

PROCESSO	- A. I. N° 269130.0011/18-3
RECORRENTE	- DISOMED DISTRIBUIDORA OESTE DE MEDICAMENTOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0139-03/20VD
ORIGEM	- INFRAZ BARREIRAS (OESTE)
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 23/08/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0179-11/21-VD

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração parcialmente comprovada, de acordo com o levantamento fiscal. Os cálculos foram refeitos pelo autuante, para excluir mercadorias da substituição tributária com fase de tributação encerrada e isentas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Reconhecida a intempestividade do Recurso Voluntário. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Diz respeito o presente processo, a Recurso de Ofício encaminhado pela 3ª JJF, em vista da desoneração promovida no julgamento do presente Auto de Infração, lavrado em 01.10.2018, ciente em 08.11.2018, no valor original de R\$250.520,05, pelo cometimento da seguinte infração:

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.

Fatos geradores de janeiro de 2014 a dezembro de 2017.

Enquadramento Legal: Artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96

Após analisar a defesa apresentada pela autuada, protocolada em 29.11.2018, fls. 16 a 18 e a Informação Fiscal, protocolada em 07.01.2020, fls. 90 a 92, em sessão do dia 05.08.2020, através o Acórdão JJF nº 0139-03/20-VD, fls. 107 a 110, assim decidiu a 3ª JJF:

O deficiente alegou que o presente Auto de Infração é nulo, porque o Demonstrativo elaborado pela autuante encontra-se sem critérios e cheio de erros e vícios constatados e comprovados através de documentos anexados à defesa, constatando-se que foram tributadas mercadorias na situação de substituição tributária e mesmo mercadorias isentas.

Durante o procedimento fiscal a atividade principal é a verificação do cumprimento de obrigações tributárias, e sendo constatadas irregularidades é que se lava o Auto de Infração. Ou seja, o procedimento fiscal visa apurar a correta aplicação da legislação, podendo resultar ou não em constituição de crédito tributário.

Depois de concluída a fiscalização, tendo sido constatada alguma infração, lava-se o Auto de Infração, passando a haver uma acusação. Neste caso, deve-se observar os critérios constitucionais atinentes ao contraditório e à ampla defesa. No processo administrativo fiscal é que se adota o princípio do contraditório para solução de litígios entre o fisco e o contribuinte, quando da apresentação da defesa, por escrito, impugnando o lançamento do crédito tributário efetuado mediante Auto de Infração.

Conforme estabelece o § 1º do art. 18 do RPAF/BA, “as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo”.

Na informação fiscal os cálculos foram refeitos, acatando as alegações defensivas, e as informações foram prestadas pelo autuante de acordo com os argumentos e comprovações apresentados pela defesa. Neste caso, foi atendido o que estabelece o § 1º do art. 18 do RPAF/BA, considerando que o deficiente foi intimado quanto ao resultado da mencionada revisão efetuada pelo autuante, conforme fl. 103 do PAF.

Rejeito a preliminar de nulidade, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entendem serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o presente Auto de Infração trata de recolhimento a menos do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2017. Infração 03.02.02.

O defendente alegou que num primeiro momento, as mercadorias autuadas, têm duas situações: primeiro, a autuante tributou mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Na segunda situação, há cobrança de valores relativos a notas fiscais com o código 5102, mercadorias isentas de ICMS.

Na informação fiscal, a autuante disse que efetuou revisão dos itens cobrados e criou colunas informando a Situação Tributária de cada item. As tabelas contendo estas colunas podem ser vistas no CD que acompanha a informação fiscal.

Concluiu que a revisão da situação tributária dos itens resultou nos valores constantes na planilha que elaborou às fls. 91/92, apurando o débito total de R\$121.537,58.

À fl. 103 do PAF, por meio de Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, o autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal e dos novos demonstrativos elaborados pela autuante, constando como data de ciência 13/01/2020, e a informação de que “Acompanha cópia da Informação Fiscal produzida pela Autuante (Mídia disponível na Inspetoria Fazendária do Oeste – Barreiras – Ba”. Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou.

Observo que as informações prestadas pela autuante estão conforme argumentos e comprovações da defesa. Neste caso, em razão dos argumentos trazidos pelo defendente, alicerçados em documentos, constato que subsiste parte da exigência fiscal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

VOTO

Havendo a autuada protocolado seu Recurso Voluntário no dia 12.11.2020, e considerando o recebimento, de sua parte, da decisão acima transcrita no dia 19.10.2020, conforme Protocolo JU 813518382BR, comunicação tida conhecimento pelo Fisco através acesso ao site dos Correios no dia 22.10.2020, sem assinatura de recebimento, fl. 116 do processo, foi o mesmo considerado intempestivo nos termos do que estabelece o RPAF no artigo 10, como a seguir:

Art. 10. A petição será indeferida de plano pela autoridade ou órgão a que se dirigir ou pelo órgão preparador, conforme o caso, se intempestiva, se assinada por pessoa sem legitimidade ou se inepta ou ineficaz, vedada a recusa de seu recebimento ou protocolização.

§ 1º A petição será considerada:

I - intempestiva, quando apresentada fora do prazo legal;

Também respalda a decisão administrativa o artigo 173, como abaixo:

Art. 173. Não se tomará conhecimento do recurso que for interposto:

I - intempestivamente;

Ainda, o RPAF estabelece no artigo 171:

Art. 171. O recurso voluntário e o pedido de reconsideração serão apresentados preferencialmente no órgão onde se encontrar o processo, no prazo de 20 (vinte) dias, contado da data da ciência da decisão recorrida.

Estando a autuada (recorrente), enquadrada nas condições acima mencionadas, aplica-se o que determina o artigo 173-A, que assim estabelece:

Art. 173-A. São definitivas as decisões:

I - de primeira instância, esgotado o prazo para interposição de Recurso Voluntário;

II - de segunda instância, de que não caiba recurso ou, quando cabível, que não tenha sido interposto no prazo regulamentar.

Parágrafo único. Serão também definitivas as decisões de primeira instância, na parte em que não for objeto de Recurso de Ofício.

Conforme consta na fl. 118 do processo, a intempestividade foi comunicada à autuada no dia 22.01.2021, ficando a mesma ciente em 28.02.2021, conforme protocolo AR JU 97320208 2 BR.

Após a análise acima de respeito à intempestividade do Recurso Voluntário apresentado pela Recorrente, que com base no que dispõe o artigo 173, inciso I, não se toma conhecimento, passo a analisar o Recurso de Ofício encaminhado pela 3ª JJF.

O Recurso de Ofício atende ao que determina o RPAF no art.169, inciso I, alínea “a” aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

O Auto de Infração em julgamento, imputa ao contribuinte o cometimento da seguinte infração:

Recolheu a menor ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

A autuada compareceu ao processo, que está revestido de todas as formalidades legais, composto pelos demonstrativos que resultaram na lavratura do Auto de Infração, a capitulação do mesmo e os dispositivos em que se enquadra, exercitando o seu direito ao contraditório, nada que o inquise de nulidade, pelo que, comungando com a decisão de piso, acato a rejeição da preliminar de nulidade.

Adentrando ao mérito da decisão proferida pela Junta Julgadora, verifico que a infração diz respeito à cobrança de ICMS sobre mercadorias que a autuada afirma não se sujeitarem à tributação, por estarem sujeitas à substituição tributária ou isentas, tendo anexado ao processo, a título de amostragem, cópias de notas fiscais que identificam tais operações.

Em sua informação fiscal, o autuante refez o levantamento apresentado na autuação, tomando por base as informações prestadas pela autuada, resultando na redução do valor original autuado de R\$250.520,05, para R\$121.537,58, o que foi acatado pela Junta Julgadora, em face de não haver manifestação da autuada quanto a este resultado.

Ao considerar que as notas fiscais acostadas ao processo foram feitas por amostragem, recorri aos relatórios apresentados pelo autuante, em seu refazimento da identificação dos produtos que foram excluídos por serem isentos ou sujeitos à substituição tributária, constatando haver o mesmo identificado os produtos nas categorias Tributados, Sujeitos a ST e Isentos.

Verifiquei que dentre os produtos classificados como “Tributados”, por consequência, mantidos como base para o refazimento do cálculo, encontram-se produtos que assim o foram, mas que estão acobertados pela isenção, nos termos dos Convênios ICMS 01/99 e 126/10, tendo como exemplos aqueles que estão enquadrados nos NCMS 30.04.90.99, 30.06.10.19, 90.18.90.99, e 90.21.10.10, portanto, deveriam ser excluídos da autuação e não o foram.

Deixou a Junta Julgadora de observar tal situação, talvez em função da não manifestação da autuada, quando lhe foi disponibilizada a informação fiscal, o que a enquadrou no que determina o artigo 173-A, inciso I, entendendo, eu, que o fato devia ser registrado.

Considerando que a decisão de piso foi lastreada na Informação Fiscal, não contestada pela autuada do que decorreu, e que a autuada não compareceu ao processo em segunda instância, devido à intempestividade do seu Recurso Voluntário, mantenho a decisão de piso e NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida, para julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269130.0011/18-3, lavrado contra **DISOMED DISTRIBUIDORA OESTE DE MEDICAMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$121.537,58**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS - RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS