

A.I. Nº - 269275.0002/20-5
AUTUADO - COMERCIAL MOURA FERRAGENS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ RICARDO SANTOS CORREIA DA CUNHA
ORIGEM - INFRAZ NORDESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 24/05/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0078-02/21

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOR. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. Devidamente comprovado, pelos demonstrativos elaborados pelo autuante, que o sujeito passivo não tributou corretamente as saídas de mercadorias sujeitas à tributação, dando às mesmas, tratamento de mercadorias submetidas à substituição tributária, com encerramento de tributação. Não foram comprovadas as arguições da defesa. Infração subsistente. Autuada não elidiu a infração. **2. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. MATERIAIS DE USO/CONSUMO.** Não foram trazidas aos autos quaisquer provas que suportem as alegações da defesa. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, foi lavrado em 29/03/2020, para exigir ICMS no valor histórico de R\$165.364,98, acrescido da multa, pela constatação das infrações a seguir descritas:

INFRAÇÃO 01 – 03.02.04 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2018, por erro na determinação da carga tributária. O contribuinte debitou-se utilizando alíquota inferior à prevista na legislação tributária. O total refere-se a soma de operações com equipamentos emissores de cupom fiscal ECFs. ICMS exigido no valor de R\$165.305,48, mais multa de 60% prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 24 a 26 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 305 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 02 – 06.02.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas a consumo do estabelecimento, apurado no mês de agosto de 2015. ICMS exigido no valor de R\$59,50, mais multa de 60% prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 4º, inc. XV da Lei nº 7.014/96 c/c art. 305, §4º, inc. III, alínea “a” do RICMS/2012.

A autuada através de seus advogados impugna o lançamento, fls. 16 a 27, onde inicialmente requer com fundamento no art. 272, §5º do CPC, que todas as intimações alusivas ao presente feito, sejam dirigidas exclusivamente aos seus patronos no endereço indicado, sob pena de nulidade.

Após um breve relato dos fatos, afirma que a ação fiscal não merece prosperar em razão de não caber a aplicação da alíquota de 18%:

1. Nas saídas de mercadorias para empresas optantes do SIMPLES NACIONAL, uma vez que a alíquota aplicável é 7%, como se verifica no Doc. 04;
2. Nas operações que não tem destaque do imposto como mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada, como se verifica no Doc. 05;
3. Nas saídas interestaduais subsequentes à importação de mercadorias importadas, com similar nacional, uma vez que a alíquota aplicável é 4%, como se constata no Doc. 06;

4. Nas saídas interestaduais de mercadorias para destinatários que possuam inscrição estadual, pois a alíquota aplicável é 12% conforme Doc. 07;
5. Nas saídas de mercadorias para destinatários de operações sujeitas à redução da base de cálculo do ICMS, como se vê nos cupons/notas fiscais – Doc. 08;
6. Nas saídas de mercadorias para destinatários de operações beneficiadas para destinatários de operações beneficiadas com isenção do ICMS, como se vê nos cupons/notas fiscais – Doc. 09.

Destaca que demonstrará que ocorreram, na autuação, muitos equívocos decorrentes de matéria de fato, outros de direito, razão pela qual, entende que o CONSEF se não decidir pela nulidade da ação fiscal, certamente julgará o Auto de Infração improcedente.

Evocando a Constituição Federal e as normas infraconstitucionais, diz que a instauração, preparo, instrução e decisão do processo administrativo fiscal devem observar os princípios entre outros, o da verdade real, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal, conforme art. 2º do RPAF/BA.

Conclui, portanto, ser indispensável que o fisco demonstre o critério adotado, a fonte e demais dados necessários ao entendimento e comprovação da acusação, tendo em vista que a ação do administrador fiscal está vinculado aos limites da lei.

Frisa que o RPAF prevê os princípios que devem ser observados no processo administrativo fiscal com destaque do princípio da verdade real e da ampla defesa, a serem seguidos pelos julgadores que devem abstrair da única versão do fiscal para combater os eventuais excessos.

Ressalta que o agente público exercendo uma atividade vinculada, obrigatoriamente deve agir de acordo com a legislação, não havendo margem para discricionariedade e caso assim não se proceda, violará o art. 142 do CTN, que transcreve.

Conclui que a função administrativa tributaria deve ser exercida pela autoridade fiscal em obediência ao princípio da legalidade objetiva, agindo o fisco com imparcialidade, ou seja, o poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento de tributo está sujeita a obediência ao princípio da reserva legal.

Transcreve lição de Maria Sylvia Zanella di Pietro acerca do ato administrativo destacando que a fiscalização deve observar regras básicas como a necessidade; a proporcionalidade e a eficácia, e, portanto, diz que diante da ausência da citada formalidade e da ocorrência de vício insanável, em consonância com o art. 18, inc. IV, alínea “a” do RPAF/99, o CONSEF deve decidir pela nulidade do lançamento.

Ressalta que o RPAF estabelece as formalidades que devem ser seguidas, ressaltando que o ônus da prova pertence ao fisco, cabendo-lhe comprovar o cometimento da infração com provas necessárias a demonstração do fato e acompanhadas de demonstrativos e levantamentos.

Afirma que no demonstrativo que fundamenta a autuação está repleta de vícios que o macula e fragiliza, pois há dificuldade de conhecer a verdade real em razão de não acerca a aplicação da alíquota de 18% das operações já citadas linhas acima.

Acrescenta que tais incongruências, somadas a uma confusa e obscura descrição dos fatos, bem como incorreções e carências que diz verificar nos autos, impedem determinar a natureza da acusação e o montante do débito tributário.

Conclui que o Auto de Infração além dos equívocos apontados, traz insegurança quanto a infração apurada, suas ocorrências e valores, além da confusão estabelecida pelo autuante na sua constituição, o que o enquadra na hipótese prevista no art. 18, incisos II e IV do RPAF/99, que reproduz e adicionalmente transcreve os Acórdãos JF nº 0007-01/18, JF nº 0141-02/18, JF nº 0143-03/18 e JF nº 0060-04/18, todos acerca de decisões que anularam lançamentos e assim, defende que o presente Auto de Infração seja declarado nulo por falta de certeza e liquidez e por inobservância do devido processo legal.

Como consequência natural desses fatos, prejudiciais de validade e eficácia do processo administrativo fiscal, requer, amparado no princípio de contraditório assegurado pela Constituição Federal que estas prejudiciais sejam apreciadas e decididas com fundamentação.

Pontua que, caso assim não se entenda, que somente se admite *ad argumentandum tantum*, postula pela improcedência do Auto de Infração, passando a abordar o mérito da acusação que reproduz e frisa que foram consideradas todas as saídas como tributadas à alíquota de 18%, sendo essa exigência indevida.

Justifica que não cabe a aplicação da alíquota de 18%:

1. Nas saídas de mercadorias para empresas optantes do SIMPLES NACIONAL, uma vez que a alíquota aplicável é 7%, como se verifica no Doc. 04; ou seja, não houve erro na aplicação da alíquota do ICMS uma vez que a alíquota reduzida do ICMS corresponde a carga tributária de 7%, conforme art. 16, inc. I, alínea “c” da Lei nº 7.014/96, que concede o benefício das vendas destinadas a empresas do SIMPLES NACIONAL, transcrevendo ementa do Acórdão CJF nº 0213-12/19;
2. Nas operações que não tem destaque do imposto como mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada, como se verifica no Doc. 05 e nas decisões do CONSEF – Acórdãos JJF nº 0137-01/19 e JJF nº 0136-04/18, cujas ementas cópia;
3. Nas saídas interestaduais subsequentes à importação de mercadorias importadas, com similar nacional, uma vez que a alíquota aplicável é 4%, como se constata no Doc. 06 e na decisão do CONSEF – Acórdão CJF nº 0190-12/19, cujas ementa cópia;
4. Nas saídas interestaduais de mercadorias para destinatários que possuam inscrição estadual, pois a alíquota aplicável é 12% conforme Doc. 07, assim como se vê nos CNPJ's dos destinatários, provas de que os adquirentes das mercadorias estavam cadastradas como contribuintes nos Estados de destino, onde a alíquota de ICMS a ser destacado é aquela correspondente a operações interestaduais, ou seja, 12%, conforme Acórdãos JJF 0179-05/19; CJF nº 0238-12/18 e JJF nº 0162-05/18, cujas ementas foram reproduzidas;
5. Nas saídas de mercadorias para destinatários de operações sujeitas à redução da base de cálculo do ICMS, como se vê nos cupons/notas fiscais – Doc. 08, conforme decisões do CONSEF nos Acórdãos CJF nº 0367-12/19 e JJF nº 0126-04/19;
6. Nas saídas de mercadorias para destinatários de operações beneficiadas com isenção do ICMS, como se vê nos cupons/notas fiscais – Doc. 09 e nas decisões do CONSEF constantes nos Acórdãos JJF nº 0178-05/17 e JJF nº 0146-04/18, ementas reproduzidas.

Requer a nulidade do Auto de Infração e se assim não se decidir, postula pela improcedência da autuação.

O autuante presta a informação fiscal à fl. 41, onde relata que neste processo confeccionou planilhas com final “_LISTAGEM”, nas quais enumera item por item de mercadoria com seus respectivos valores e ICMS destacados com a explicação do cálculo procedido para a apuração do ICMS devido em cada período de apuração, o valor recolhido e quando cabível e a diferença exigida.

Assevera que nas citas planilhas, é possível verificar que as mercadorias arroladas são tributadas normalmente, não estando sujeitas ao regime de substituição tributária, não são beneficiadas com isenção, tampouco com redução da base de cálculo.

Salienta que o demonstrado nas planilhas, refere-se as saídas promovidas pela autuada, com alíquota zero, como se as mercadorias fossem isentas, porém são mercadorias normalmente tributadas à alíquota de 17% ou 18%, tanto nos cupons fiscais, quanto nas notas fiscais eletrônicas emitidas.

Explica que na infração 01 se exige o ICMS não recolhido, cujo total refere-se a soma entre os valores dos cupons fiscais e os valores das notas fiscais eletrônicas, cujo levantamento foi enviado ao contribuinte em planilha resumo com tal soma.

Pontua que o contribuinte ao silenciar quanto a exigência do diferencial de alíquotas cobrado na infração 02, a aceita tacitamente.

Registra que examinando a peça defensiva, não encontrou os documentos citados pela defesa como se os tivesse anexado, ou seja, não identificou os documentos 04, 05, 06, 07, 08 e 09.

Pede que o Auto de Infração seja julgado procedente.

É o relatório.

VOTO

Trata o presente Auto de Infração de duas exigências descritas e relatadas nas linhas acima, dentre elas a infração 01, tempestivamente impugnada pelo sujeito passivo, restando, pois, desde já, caracterizada a infração 02, pois sobre esta não houve contestação na peça defensiva, cabendo aplicar o que determina o RPAF/99, no seu art. 140, ou seja, *“O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas”*.

Registro, inicialmente, tratar-se a autuada de contribuinte do ICMS, inscrito no Cadastro Estadual na condição NORMAL, atando na atividade econômica principal de comércio varejista de artigos de papelaria, e como atividades secundárias, o comércio atacadista de produtos de higiene, limpeza e conservação domiciliar, comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – minimercados, mercearias e armazém, comércio varejista de material elétrico de ferragens, ferramentas, madeira e artefatos, dentre outras.

Exige-se da autuada, na infração 01, o ICMS não recolhido devido nas operações de saídas de mercadorias, por erro na apuração do imposto, decorrente do uso de alíquota inferior àquela prevista na legislação tributária, tendo a autoridade fiscal apurado os valores devidos nas notas fiscais eletrônicas e cupons fiscais emitidos pelos equipamentos ECFs.

Examinando os autos, constato que através da Intimação para Apresentação de Livros e Documentos e/ou Prestação de Informações, postada através do Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, mensagem 146315, fls. 08 a 10, em 26/12/2019, lida no mesmo dia, o contribuinte foi cientificado do início da ação fiscal.

O autuante elaborou os demonstrativos analíticos, cujos arquivos foram gravados na mídia – CD, fl. 13, tendo anexado à fl. 11, o resumo destes, contendo todos os elementos necessários para o perfeito entendimento da acusação.

Verifico que o lançamento se conforma com o Código Tributário Nacional – CTN, a Lei nº 7.014/96, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal e o RICMS/2012, uma vez que a descrição do fato infracional se apresenta de forma clara, 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.

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

A defesa argui nulidade do lançamento, com fundamento em questões de mérito, listando especificamente seis razões que entende tratar-se de equívocos cometidos pelo autuante, sobre as quais trataremos adiante e acrescenta que o autuante não comprova as acusações.

Sobre este último argumento, cabe destacar, que o levantamento decorreu do exame da escrita fiscal do contribuinte, por ele transmitida a Receita Federal do Brasil, através do SPED-fiscal, que se constitui na Escrituração Fiscal Digital – EFD, única escrituração fiscal válida conforme a sua regra matriz, o Convênio ICMS 143/06, capaz de produzir os efeitos jurídicos e provar a favor e contra o contribuinte.

Examinando as peças que compõem o processo, verifico que a exigência tem fundamento nos artigos 24 a 26 da Lei nº 7.014/96, combinados com o art. 305 do RICMS/2012, este último, trata do regime de conta corrente fiscal, onde os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal.

Efetivamente, aplicando as alíquotas incorretas na apuração do ICMS a recolher em cada período, o contribuinte infringiu as determinações regulamentares, em especial a prevista no inc. I do §4º do art. 305 do RICMS/2012, *in verbis*:

Art. 305. (...)

§ 4º Constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher:

I - o valor resultante da aplicação da alíquota cabível à base de cálculo prevista para a operação ou prestação tributada, obtendo-se o valor a ser lançado na escrita fiscal do contribuinte;

O contribuinte argui que no levantamento realizado pelo autuante, foram aplicadas em operações que não caberia a alíquota de 18%, nas operações que relaciona: (I) saídas para optantes do SIMPLES NACIONAL, cuja alíquota é 7%; (II) operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada; (III) saídas interestaduais subsequentes à importação de mercadorias importadas, com similar nacional, onde a alíquota é 4%; (IV) saídas interestaduais para destinatários inscritos em seus estados, cuja alíquota é 12%; (V) saída de mercadorias com o benefício da redução da base de cálculo do ICMS; e, (vi) saídas beneficiadas com a isenção do imposto.

O autuante, em sede de informação fiscal, assegura que nos levantamentos elaborados, arrolou tão somente mercadorias normalmente tributadas, tendo constatado que as saídas destas mercadorias ocorreram com a aplicação de alíquota zero, razão pela qual apurou o ICMS devido em cada período, considerou o montante recolhido e exigiu apenas a diferença não recolhida.

O autuante salienta que não foram trazidos aos autos os documentos que a defesa refere, fato que atesto verdadeiro, pois os citados documentos 04 a 09, não se encontram apensados aos autos.

Ademais, as arguições postas na peça defensiva, se mostram desconexas dos fatos, haja vista que nenhuma ocorrência concreta ou pontual foi indicada, tornando-as sem valor para elidir a infração como caracterizada e fundamentada em documentos da EFD do contribuinte, pelo autuante.

Enfim, não foram trazidos aos autos qualquer prova que suporte as alegações da defesa, nesse sentido, lembro que o RPAF/99, prevê no seu art. 123 que “*É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação*”, e quanto à prova, deverá ser observado o prescrito no § 5º do citado artigo:

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões, posteriormente trazidos aos autos.

Portanto, não tendo encontrado inconsistências nos levantamentos que suportam a infração, cabe aplicar o que determina os artigos 141 ao 143 do citado regulamento:

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Quanto ao pedido para que as correspondências processuais sejam dirigidas exclusivamente aos patronos, no endereço especificado na defesa, nada impede o seu atendimento, sendo inclusive

recomendável que assim seja feito, tendo em vista as prescrições do art. 272, §5º do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal:

Art. 272. Quando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial. (...)

§ 5º Constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade.

Entretanto, nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, tampouco causará nulidade do processo, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 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 **269275.0002/20-5**, lavrado contra **COMERCIAL MOURA FERRAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$165.364,98**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de abril de 2021.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR