

N. F. Nº -179856.0058/18-8

NOTIFICADO- SEMPRETECH COMÉRCIO, SERVIÇOS E DISTRIBUIDORA DE INFORMÁTICA LTDA.

NOTIFICANTE- EBENEZER DE SOUZA

ORIGEM - IFMT METRO

PUBLICAÇÃO – INTERNET – 03/06/2020

## 6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0103-06/20NF-VD

**EMENTA:** ICMS. 1. NULIDADE. IMPOSSÍVEL DETERMINAR A NATUREZA DA INFRAÇÃO. A acusação fiscal atribuída ao sujeito passivo não corresponde aos elementos probatórios constitutivos da infração, de fato, consubstanciada nos autos, o vício em questão impede que apenas pela leitura da acusação fiscal, objeto lançamento do crédito tributário em tela, seja “(...) *possível determinar a natureza da infração*, (...)”, condição está que obsta conforme texto do dispositivo descrito no §1º, do art. 18 do RPAF, seja o vício sanado sem que se exija um novo lançamento livre da referida falha. De forma que, implica na peremptória nulidade do feito com espeque no inciso II e na alínea “a”, do inciso IV, do art. 18 do RPAF. Instância Única. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

A Notificação Fiscal objeto deste relatório, foi lavrada em 27/12/2018, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$11.858,73, bem como aplicação de multa no percentual de 75%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 –17.03.12–Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal – sem dolo. ICMS diferença de base de cálculo.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 14 a 19.

Inicialmente a empresa autuada afirma que possui uma loja de onde comercializa e distribui produtos de informática, bem como, presta serviços desta natureza. Tudo em conformidade com as informações constantes de seu extrato fiscal.

Aduz que ao ser fiscalizada, em operação rotineira do órgão Estatal, o agente público, no exercício regular de suas funções, teria constatado algumas irregularidades, o que motivou a presente notificação, a qual alega não merece prosperar em relação ao Contribuinte.

Inicia o tópico “2 - Do recolhimento do ICMS” sustentando que ao falar do recolhimento, ou cobrança, do ICMS em operações entre unidades diferentes da Federação, se deve primeiramente observar que nas operações interestaduais entre unidades federais signatárias, o devedor primeiro de tal imposto é o remetente (fornecedor), na condição de substituto tributário.

E explica que somente quando o contribuinte fornecedor furtar-se do recolhimento de tal imposto, o mesmo poderá ser requerido do contribuinte destinatário dos produtos. Assim há um protocolo que não fora seguido, e deve ser observado por força de lei, sob pena de nulidade, e prejuízo ao contribuinte.

Prossegue sua peça defensiva afirmando que ao considerar a hipótese do não pagamento pelo remetente, há que se considerar também as resoluções que passaram a vigorar através da Emenda Constitucional 87/2015, onde foi instituído, “Diferencial de Alíquotas do ICMS a Consumidor Final não Contribuinte”. Dentre suas definições encontramos que:

*“O imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual será partilhado entre os Estados de origem e de destino, na seguinte proporção:*

*III – para o ano de 2017: 60% (sessenta por cento) para o Estado de destino e 40% (quarenta por cento) para o Estado de origem;”*

Cabendo, com isto, o recolhimento de maior parte ao contribuinte, porém não sua totalidade. Entretanto, como se demonstrará adiante, o contribuinte ainda assim não está sujeito à tal cobrança, sendo amparado legalmente pelo Regulamento do ICMS–RICMS.

Passando ao tópico “3 – Da dispensa de pagamento relativo a diferença de alíquotas”, sustenta ser indispensável para o ICMS a análise dos dispositivos legais que o regulamentam, o RICMS, Decretos e Pareceres acessórios.

Afirmou que a empresa notificada não está sujeita ao recolhimento do ICMS nos termos apresentados no corpo descritivo da infração, por se tratar de uma Empresa de Pequeno Porte. Sobre isto, disse que o artigo 272, I, a-2, é suficientemente claro ao dispor o seguinte:

*Art. 272 “ fica dispensado o lançamento e o pagamento relativo:*

*I – a) diferença de alíquotas, nas aquisições de:*

*b) Bens do ativo permanente efetuadas por:*

*...*

*2) Microempresas e empresas de pequeno porte*

Mais especificamente, exclusivamente sobre produtos de informática, trouxe o Parecer Nº 08536/2011 de 03/05/2011, que disse ser suficientemente claro ao dispor:

*“ Relativamente à matéria objeto da consulta, registramos inicialmente que, conforme previsão constante no RICMS-Ba, artigo 5º, I, a diferença de alíquota incide na aquisição por contribuinte do imposto de mercadorias em decorrência de operação interestadual quando as mesmas forem destinadas ao seu uso, consumo ou ativo permanente. Ao dispor sobre a base de cálculo para fins de pagamento da diferença de alíquotas, o RICMS-BA/97, no art. 69, caput” e inciso II, assim estabelece:*

*“Art. 69. A base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, é o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, constante no documento fiscal, e o imposto a ser pago será o valor resultante da aplicação, sobre essa base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado, segundo a espécie de mercadoria, e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem.*

*(...)*

*II - só é devido o pagamento da diferença de alíquotas quando a alíquota interna deste Estado for superior à alíquota da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais.”*

Ocorre que, relativamente às operações com produtos de informática, inclusive computadores, existe a determinação prevista no Convênio ICMS 23/97 de que a carga tributária seja de 7%. No âmbito da legislação estadual, esta disposição se encontra inserida no RICMS-Ba, artigo 87, inciso V, abaixo transcrito:

*“Art. 87. É reduzida a base de cálculo: (...) V - das operações internas com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), inclusive*

*automação, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no Anexo 5-A, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7%".*

Prosseguiu sua tese afirmando que diante do exposto, conclui-se que, nas aquisições interestaduais de produtos de informática indicados no Anexo 5-A, a carga tributária de 7%, estabelecida para as operações internas, já foi atingida; nada restando a recolher, portanto, a título de diferença de alíquota.

Assim, reiterou não haver que se falar em recolhimento de ICMS neste caso, não devendo prosperar a presente notificação, uma vez que houve equívoco da autoridade fiscal no caso em tela, como se pode perceber ao analisar o dispositivo regulamentador do imposto.

Quanto ao tópico “IV – Da inobservância da substituição tributária”, alega que não há que se falar em recolhimento de ICMS, independentemente de ser parcial ou total, uma vez que, ao observar o CNAE do contribuinte aqui representado, é notório que se trata de um comerciante de produtos de informática, cujo próprio regulamento do referido imposto (RICMS), infere explicita e categoricamente que o mesmo está dispensado de recolhê-lo nos termos descritos em lei, sobretudo por ainda tratar-se de circulação interestadual, onde o imposto relativo às mercadorias já entra pago.

O contribuinte assevera que os produtos sujeitos ao regime de substituição tributária são relacionados em Convênios, Protocolos e legislações estaduais. E que ao analisar tais dispositivos se infere que dentre as mercadorias as quais o contribuinte se propõe a comercializar, a grande maioria, integra o rol de elementos passíveis de substituição tributária. Devendo, portanto, serem excetuados os produtos constantes da substituição tributária.

Por fim, fez os seguintes requerimentos:

- A) Que seja revisada a presente notificação fiscal, considerando os produtos integrantes da substituição tributária, e;*
- B) que sejam analisados os dispositivos regulamentadores do imposto, isentando o contribuinte do recolhimento do mesmo, referente à diferença de alíquotas.*
- C) Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente, a prova documental.*

O Notificante apresentou sua informação fiscal às fls. 24 a 27. Tratou inicialmente do tópico “I-DOS FATOS”, quando repetiu os argumentos defensivos e passou ao tópico “INFORMAÇÃO”, em que afirmou que a peça de defesa do autuado foi interposta ao lançamento fiscal como mero instrumento protelatário ao pagamento da obrigação tributária.

Reiterou que a notificação fiscal foi lavrada com base na infração 17.03.12, enquadrada no artigo 319 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, Decreto 13.780/12, combinado com os artigos 18, 21, 25 e 26 da Lei Complementar 123/06.

Ressaltou que a defesa combateu a outro tipo de infração, que não se contempla nesta notificação, apontando 01 - que nas folhas 17 e 18, o contribuinte reportou-se às prescrições dos artigos 272, que trata da dispensa de pagamento da diferença de alíquota incidentes nas aquisições para o ativo permanente; 02 – que o artigo 5º, I, do RICMS/BA, que também refere-se dispensa da diferença de alíquota nas aquisições por simples nacional e o artigo 69 do mesmo diploma legal que preceitua qual é a base de cálculo considerada para o cálculo do imposto incidente sobre a diferença de alíquota nas aquisições para o ativo imobilizado.

Apontou também que a Notificada reforçou sua tese apresentando o artigo 87 do RICMS/BA, que trata de definir que a base de cálculo deve ser reduzida de forma que a carga tributária incidente nas operações internas equivalha a 7%, nas operações com produtos de informática.

Mas ainda assim, disse que a defesa não considerou que se trata de um benefício não utilizado para os cálculos do valor a pagar no ICMS no “pacote simples nacional”, tendo em vista que as alíquotas aplicáveis são exclusivamente aquelas constantes do anexo - 1 da Lei Complementar

123/06, que é Instituidora do Simples Nacional. Pediu, o Notificado, pela declaração de plena PROCEDÊNCIA desta Notificação Fiscal.

## VOTO

Apresente Notificação Fiscal, contém uma única infração elencada que diz respeito à falta de recolhimento do ICMS referente à omissão de receita apurada através de levantamento fiscal – sem dolo, relacionada à diferença na base de cálculo do ICMS, cujo código da infração utilizada para o lançamento do crédito tributário foi “*Infração 01 – 17.03.12*”

Contudo, compulsando os autos, verifiquei que a infração consubstanciada se refere a “*Infração 02 - 05.08.01 - Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão.*”

Nessa esteira, a despeito da defesa não ter abordado, verifico que o presente lançamento está passível de nulidade, por não haver respeitado aspectos formais que repercutiram em vício insanável, em razão de erro com relação ao objeto do lançamento do crédito tributário.

É que, conforme demonstrado, se verifica a *prima facie* que a acusação fiscal atribuída ao sujeito passivo não corresponde aos elementos probatórios constitutivos da infração de fato, presumivelmente consubstanciada nos autos, *ex vi* dos papéis de trabalhos apensados como “*APURAÇÃO MENSAL DA OMISSÃO DE SAÍDA DAS VENDAS COM CARTÃO DE DÉBITO/CRÉDITO (TEF)*”, à fl. 04, e os demais que repercutiram deste primeiro, e dão sustentação ao crédito tributário exigido.

Em verdade, o vício em questão impede que apenas pela leitura da acusação fiscal, objeto do lançamento do crédito tributário em tela, seja “*(...) possível determinar a natureza da infração, (...)*”, condição está que obsta, conforme texto do dispositivo descrito no §1º, do art. 18 do RPAF, seja o vício sanado sem que se exija um novo lançamento livre da referida falha. De forma que, implica na peremptória nulidade do feito, com espeque no inciso II e na alínea “a”, do inciso IV do art. 18 do RPAF, por cerceamento do direito de defesa e do contraditório.

O referido cerceamento do direito de defesa está configurado não só em tese, mas também nos autos, pois a defesa demonstrou absoluta e compreensível confusão em relação à efetiva acusação fiscal que lhe fora imputada, como se comprova pelo fato de que conforme apontou o próprio Notificante, a defesa não se referiu ao objeto da imputação, veja-se:

*“Veja que o a notificação fiscal foi lavrada com base na infração 17.03.12, enquadrada no artigo 319 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, Decreto 13.780/12, combinado com os artigos 18, 21, 25 e 26 da Lei Complementar 123/06 ( que dispõe especificamente sobre o pagamento do tributos por meio Regime Unificado Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas por Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte), enquanto o defendente estriba sua defesa em combate a outro tipo de infração, que não se contempla nesta notificação.*

*Haja vista que, na folhas 17 e 18, o contribuinte reporta-se às precrições dos artigos 272, que trata da dispensa de pagamento da diferença de alíquota incidentes nas aquisições para o ativo permanente; fala também do artigo 5º, I, do RICMS/BA, que também refere-se dispensa da diferença de alíquota nas aquisições por simples nacional e o artigo 69 do mesmo diploma legal que preceitua qual é a base de cálculo considerada para o cálculo do imposto incidente sobre a dirença de alíquota nas aquisições para o ativo imobilizado.”*

Dessa forma, em face de tais considerações, é nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista material, sem cumprimento do devido processo legal e com comprometimento inequívoco do princípio da ampla defesa e do contraditório.

Destarte, voto pela NULIDADE da presente Notificação Fiscal.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar NULA a Notificação Fiscal nº.179856.0058/18-8, lavrado contra a empresa **SEMPRETECH COMÉRCIO, SERVIÇOS E DISTRIBUIDORA DE INFORMÁTICA LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2020

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO DUTRA DE FREITAS – JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR