

A.I. Nº - 233082.0010/20-2
AUTUADO - ZPX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.
AUTUANTE - PAULO CÉSAR FONTES MATOS
ORIGEM - INFAC - COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19/02/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0008-02/21-VD

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. FALTA DE PAGAMENTO. MATERIAIS DE USO E CONSUMO. Incide o ICMS nas operações de aquisições interestaduais de bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento. Exigência do ICMS-DIFAL está prevista no art. 4º, inc. XV da Lei nº 7.014/96. Para as empresas optantes do Simples Nacional a exigência passou a viger com a publicação do Decreto nº 13.945, de 23/04/2012, com efeitos a partir de 01/04/2012. Afastada a preliminar de nulidade. Indeferidas a solicitação de diligência e redução das multas. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 02/06/2020, para exigir do ICMS no valor histórico de R\$25.797,43, acrescido da multa de 60%, pela constatação da infração a seguir descrita:

INFRAÇÃO 01 – 06.02.07 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, apurado nos períodos de maio de 2016 a dezembro de 2019.

Enquadramento legal: art. 4º, inc. XV da Lei nº 7.014/96, c/c art. 321, inc. VIII do RICMS/2012.

Multa tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

O autuante informa: “*Falta de pagamento do ICMS devido na aquisição, em outras unidades da federação, de mercadorias, bens e serviços destinados ao uso ou consumo da empresa, referente ao exercícios de 2016 a 2019, no valor total de R\$25.797,43, conforme DEMONSTRATIVO DA DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS DE USO E CONSUMO-ENTRADAS e o RESUMO DO DEMONSTRATIVO DA DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS DE USO E CONSUMO-ENTRADAS, em anexo, tudo conforme DANFes das NF-e disponibilizadas em meio eletrônico, conforme contam em mídia anexa.*”.

A autuada através de seu Advogado impugna o lançamento, fls. 27 a 32, onde inicialmente refere-se à tempestividade da defesa e argui nulidade do lançamento em razão de entender que o demonstrativo elaborado pelo fiscal deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando uma a uma, por ser indispensável para caracterizar a infração.

Justifica sua arguição dizendo que a legislação tributária preconiza que o Auto de Infração deverá identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados como infringidos e capitular a penalidade, requisitos que objetiva assegurar ao autuado o direito da ampla defesa, permitindo o conhecimento de todas as informações seguras importantes para elaboração de sua defesa.

Afirma que devido a essa falha foi apurado valores indevidos no levantamento das notas fiscais de produtos importados, pois, denota que o fiscal auferiu valores aleatórios nos períodos fiscalizados.

Assevera que o ICMS referente as notas fiscais, foi recolhido, não podendo assim, ser incluído no levantamento, fato que diz ter gerado mais um motivo de nulidade, corroborando com as alegações de iliquidez e incerteza do lançamento.

Reproduzindo o art. 142 do CTN, afirma que a falta de discriminação das notas fiscais e seus valores, caracteriza erro cometido pelo fiscal, por desobediência ao citado dispositivo legal.

Frisa que a igualdade constitucional, preconizada pela plena defesa, faz com que os lançamentos constituídos sem a exigida clareza, são nulos por cerceamento do direito de defesa.

Ensina que não possuindo as condições de executoriedade forense, onde a liquidez e certeza devem e precisam restar provados, resta nula a “Notificação”, devendo ser reconhecida pela autoridade administrativa, sob pena de vê-lo decretada pelo poder judiciário.

Transcreve jurisprudência que entende sustentar seus argumentos.

Ao tratar do mérito, reproduz texto informativo elaborado pelo autuante, os dispositivos legais citados e assegura ser uma empresa estabelecida no Estado da Bahia há vários anos e sempre procurou honrar suas obrigações fiscais, sendo que em várias revisões fiscais, já ocorridas, em nenhum momento foi alvo de Autos de Infração.

Ressalta que o Auto de Infração não tem esteio tributário e ainda, as multas exponenciais significam um enriquecimento ilícito do Estado, fato que ofende a igualdade das partes, garantida na Constituição Federal.

Reproduz o art. 151 do CTN, para frisar a ocorrência da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ora reclamado, face a interposição da defesa, assim como as multas, sendo vedada a inscrição do débito na dívida ativa.

Admite que apesar de não ter recolhido o ICMS antecipado, não se creditou dos valores devidos ao ICMS, ou seja, não recolheu o imposto, também não se creditou dos valores do ICMS, e, portanto, entende não existir obrigação tributária a cumprir.

Reproduzindo o art. 150, inc. IV da Constituição Federal, afirma serem as multas exponenciais, que acrescidas dos supostos valores principais, sofrem incidência dos juros moratórios, causando o que denomina de “*capitalização indevida e uma onerosidade ilícita*”.

Transcreve doutrina de Orlando de Pilla Filho e João Roberto Parizatto, para destacar que as multas apenas poderão incidir no percentual de 2%, conforme dispõe o art. 52 da Lei nº 9.298/96.

Quanto aos juros de mora, afirma que ao atingirem o valor corrigido da obrigação tributária, acrescida da multa, foram praticados em excesso, dado que os juros convencionais das penalidades, conforme disposto no CTN, é de 1% ao mês.

Reproduz o art. 630 do Decreto nº 33.118/91 e doutrina do já citado Orlando de Pilla Filho, para ressaltar que a onerosidade atribuída ao débito é facilmente verificada quando da análise das planilhas anexadas, demonstram que o tributo devido foi corrigido, somando-se ao total corrigido com juros, as multas, expurgando a capitalização e a cascata financeira.

Copia ementa da Apelação Cível nº 51.570, publicado no DJU nº 174, de 12/09/1994, que definiu não ser permitida a capitalização na execução fiscal e nos autos de infração, devendo, assim, as multas aplicadas serem reduzidas.

Sustenta inexistir infração, sequer incidência de ICMS, pois não houve circulação de mercadorias, que se encontram em estoque, “*catatônicas*”, já que a incidência do ICMS depende deste fato.

Defende, caso se entenda contrário, que seja elaborada nova planilha expurgando-se a capitalização, reduzindo as multas e os juros incidentes sobre o valor principal aos índices previstos na lei.

Requer o conhecimento e distribuição da defesa e posterior processamento e que a Procuradoria intervenha sobre o pedido de controle da legalidade no sentido de analisar o diferencial de alíquotas e a incidência do imposto em mercadorias para uso e consumo da própria indústria.

Pede, caso seja decretada a nulidade, que seja atribuído ao autuante os custos havidos pela autuada na produção da presente defesa.

Requer ainda, se assim não for decidido, que o processo seja convertido em diligencia a fim de apurar as informações prestadas referente aos valores apontados pelo fiscal para comprovar as alegações de erros.

Pugna que se adentre no mérito da defesa para constatar a incidência de multas e juros superiores aos previstos na legislação, procedendo a revisão dos cálculos expurgando a capitalização e demais acréscimos ilícitos, intimando a autuada de todo o andamento do processo.

O autuante presta a informação fiscal às fls. 44 a 49, onde após transcrever a infração e os argumentos da defesa, diz que em relação a arguição de nulidade demonstra a total desinformação do advogado, haja vista que no próprio Auto de Infração, emitido pelo Sistema de Lançamento de Crédito Tributário – SLCT, já traz a infração, a multa e o enquadramento legal, além dos demais requisitos, tudo de acordo com o art. 39 do RPAF/99, seus incisos e parágrafos.

Pontua que o patrono da causa não se debruçou sob o processo para estudá-lo melhor. Contudo, diz acreditar que não lhe foi entregue pela autuada o DEMONSTRATIVO DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS DE USO E CONSUMO – ENTRADAS e o RESUMO DO DEMONSTRATIVO DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS DE USO E CONSUMO, juntamente com os DANFEs relativos às operações de entradas, uma vez que a mídia contendo esses demonstrativos foi entregue pessoalmente ao sócio da empresa, como também foi enviada por AR juntamente com o Auto de Infração e o seu Demonstrativo de Débito, fls. 23 a 25, sendo que na fl. 24 há a observação “PROCESSO ACOMPANHADO DA MÍDIA”.

Quanto a alegação de que o fiscal deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, assegura não proceder, pois no DEMONSTRATIVO DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS – USO OU CONSUMO, consta devidamente discriminado o número da nota fiscal, a unidade da federação de origem, a data, a mercadoria, CST, CFOP, NCM, alíquota de origem, unidade, quantidade, valor unitário, valor do bem, IPI, Frete ou seguro, valor total do bem, alíquota de destino, diferença entre alíquota de origem /destino, ICMS devido, ICMS recolhido e por fim o ICMS a pagar, fls. 07 a 19.

Diz também não proceder o argumento de que o ICMS já havia sido recolhido, uma vez que não consta para o período fiscalizado, registro de recolhimento no Sistema INC – INFORMAÇÃO DO CONTRIBUINTE, com a receita 0791 – ICMS COMPLEM. ALIQ. USO/CONSUMO.

Quanto aos argumentos aduzidos referentes ao mérito da autuação, explica que a fiscalização ocorreu no auge da pandemia do COVID-19, tendo nesse período, por cinco vezes, recebido na sede da Inspetoria, a contadora da empresa, estando presente o sócio da empresa em dois momentos, com o propósito de explicar o trabalho e apresentar os demonstrativos elaborados.

Narra que durante esse contato, o sócio da empresa, Sr. Pedro Otávio, foi informado que também foi procedida a fiscalização da Antecipação Tributária e Parcial na empresa, como também da fiscalização do SIMPLES NACIONAL e nada foi encontrado de irregular, o elogiando por estar em dia com os recolhimentos. Também foi informado de que a obrigação de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao uso e consumo do estabelecimento era recente, que passou a vigorar a partir de maio de 2016 para as MICRO e PEQUENAS EMPRESAS do SIMPLES NACIONAL e por isso, provavelmente, por falta de conhecimento, a sua empresa não estava recolhendo o ICMS-DIFAL, calculado a partir das aquisições de mercadorias interestaduais destinadas ao processo industrial como matérias primas, insumos e ativo imobilizado.

Frisa que nesses cinco contatos foram analisadas mercadoria por mercadoria e que só restaram no demonstrativo àquelas destinadas ao uso e consumo da empresa.

Reafirma que foram apresentados a contadora e ao sócio da empresa, na sede da INFRAZ – Itabuna, antes da lavratura do Auto de Infração, todos os demonstrativos que dele fazem parte, sendo que lhe causou surpresa ver o contribuinte exercendo o seu direito de defesa com informações inverídicas como se estivesse falando de outro processo e não este.

Pontua que a autuada deveria cumprir o que prescreve o disposto no art. 123 do RPAF/99, que transcreve, dispositivo que garante ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento, acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de sessenta dias.

Salienta que as alegações defensivas são insuficientes para elidir a infração, posto que o sujeito passivo recebeu os demonstrativos de apuração do débito, nos termos do Auto de Infração às fls. 01 a 06.

Destaca que a peça impugnatória não trouxe ao processo as provas necessárias e indispensáveis a atestar o quanto alegado, informando por exemplo que tal mercadoria é insumo e não aquisição para o uso e consumo, limitando-se tão somente, em suas argumentações, a alusões genéricas, todas elas, sem exceção, destituídas de provas documentais, o que contraria o disposto no art. 143 do RPAF/99, transcreto

Ressalta que do simples exame dos demonstrativos e planilhas, constata-se que foram elaborados tomando por base os dados constantes dos arquivos da SEFAZ como INC-ARRECADAÇÃO, NF-e, dentre outros, e dos apurados através de levantamentos obtidos nos documentos fiscais emitidos pela própria autuada.

Assevera que os débitos estão devidamente demonstrados e a autuação está fundamentada na legislação que regulamenta a matéria, descritas no próprio processo administrativo fiscal.

Conclui que a autuada, em sua peça defensiva não apresenta a verdade dos fatos, alegando sem qualquer fundamentação legal ou provas, que o crédito tributário devidamente reclamado não procede, pedindo preliminarmente a nulidade do Auto de Infração ou a improcedência.

Por tudo o que foi apresentado nesta informação fiscal e ratificando os fatos e fundamentos constantes da autuação, bem como a falta de argumentos e fundamentação legal da defesa, para que se faça melhor justiça, requer que CONSEF não acate a preliminar arguida e, no mérito, que o presente Auto de Infração seja julgado procedente em sua totalidade, para condenar a autuada ao pagamento do imposto devido no valor original, com os acréscimos e multa devidos, como prevê a legislação pertinente.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise, imputa ao sujeito passivo, contribuinte inscrito no Cadastro Estadual na condição de EMPRESA DE PEQUENO PORTE, optante do SIMPLES NACIONAL desde 01/07/2007, a acusação do cometimento de uma infração à legislação do ICMS, tempestivamente impugnada.

A autuada exerce a atividade econômica de fabricação de embalagens de material plástico, e secundariamente de fabricação de artefatos de material plástico para outros usos não especificados.

Constatou que à fl. 20, consta apenso o Termo de Início de Fiscalização lavrado em 22/04/2020 e à fl. 21 a intimação ao contribuinte com ciência na mesma data da lavratura, requerendo a apresentação de livros e documentos fiscais, o cientificando do início da ação fiscal, nos termos do art. 26 do RPAF/99.

Indefiro o pedido de diligência, por considerar que nos autos constam todos os elementos necessários e suficientes para a formação de minha convicção para decisão da lide, com fundamento no art. 147, inc. I, alínea “a” do RPAF/99.

Preliminarmente, a autuada argui nulidade do lançamento alegando cerceamento do direito de defesa em razão da *“falta de discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado redundaram em erro do Sr. Fiscal...”* e adicionalmente que o Auto de Infração não identifica o infrator, não descreve a infração com clareza e não indica os dispositivos legais dados por infringidos.

De pronto, cabe consignar que depois de uma simples análise dos autos, constata-se que nenhum dos argumentos aduzidos pela defesa pode ser acolhido para possível decretação de nulidade, uma vez que verifica-se com facilidade que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara, didática e minunciosamente explicada pelo autuante. É possível se determinar com certeza a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

O demonstrativo que suporta a infração, fls. 07 a 19, foi elaborado pela autoridade fiscal de forma escorreita, contendo todos os elementos necessários, como o números das notas fiscais, a unidade da federação de origem, datas de emissão, mercadorias, CST, CFOP, NCM, alíquotas de origem, unidade, quantidade, valor unitário, valor do bem, IPI, Frete ou seguro, valor total do bem, alíquota de destino, diferenças entre alíquotas de origem e destino, ICMS devido, ICMS recolhido e o ICMS a pagar, impresso e gravado em meio magnético – CD, fl. 23, tendo esta sido entregue ao contribuinte quando da cientificação da lavratura do Auto de Infração através de AVISO DE RECEBIMENTO DOS CORREIOS – AR, fls. 24 e 25.

Destaco, que as cópias dos DANFEs relacionados às notas fiscais arroladas no demonstrativo, constam gravadas no CD. Portanto, os argumentos da defesa em preliminar de nulidade se mostram sem fundamento, fato que justifica rejeitá-los, o que faço.

Ademais, considerando que na fase procedural, onde se estabelece a relação regida pelo princípio do inquisitório, constato, conforme relatado na informação fiscal, que de forma louvável, pela postura elogiável do autuante, a ação fiscal ocorreu com ampla interação do fiscal com os representantes do contribuinte, apesar das restrições e limitações impostas pelas medidas sanitárias decorrentes do estado de pandemia.

Assim, cabe frisar que mesmo não sendo obrigatória, a colaboração e cooperação entre as partes se fundamenta no princípio da confiança e boa-fé, que devem imperar entre o representante da Administração Pública e o contribuinte, traduzindo assim uma atitude salutar na busca da solução da lide, objetivo das partes.

Destarte, observo que o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração.

No mérito, a acusação fiscal diz respeito à exigência do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outros Estados, destinadas ao uso e consumo do estabelecimento.

A defesa não nega a falta do recolhimento do imposto, quando admite que “*apesar de não ter recolhido o ICMS antecipado, não se creditou dos valores devidos ao referido imposto. Não recolhendo, e também não se creditando dos valores de ICMS, inexiste obrigação tributária...*”, deixando clara que sua interpretação é que não cabe o recolhimento do ICMS-DIFAL.

O argumento e o entendimento se mostram equivocados, consoante as determinações contidas na Lei nº 7.014/96 quando trata do fato gerador do ICMS no inc. XV do art. 4º, *in verbis*:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: (...)

XV - da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.

Já o Regulamento do ICMS vigente à época dos fatos, ao tratar do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES NACIONAL, prevê no seu art. 321, inc. VIII:

Art. 321. O recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido: (...)

VIII - nas aquisições em outros estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, observada a dispensa prevista no inciso I do art. 272.

O argumento defensivo de que inexiste a obrigação tributária, ora exigida, em razão de apesar de não ter recolhido o ICMS-DIFAL, também não se creditou dos valores do imposto, reflete um comportamento inovador frente as regras claramente estabelecidas na legislação, vigente à época dos fatos geradores.

A autuada, repito, não nega a omissão no recolhimento do ICMS-DIFAL, ao contrário, confirma tal fato, porém, aduz que que não haveria imposto a recolher diante do procedimento por ele adotado. Não concordo com tal argumento, diante do fato de que a obrigação legal, deve ser respeitada e atendida na sua inteireza, não podendo o contribuinte agir ao seu talante e consoante seu entendimento, inovando e criando regras próprias, pois se assim fosse permitido, estaríamos diante de total desordem legal.

O demonstrativo relacionou todas as notas fiscais referentes a mercadorias a serem empregadas pelo contribuinte em seu estabelecimento, para uso e/ou consumo no período fiscalizado, fato inclusive não contestado pela defesa, sendo, portanto, devido o pagamento do ICMS-DIFAL, uma vez que o dispositivo acima transcrito, passou a exigir das empresas optantes pelo SIMPLES NACIONAL o pagamento do imposto, conforme a sua redação atual, dada pelo Decreto nº 13.945, de 23/04/2012 com efeitos a partir de 01/04/2012.

Assim sendo, resta demonstrado que o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outros Estados, destinadas ao uso e consumo do estabelecimento é devido, estando, dessa forma caracterizada a infração.

No que se refere ao argumento de que a multa sugerida deveria ser no percentual máximo de 2%, não merece acolhimento, isto porque, a previsão contida na Lei nº 9.298/96 não é aplicada ao direito tributário, uma vez que esta lei altera a redação do §1º do art. 52 da Lei nº 8.078/1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor. Ou seja, a citada lei refere-se ao percentual de 2% para penalidades de outra natureza jurídica que não tributária.

Ademais, estando as multas sugeridas pelo autuante em conformidade com a legislação aplicada ao descumprimento de obrigações tributárias, as mantenho inalteradas, mesmo porque os órgãos de julgamento administrativo não têm a prerrogativa de afastar ou reduzir multas.

No tocante à questão suscita quanto a pertinência da incidência de juros sobre multas, através da aplicação da taxa SELIC, é cediço que, a atualização dos débitos tributários pela taxa SELIC, é prevista no art. 102, § 2º, inc. II da Lei nº 3.956/81 – COTEB, portanto, legal.

Quanto a outras questões de inconstitucionalidades, lembro não ser permitida a apreciação de tais questões nesta instância, haja vista que este órgão julgador não tem competência para declarar a inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167 do RPAF/99.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 233082.0010/20-2, lavrado contra **ZPX INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$25.797,43** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de janeiro de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR