgamento entenda que não é caso de nulidade do auto de infração, o que não se espera, o contribuinte requer, diante da vasta doutrina carreada à presente defesa, a exclusão da multa punitiva imposta pela fiscalização, vez que o mesmo agiu de boa-fé e, eventual equívoco no cálculo da exação, deveu-se exclusivamente ao erro na interpretação da extensa e confusa legislação tributária.

Na informação fiscal prestada, às fls. 42 a 44, o autuante inicialmente esclarece que a autuação se deu em razão de levantamento fiscal baseado nas vendas realizadas pelo contribuinte através do equipamento ECF (Emissor de Cupom Fiscal), no qual foi verificado divergência na aplicação correta da alíquota, tendo como consequência menor recolhimento do valor do imposto devido, nos exercícios de 2014 e 2015.

Contesta a arguição de nulidade, afirmando que consta na pág. 20 (AR datado de 27/01/2018), o recebimento da ciência da lavratura e fotocópias. Acrescenta que também foi enviado disco de armazenamento (fl. 17) com os demonstrativos referentes às notas fiscais que originaram as diferenças apontadas.

No mérito, assevera que o Decreto nº 16.499/2015, mencionado pelo autuado, não se aplica aos exercícios fiscalizados.

Explica que nos termos do art. 144 do Código Tributário Nacional, “*O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada*”. Aduz que não há que se falar em manifesta ilegalidade, haja vista que a legislação aplicada tem sua eficácia em relação aos exercícios fiscalizados, ou seja, 01 de janeiro de 2014 a 31 de dezembro de 2015.

Ressalta que fica demonstrado em bom termo o não recolhimento do imposto, o fato dos citados pelo autuado estarem classificados como NCM 0403900, ou seja, de tributação normal e não da substituição tributária.

Não concorda com o pedido de redução da multa, dizendo que estava prevista a época do fato

gerador.

Ao final, pede que o Auto de Infração seja julgado Procedente.

Considerando a falta de prova nos autos de que o Autuado tenha recebido todos os demonstrativos constantes da mídia à fl. 17, uma vez que o AR (fl. 20) apenas cita fotocópias sem nenhuma discriminação, e visando atender ao princípio da garantia de ampla defesa, a 6ª JJF, na assentada do julgamento, deliberou converter o feito em diligência à INFRAZ JUAZEIRO (fl. 49), para que fossem adotadas as seguintes providências:

1. desse ciência ao Autuado, inclusive lhe fornecendo cópia, das planilhas e documentos constantes da mídia à fl. 17, como também da informação fiscal de fls. 42 a 44;
2. reabrisse o prazo de defesa na forma determinada no artigo 123, do RPAF/99.

O autuado em nova impugnação, às fls. 56 a 58, volta a alegar que o lançamento fiscal não se fez acompanhar de demonstrativo de cálculo do débito, mantém o pedido de nulidade por cerceamento de defesa.

No mérito, ratifica sua alegação de que os produtos, nos períodos questionados, estavam submetidos ao regime da substituição tributária, e pede a improcedência da autuação.

O autuante em informação, à fl. 142, diz que conforme foi solicitado na diligência (fl. 49), faz juntada aos autos das planilhas de forma impressa às fls. 61 a 141, referentes ao conteúdo constante na mídia à fl. 17.

VOTO

Em preliminar, o autuado arguiu a nulidade do lançamento, alegando ausência de demonstrativos que comprovassem o débito exigido no lançamento fiscal.

Todavia, o autuante produziu os competentes demonstrativos, constantes da mídia à fl. 17, e como o AR (fl. 20) apenas citava fotocópias sem nenhuma discriminação, e visando atender ao princípio da garantia de ampla defesa, o processo foi convertido em diligência para que fosse dada ciência ao Autuado, inclusive lhe fornecendo cópia, das planilhas e documentos constantes da referida mídia, reabrindo o prazo de defesa na forma determinada no artigo 123, do RPAF/99.

Cumprido o acima mencionado, o lançamento passou a obedecer a todos os requisitos previstos na norma, para validade e consequente produção de efeitos, especialmente quanto à observância do art. 39, do RPAF/99, tendo o autuado comparecido em sede de defesa, abordando com clareza e precisão todos os aspectos do lançamento realizado, demonstrando ter plena ciência dos motivos da autuação, não se podendo falar da presença de cerceamento de defesa.

Em face ao exposto, afasto a arguição de nulidade, suscitada na peça defensiva, e passo ao exame do mérito da lide.

A autuação acusa o recolhimento a menor do ICMS, em razão de divergência na aplicação correta da alíquota, apurado através de levantamento fiscal, baseado nas vendas realizadas pelo contribuinte através do equipamento ECF (Emissor de Cupom Fiscal).

O autuado questionou a exigência em relação aos produtos: LEITE FERM.MOLICO POLPA TRI. 100G, MOLICO LEITE FERMENTADO F.VERM.100G, POLPA NINHO SOLEIL NESTLE 600G, BEBIDA LACTEA NESTON FRUT.CER. 100G, e POLPA PAULISTA MORANGO 540G, alegando que os mesmos estavam sujeitos à substituição tributária à época dos fatos geradores, e que tais mercadorias somente foram excluídas de tal sistemática de tributação com o advento do Decreto nº 16.499/2015, com efeitos aplicados a partir de janeiro/2016.

Todavia, não assiste razão ao autuado, uma vez que, de acordo com o Anexo I, do RICMS/2012, os referidos produtos não faziam parte do regime da substituição tributária no período questionado na autuação, como também não passaram a ser submetidos ao regime de tributação mencionado,

posteriormente.

Dessa forma, está correto o levantamento fiscal elaborado pelo autuante, constantes da mídia à fl. 17, que exige o imposto decorrente da aplicação a menor da alíquota do imposto, nas saídas efetuadas pelo contribuinte, através de sua ECF.

Ressalto, ainda, que não há do que se falar em redução da multa aplicada, em descumprimento de obrigação principal, estando a mesma prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281521.0002/18-2**, lavrado contra **C. R. ALVES ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$146.380,72**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR