

PROCESSO - A. I. Nº 293872.0002/20-1
RECORRENTE - CANAÃ COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0133-01/20-VD
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/08/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0112-12/21-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. É devida a antecipação tributária em aquisições interestaduais de mercadorias constantes do Anexo 1 do RICMS, todavia, o autuado comprova que parte das operações questionadas não são referentes à cobrança de substituição tributária, na entrada. Infração caracterizada. Não acolhida a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra decisão exarada pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JF nº 0041-05/19, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 18/03/2020, para exigir o pagamento de ICMS no valor histórico de R\$648.233,04, mais multa de 60%, em decorrência da seguinte infração:

***Infração 01** – 07.01.02 – “Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior, nos meses de fevereiro a outubro de 2016 e fevereiro a outubro de 2017”.*

Em sede de defesa, a empresa autuada apresentou peça impugnatória às fls. 86 a 89, na qual defendeu duas nulidades. Em seguida, argumentou sobre as razões de mérito.

O autuante apresentou Informação Fiscal às fls. 100 a 103, na qual rebateu as preliminares de nulidade arguidas e defendeu a procedência do Auto de Infração em tela.

Isto posto, o presente Processo Administrativo Fiscal foi encaminhado para a 1ª Junta de Julgamento Fiscal. A referida JF exarou decisão pela Procedência da autuação no valor de R\$648.233,04, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, a seguir transcrita:

“(.....)

Preliminarmente, o autuado suscitou a nulidade da autuação fiscal sob as seguintes alegações:

- Enquadramento legal incompleto ou inadequado;
- Utilização de critérios de cálculo que não estão explicitados no Auto de Infração;
- Na assentada do julgamento, o patrono da empresa também reclamou que não tomou ciência da informação fiscal.

Todavia, da análise dos elementos presentes no processo, constato que o Auto de Infração foi lavrado com a estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a descrição dos fatos, considerados como infração das obrigações, foi apresentada de forma clara, precisa e sucinta, encontrando-se apta a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

A tipificação legal constante da autuação, está de acordo com a infração imputada ao autuado, ou seja, o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, senão vejamos:

Art. 8º, II e § 3º, da Lei 7.014/96: São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na

condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

- o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado”.

O cálculo do imposto a ser recolhido por antecipação ou substituição tributária será feito em função do disposto no art. 23.

Art. 23 da mesma Lei supra citada: Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é: II - em relação às operações ou prestações subseqüentes, a obtida pelo somatório das parcelas seguintes:

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituído intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor adicionado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subseqüentes.

Art.289 do RICMS/BA: Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.

Ademais, cabe ressaltar, que de acordo com o que dispõe o art. 19 do RPAF/BA, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Vale ainda frisar, que o imposto e sua base de cálculo foram apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos às fls. 12 a 82, e constantes da mídia, à fl. 09, os quais foram entregues em cópias ao autuado, conforme recibos às fls. 08, 12, 16, 24 e 28.

Destarte, considero que as preliminares de nulidade suscitadas não prosperam, tendo em vista que a descrição dos fatos, o enquadramento legal e os demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, permitem o conhecimento da acusação imputada e do débito tributário lançado, possibilitando assim, o pleno exercício do direito de defesa.

Por fim, quanto ao questionamento do impugnante de que não tomou ciência da informação fiscal, saliento que uma vez distribuído o PAF e prestada a informação fiscal, conforme previsto no § 7º, do art. 127 do RPAF-BA, somente se nesta forem aduzidos fatos novos ou se forem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, é que o órgão preparador tem o dever de dar ciência ao sujeito passivo, o que não ocorreu no presente PAF. Claro que isso não impossibilita que o sujeito passivo tenha acesso à mencionada informação fiscal, antes do julgamento, caso requeira ao órgão preparador.

Assim, não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração, tampouco no decorrer da instrução processual, que possam inquinar de nulidade o lançamento, passo à análise do mérito, como segue.

O autuado alegou, tão somente, que seus cálculos estavam corretos, não havendo diferença a ser exigida, além de mencionar ter notado, que nas planilhas apresentadas há referências à utilização de pauta fiscal e que as operações realizadas não se sujeitam a tal técnica de tributação, uma vez que não há norma que a obrigue à utilização de tal critério.

Entretanto, mais uma vez não assiste razão ao autuado, uma vez que o § 6º do art. 23, da Lei nº 7.014/96 (abaixo transcrito), dispõe que a base de cálculo do imposto a ser pago por substituição, inclusive a título de antecipação, não poderá ser inferior à média de preços usualmente praticados no mercado, cujos valores tenham sido divulgados por ato da Secretaria da Fazenda, observados os critérios definidos no § 4º deste artigo:

§ 6º A base de cálculo do imposto a ser pago por substituição, inclusive a título de antecipação, será determinada:

I - de acordo com os critérios previstos neste artigo, relativamente ao valor acrescido, estando as mercadorias acompanhadas de documento fiscal, desde que a base de cálculo resultante não seja inferior ao preço de pauta, se houver;

Por outro lado, o autuado também não apresentou nenhum demonstrativo que pudesse se contrapor aos que foram elaborados pelo autuante, que por sua vez fez constar nos autos duas planilhas de cálculo para cada exercício fiscalizado, sendo que em uma planilha foi apresentado o demonstrativo analítico, discriminando mês a mês as operações de entradas interestaduais das mercadorias sujeitas à substituição tributária (com base nas informações prestadas pela própria empresa via EFD), percentual de MVA, e os valores devidos do ICMS.

Na outra planilha, apresentou o quadro resumo, com os valores mensais apurados pela auditoria, os valores lançados pela empresa, os valores ajustados e os valores do imposto devido, resultando nas diferenças mensais de recolhimentos a menor da antecipação tributária, que foram lançados nos demonstrativos de débitos do Auto de Infração.

Portanto, o autuante evidenciou nos autos o recolhimento a menor do imposto ora exigido, ao passo que o autuado não apontou objetivamente nenhuma falha no demonstrativo que embasou a autuação, e pelo que dispõe o art. 143, do RPAF/99, a simples negativa do cometimento da infração, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Diante da decisão exarada pela 1ª JJF do Conselho de Fazenda Estadual, o sujeito passivo, inconformado com tal decisão de piso, interpôs, tempestivamente, o seguinte Recurso Voluntário através dos Advogados Dr. Luiz Fernando Garcia Landeiro, inscrito na OAB/BA Nº 16.911 e Dr. Matheus Moraes Sacramento, inscrito na OAB/BA Nº 21.250, o qual passo a relatar, em síntese.

De início, a empresa recorrente explicou os fatos ocorridos. Em seguida, tratou da decisão combatida. Argumentou que o autuante em sede de Informação Fiscal trouxe novos elementos aos autos, sem notificação ao contribuinte. Continuou o sujeito passivo a dizer que o autuante indicou os dispositivos legais §6º, do art. 23 do RICMS/BA, art. 19 da Lei nº 7.014/96 e o art. 490-B, lei do RICMS/BA, afirmando que estes não tinham sido mencionados na autuação.

A recorrente frisou que só tomou conhecimento de tais dispositivos na sessão de julgamento.

Disse que o Fisco trouxe o seguinte argumento: “*A contribuinte poderia, a qualquer tempo, ter acesso aos autos do processo*”. Além disso, expôs trecho que a 1ª JJF assumiu que o sujeito passivo tinha a obrigação de tomar conhecimento de todos os andamentos havidos no processo administrativo, ainda quando estes não lhe tenham sido notificados.

Argumentou que a 1ª JJF fundamentou sua decisão no art. 23 do RICMS, a respeito da qual a recorrente tempestivamente informou ter o Auto de Infração sido omisso, pois alegou que tal dispositivo legal somente apareceu nos autos em nível de informação fiscal. Também afirmou que a Junta entendeu que o Auto de Infração aplicou corretamente o §6º, do art. 23 do RICMS, o qual disse tratar-se da Pauta Fiscal.

Ademais, a recorrente defendeu, com base no princípio do contraditório, que se deve oportunizar às partes a possibilidade material de manifestarem-se a respeito dos fundamentos em que se baseia a lide, ou seja, uma possibilidade real de exercer tal direito se assim quiser.

Nesse sentido, fez referência ao art. 10 do CPC/15: “*o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento. A respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício*”, para expressar a importância de tal princípio.

Alegou em seguida que o Processo Administrativo infringiu o princípio da ampla defesa previsto no art. 123 do RPAF/99. Nessa esteira, afirmou que o julgamento “*teve por pedra angular o §6º, I do art. 26 do RICMS*”. Nesse espeque, fez a seguinte alegação em relação ao §6º do referido dispositivo legal:

“(…) ”

a) Não consta do auto de infração;

b) A sua omissão foi apontada pela contribuinte como motivo para a não compreensão da autuação e causa da impossibilidade de defesa do mérito da cobrança;

c) Surgiu nos autos apenas através de informação fiscal;

d) Esta informação fiscal jamais fora cientificada à contribuinte; e

e) O referido §6º foi utilizado no acórdão como fator determinante e fundamento único para considerar procedente a autuação.”

Sendo assim, requereu a nulidade do julgamento por preterição ao direito a ampla defesa. Defendeu que o Acórdão recorrido errou por considerar que a mera existência da informação

fiscal nos autos do processo já permitiria ao contribuinte tomar ciência do seu teor. Explicou que não se pode presumir ciência de atos processuais, por essa razão que o CPC (sempre aplicado ao procedimento administrativo subsidiariamente) prevê que a intimação é quem dá ciência de atos processuais, nos termos do art. 269 do CPC.

Alegou que existiu ofensa clara aos arts. 10, II e IV, 123 e 166 do RPAF e aos arts. 10 e 269 do CPC, motivo pelo qual pediu a anulação da decisão recorrida, determinando que a 1ª JF intime a empresa acerca do teor da informação fiscal, reabrindo o prazo de defesa.

Nessa senda, informou que sequer pode, agora, fazer a defesa de mérito, tratando dos motivos pelos quais a cobrança de ICMS pelo regime de pauta fiscal não são aplicáveis ao sujeito passivo.

Desse modo, argumentou que (i) existe um motivo pelo qual o prazo para recurso é inferior ao prazo que teria em Primeira Instância para defesa, além de reiterar a tese de afronta do Fisco ao direito dos princípios da ampla defesa e do contraditório e (ii) porque a 2ª Instância de Julgamento Fiscal *não poderia* fazer um julgamento *persaltum*, ou seja, suprimindo uma instância administrativa, tendo em vista que implicaria em ofensa ao duplo grau de jurisdição.

Por fim, requereu que o Recurso Voluntário seja conhecido e acolhido para anular a decisão de Primeira Instância, determinando ainda à 1ª JF que ela dê ciência a empresa recorrente da informação fiscal elaborada pelo autuante, abrindo-lhe novo prazo de defesa de 60 dias.

O presente Processo Administrativo Legal foi encaminhado para esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, sob minha relatoria, para ser devidamente instruído. Neste sentido, passo a exarar o seguinte voto com base nas alegações recursais, nos documentos apresentados e na legislação aplicável.

Registro a presença na sessão de julgamento do advogado do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sra. Maria Manuela de Souza Sena Santos - OAB/BA nº 14.520.

VOTO

A presente autuação, refere-se a uma única infração (07.01.02), para cobrar recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou exterior, nos períodos de fevereiro a outubro de 2016 e fevereiro a outubro de 2017.

Na impugnação, a empresa recorrente alegou a nulidade da autuação, no que foi combatido pelo autuante. Os autos foram encaminhados para 1ª JF, que enfrentou os argumentos trazidos pela empresa, os quais se prenderam a erros no enquadramento legal incompleto ou inadequado; aplicação de critérios de cálculo não explicitados.

Na assentada de julgamento de piso, o patrono da empresa se fez presente, com direito a sustentação oral, na qual protestou pela informação fiscal apreciada pela e. 1ª JF, da qual tomou conhecimento, apenas no momento da sessão.

A 1ª JF julgou Procedente a autuação, após se debruçar sobre as alegações da impugnante e, ora, recorrente.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs peça recursal arguindo a nulidade do julgamento de 1ª Instância, reiterando as preliminares trazidas em sede de defesa, aduzindo o argumento relativo à questão da informação fiscal apresentada em sede de julgamento.

Como susomencionado, a peça recursal cinge-se à arguição de nulidade da decisão de primeiro grau. Nesta esteira, me debrucei sobre todo o processo, abarcando os argumentos trazidos pela empresa e a decisão trazida no voto da JF, confrontando-os com a legislação e os documentos acostados.

Desta análise, à luz do RPAF/99, não vislumbro qualquer vício ou cerceamento ao amplo direito de defesa e do contraditório, que possa inquinar de nulidade o Auto de Infração, nem,

tampouco, o bem fundamentado julgamento da 1ª JF. Para tanto, passo a tecer as seguintes considerações para embasar meu posicionamento.

No que tange ao argumento de nulidade trazido pela recorrente, em face do Auto de Infração conter erros ou omissões na capitulação não observadas pelo 1ª JF, reitero posição de outros votos de minha lavra e de nobres Conselheiros deste Conselho de Fazenda estadual, sobre tal matéria.

Nesta seara, entendo, me aliando à posição da JF, que tal argumento não pode prosperar. De pronto, constato que o Auto de Infração lavrado está revestido das formalidades legais, com a plena observância do quanto disposto nos art. 18 e art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, no qual, a descrição dos fatos que embasam a autuação está posta de forma clara e precisa, de modo a permitir seus efeitos jurídicos e legais, sobretudo para fins da plena defesa do sujeito passivo no exercício do contraditório, estando claro o que estava sendo imputado e as explícitas razões da acusação fiscal.

Não constato erros ou possíveis omissões de capitulação. Contudo, ainda que houvesse, não é passível anular o lançamento de ofício. Com base na dicção do art. 19 do RPAF/99, não se pode suscitar Nulidade do Auto de Infração, uma vez que a *“indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal”*, como restou comprovado no presente processo administrativo fiscal, ou seja, o que se constata claramente é que a descrição da infração, combinada com o que está explicado e explicitado no demonstrativo e demais documentos fiscais, deixa evidente qual o real enquadramento legal.

Encontram-se nos autos todos os documentos que embasam a infração e que se fazem necessários para se chegar aos valores devidos apurados de ICMS ST antecipados a menor, os quais embasaram a decisão de piso guerreada, inclusive contendo detalhados **demonstrativos de débitos/analíticos (fls. 12 a 82)**, albergando os registros fiscais inerentes à apuração do ICMS no período abarcado pelo lançamento de ofício e consignado no Auto de Infração, explicitando o que tratava de ICMS ST com Antecipação a menor/falta, Operações Próprias, Estornos, Ajustes, Códigos de CFOP e NCM, Descrição por produto com os respectivos dados das Notas Fiscais (NF-e), constando a aplicação do percentual de MVA e **Pauta Fiscal**, a depender do produto, a exemplo do que se verifica nas **páginas 13 e 15** dos autos. Ressalvo, que tais dados fiscais estavam disponíveis para análise do sujeito passivo desde **19 de março de 2020**. Portanto, bem antes do julgamento da 1ª JF, ocorrido em **06 de outubro de 2020**.

Quanto ao argumento de Nulidade da decisão de piso, pelo fato da empresa não ter tomado ciência da susomencionada Informação Fiscal, (fls. 101/103), datada de 10 de setembro de 2020, tal pleito não pode prosperar. A referida informação prestada pelo auditor autuante não trouxe nenhum fato ou documento novo, muito menos dados discrepantes da descrição dos fatos e do demonstrativo de débitos. Apenas ratificou o posicionamento já manifestado anteriormente pelo autuante, inclusive no que se refere à legislação/capitulação aplicada, abarcando ainda o uso da pauta fiscal para determinados produtos, o qual foi objeto de contestação na peça defensiva.

Nesta esteira, o argumento da n. empresa recorrente não procede, uma vez que a decisão recorrida, tendo sido distribuído o processo administrativo fiscal e prestada a informação fiscal, conforme estabelecido no § 7º, do art. 127 do RPAF/99, se faz necessário que o sujeito passivo tome conhecimento, **tão somente se nesta informação forem aduzidos fatos novos, ou se forem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos**, o que não se aplica ao presente caso.

Por exemplo, o autuante trouxe o art. 490-B do RICMS, que apenas detalha o disposto no art. 23 que foi citado no enquadramento legal. Registro que tais trechos poderiam ser acessados pela empresa recorrente através de uma mera leitura do art. 23 supracitado, sem sequer de fazer necessário consultar o RICMS/BA, além do art. 289, citados no enquadramento legal, ou seja, o seu

teor é inócuo para a defesa do contribuinte, por apenas repisar o que estava acostado aos autos, inclusive quanto à aplicação da Pauta Fiscal, como registrei mais acima e me permito reproduzir: “*constando a aplicação do percentual de MVA e **Pauta Fiscal**, a depender do produto, a exemplo do que se verifica nas **páginas 13 e 15** dos autos. Ressalvo que tais dados fiscais estavam disponíveis para análise do sujeito passivo desde antes do julgamento da 1ª JJF*”.

É cediço, que o procedimento fiscal envolve efetuar o cálculo sobre cada nota fiscal, somar o total do imposto, abater de eventuais ajustes de créditos, comparar com o valor recolhido e lançar a diferença, cabendo à empresa recorrente, a partir do memorial de cálculo efetuado pelo setor contábil, identificar eventuais erros no cálculo efetuado pelo fisco, e apontá-los em sua defesa ou recurso, o que não ocorreu no presente Processo Administrativo Fiscal. Tal ação, permitiria ao menos suscitar a dúvida aos julgadores, em uma ou ambas as instâncias desse Conselho de Fazenda, de modo a se perquirir a verdade material.

Enfim, por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida, para julgar PROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **293872.0002/20-1**, lavrado contra **CANAÃ COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$648.233,04**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de abril de 2021.

MAURÍCIO DE SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS