

A. I. Nº - 281394.0013/20-0
AUTUADO - PARA TODOS SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 09.09.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0147-05/22-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOR. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA. SAÍDAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Restou comprovado que nas saídas das mercadorias destinadas a optantes do Simples Nacional por estabelecimento que exerce atividade de supermercados não se aplica a alíquota de 7% prevista para estabelecimentos industriais (Art. 16, I, “c” da Lei 7.014/96). Não comprovada a presença de operações interestaduais para aplicação de alíquota de 12%. Os produtos objeto da autuação não são enquadrados no regime de substituição tributária, nem contemplados com isenção. Foram consideradas na autuação as operações contempladas com redução de base de cálculo. Afastada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 28/06/2020 exige ICMS em decorrência da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01. 03.02.02 - Recolhimento a menor do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (2017 a 2019) - R\$ 196.735,36. Multa de 60%.

O autuado na defesa apresentada às fls. 16 a 27 por meio do advogado Wagner Curvelo de Matos, OAB/BA 57.723, inicialmente ressalta a tempestividade da defesa e com fulcro no art. 272, § 5º do CPC, indica endereço para onde devem ser dirigidas as intimações.

No mérito, com relação a acusação de que foi aplicada alíquota diversa da prevista na legislação, argumenta que não cabe a aplicação de alíquota de 18%:

1. Nas saídas de mercadorias para empresas optantes do Simples Nacional, uma vez que a alíquota aplicável é de 7%;
2. As mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada;
3. Nas saídas interestaduais subsequentes à importação de mercadorias importadas, com similar nacional, uma vez que a alíquota aplicável é de 4%;
4. Para destinatários interestaduais que possuam inscrição estadual, mas sim a alíquota de 12%;
5. Para destinatários de operações sujeitas à redução da base de cálculo do ICMS, como indicado nos cupons/notas fiscais;
6. Nas saídas de mercadorias para destinatários de operações beneficiadas com isenção do ICMS, como indicado nos cupons/notas fiscais.

Na defesa protocolada em 16/09/2020 foi indicado juntada dos anexos “Doc.04” a “Doc.9”, porém não se faz acompanhar de qualquer documento.

Em seguida, afirma que no decorrer da impugnação passa a demonstrar os muitos equívocos ocorridos na ação fiscal, para subsidiar o julgamento pela nulidade ou improcedência da ação fiscal, conforme passou a expor.

Discorre sobre os encargos, deveres ou funções dos órgãos da administração pública no sentido da instauração, preparo, instrução e a decisão do processo administrativo fiscal, observando os princípios como o da verdade real, da legalidade, da ampla defesa, e do devido processo legal (art. 2º do RPAF/BA), delimitando a ação pela lei, para possibilitar aos administrados o exercício da ampla defesa e do contraditório, sob pena de violar as disposições do art. 142 do CTN. Cita texto de doutrinadores (Maria Sylvia Zanella di Pietro) acerca do ato administrativo e procedimentos adequados que atendam ao interesse público.

Argumenta que diante da ausência de formalidade essencial mencionada e ocorrência de vício insanável, em consonância com o artigo 18, IV, “a” do RPAF/BA deve ser declarado nulo de ofício o lançamento que não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Reapresenta os argumentos acima indicados (1 a 6) de equívocos cometidos quanto a aplicação da alíquota, que entende configurar vícios que macula e fragiliza, dificultando conhecer a verdade real, para aplicar o direito positivo ao caso concreto e alcançar a eficácia desejada. E que diante de tais incongruências, somadas a uma confusa e obscura descrição dos fatos arguidos “*Recolheu a menor o ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Erro na determinação da carga tributária. Contribuinte debitou-se utilizando alíquota menor que à prevista na legislação tributária. Total refere - se à soma das operações com ECFs e Nfs*”, incorreções e carências verificadas nos autos, impedem de determinar a natureza da acusação e o montante do débito tributário, resultando na formação de um lançamento de ofício pouco claro e inseguro quanto à presunção de legitimidade do crédito fiscal.

Conclui que diante da insegurança quanto à infração efetivamente apurada, ocorrências, valores e confusão estabelecida na sua constituição, deve ser declarada a sua nulidade de acordo com as hipóteses previstas no art. 18, II e IV do RPAF-BA, a exemplo das decisões contidas nos Acórdãos JFJ Nº 0007-01/18; JFJ Nº 0141-02/18; JFJ Nº 0143-03/18 e JFJ Nº 0060-04/18, cujas ementas transcreveu às fls. 21/22.

Argumenta que se apreciadas as prejudiciais e não acolhidas pelo órgão julgador, o que somente se admite “AD ARGUMENTANDUM TANTUM”, no mérito postula julgamento pela improcedência do auto de infração, visto que a fiscalização considerou todas as saídas de mercadorias como sendo tributadas à alíquota de 18%, sem levar em conta as saídas de mercadorias para empresas optantes do Simples Nacional; mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária; saídas interestaduais de produtos importados (4%) e para contribuintes inscritos (12%) e sujeita à redução da base de cálculo do ICMS.

Transcreveu às fls. 24 a 26, ementas dos Acórdãos CJF Nº 0213-12/19; JFJ Nº 0137-01/19; JFJ Nº 0146-04/18; CJF Nº 0190-12/19; JFJ Nº 0179-05/19; CJF Nº 0238-12/18; JFJ Nº 0162-05/18; CJF Nº 0367-12/19; JFJ Nº 0126-04/19; JFJ Nº 0178-05/17 e JFJ Nº 0146-04/18 relativos a decisões favoráveis aos contribuintes em relação aos argumentos acima apresentados.

Requer que seja decretada a nulidade total do auto de infração, ou se assim não entender, que seja julgado totalmente improcedente.

Em 14/07/2021 peticionou juntada de “Demonstrativo: Erro na aplicação da alíquota” às fls. 54 a 62 no qual relacionou os produtos e indicou a situação.

O autuante na informação fiscal apresentada (fls. 64 a 77) afirmou que em relação aos itens da defesa:

1. A alíquota utilizada em suas vendas para empresas optantes do Simples Nacional só será de 7% para a situação prevista no Art. 16, I, “c” da Lei 7.014/96 (fls. 64/65), relativo a *mercadorias*

saídas diretamente do estabelecimento fabricante, que não é a situação do contribuinte inscrito com código de atividade 4711302 - Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – supermercados;

2. Nesta infração não há nenhuma mercadoria que está incluída no Anexo 01 do RICMS/12. Todas as mercadorias são tributadas;
3. Não foi relacionada nenhuma nota fiscal emitida para fora do Estado. E no demonstrativo foi utilizada a alíquota de 4% em vendas dentro do Estado;
4. Não foi relacionada nenhuma nota fiscal emitida para fora do Estado. Inclusive, todas as operações de venda são com CFOP de vendas internas;
5. A legislação estabelece que haja a redução da base de cálculo para atingir a carga tributária determinada. Quando há redução de base de cálculo, caso a alíquota seja 18%, a carga tributária é menor. Foi concedida redução de base de cálculo a todas as mercadorias que têm direito;
6. Nesta infração não há nenhuma mercadoria isenta relacionada no demonstrativo.

No tocante aos itens contestados que foram indicados no demonstrativo da folha 54 a 62, afirma que foram verificados que:

Delícias do Brasil pé de moleque, NCM 19019090 não está incluído no anexo 01 do RICMS/12. Tributada sem redução de base de cálculo.

Gelatina, NCM 21069029 não está incluído no anexo 01 do RICMS/12. Tributada sem redução de base de cálculo.

Lava a seco, NCM 34022000, sabão líquido, NCM 34012090, sabão em pó, NCM 34012090, escova novíça, NCM 96031000, rodo, NCM 39249000, vassoura, NCM 96031000, álcool, NCM 22072019, lâ de aço, NCM 73231000, detergente, NCM 34022000, refil pastilha citro, NCM 38099190, repelente, NCM 38089199, amaciante, NCM 38099190, desinfetante, NCM 38089419, multi uso, NCM 34022000, flanela, NCM 63071000, limpa alumínio, NCM 34022000, saco p/lixo, NCM 39232110, esponja, NCM 39249000, harpic, NCM 38089419, pano de chão, NCM 63071000 e outros itens considerados material de limpeza foram retirados da substituição tributária em 01/02/2015. São tributadas sem redução de base de cálculo.

Desodorante, NCM 33072010, condicionador, 33059000, shampoo, NCM 33051000, creme de pentear, NCM 33059000, sabonete, NCM 34011190, creme de barbear, NCM 33071000, esmalte, NCM 33043000, acetona, NCM 33043000, creme hidratante, NCM, loção body, NCM 33049910, leite rosas, NCM 33072010, tintura para cabelo, NCM 33059000, gel para cabelo, NCM 33059000 não estão incluídos no anexo 01 do RICMS/12. São tributadas sem redução de base de cálculo.

Balde concreto, NCM 39259090 não está incluído no anexo 01 do RICMS/12. Tributado sem redução de base de cálculo.

Extrato elefante lata, NCM 20029090, não está incluído no anexo 01 do RICMS/12. Tributado sem redução de base de cálculo.

Sucos, NCM 22029900, refresco em pó, NCM 21069010, tridente T2 (diversos sabores) NCM 21069050, Refresco TANG, NCM 21069010, Energ. Guarathon, NCM 20099000, Necta Dafruta Caju, NCM 22029900 não estão incluídos no anexo 01 do RICMS/12. Tributados sem redução de base de cálculo.

Óleo canola Sinhá, NCM 15141910, Margarina Delicia CREM, NCM 15171000, Achocolatado em pó, NCM 18069000 não estão incluídos no anexo 01 do RICMS/12. Tributados normalmente sem redução de base de cálculo.

Diversas bebidas alcóolicas do demonstrativo não estão incluídas no anexo 01 do RICMS/12 e são tributadas sem redução de base de cálculo.

Diversas Lâmpadas, NCM 85437099 não estão incluídas no anexo 01 do RICMS/12. Tributadas sem redução de base de cálculo.

Arrozina, NCM 19011030, Mucilon, NCM 19011090, Farofa pronta, NCM 19011090, Pó para gelatina, NCM 21069029, bebida lactes, NCM 22029900, Chantily Fleischmann, NCM 21069090, Truffas, NCM 19059090, Proteína texturizada de soja, NCM 21061000, Doce de leite Veneza, NCM 1901900, Chamyto, NCM 22029900, Pudim de leite, NCM 21069021, Lanches-UN NCM 1905909, Americano de Pizza, NCM 19023000, Gelo em cubo, NCM 22019000, Tilápia Temperada, NCM 03032300, Empadinha, NCM 19023000, não estão incluídos no anexo 01 do RICMS/12. Tributados sem redução de base de cálculo.

Torta de ganache, NCM 19059090 não está incluída no anexo 01 do RICMS/12. Tributada sem redução de base de cálculo.

Hastes flexíveis e Hastes bastonete, NCM 56012190, não estão incluídos no anexo 01 do RICMS/12 a partir de 2019. Tributadas sem redução de base de cálculo.

Creme dental, NCM 33061000, não está incluído no anexo 01 do RICMS/12 a partir de 2019. Tributado sem redução de base de cálculo.

Charque – carne bovina salgada, NCM 02102000 não está incluído no anexo 01 do RICMS/12. Tributada, tem redução de base de cálculo e foi concedida nos cálculos.

Água oxigenada farmax, NCM 2847000, não está incluída no anexo 01 do RICMS/12. Tributada sem redução de base de cálculo.

Esfirra de carne com queijo, NCM 19023000, não está incluída no anexo 01 do RICMS/12. Tributada sem redução de base de cálculo.

Luva látex, NCM 401519000, não está incluída no anexo 01 do RICMS/12. Não é luva de procedimento. Tributada sem redução de base de cálculo.

Linguiça não está incluída no anexo 01 do RICMS/12. Tributada sem redução de base de cálculo.

Cola PVC 17G Amazonas, NCM 35061090, não está incluída no anexo 01 do RICMS/12. Tributada sem redução de base de cálculo.

Adoçante Assugrin Sacarina, NCM 21069090, não está incluído no anexo 01 do RICMS/12. Tributado sem redução de base de cálculo.

Filtro Papel Jovita, NCM 48232099, não está incluído no anexo 01 do RICMS/12. Tributado sem redução de base de cálculo.

Salgados congelados, NCM 19023000, não está incluído no anexo 01 do RICMS/12. Tributado sem redução de base de cálculo.

Tomada Ilumi Stylus 2P+T 20ª, NCM 85366910, não está incluída no anexo 01 do RICMS/12. Tributada sem redução de base de cálculo.

Soquete Ilumi Nylon c/rabicho eco, NCM 94051099, não está incluído no anexo 01 do RICMS/12. Tributado sem redução de base de cálculo.

Concluiu dizendo que mantém a infração integralmente.

A Inspeção Fazendária cientificou o estabelecimento autuado da informação fiscal por meio do DTE (fl. 70).

Na manifestação sobre a informação fiscal, o autuado diz que *“se afigura repleta de vícios que o macula e fragiliza, haja vista a dificuldade de se conhecer a verdade real, para quando se aplicar o direito positivo ao caso concreto, alcançar-se a eficácia desejada de modo a se atingir uma justa decisão”*.

No mérito, repete que:

“Não cabe a aplicação da alíquota de 18% nas saídas de mercadorias para empresas optantes do Simples Nacional, uma vez que a alíquota aplicável é de 7%; não cabe a aplicação da alíquota de 18% nas operações que não tem destaque do imposto como mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada; não cabe a aplicação da alíquota de 18% nas saídas interestaduais subsequentes à importação de mercadorias importadas, com similar nacional, uma vez que a alíquota aplicável é 4%; não cabe a aplicação da alíquota de 18% nas saídas interestaduais de mercadorias para destinatários que possuam inscrição estadual, mas sim a alíquota de 12%; não cabe a aplicação da alíquota de 18% nas saídas de mercadorias para destinatários de operações sujeitas à redução da base de cálculo do ICMS e também não cabe a aplicação da alíquota de 18% nas saídas de mercadorias para destinatários de operações beneficiadas com isenção do ICMS”.

Conclui argumentando que diante de tais incongruências, confusa e obscura descrição dos fatos, incorreções e carências que impedem determinar a natureza da acusação e o montante do débito tributário, requer que seja declarado nulo nos termos do art. 18, incisos II e IV do RPAF-BA.

Transcreve as ementas dos Acórdãos que foram indicados na defesa e requer que se não declarado NULO, por falta de certeza e liquidez e por inobservância do devido processo legal, que seja julgado totalmente IMPROCEDENTE.

O autuante na segunda informação fiscal (fls. 80/81) afirma que os questionamentos que foram repetidos na manifestação do impugnante foram esclarecidos na informação fiscal, transcrevendo as alegações, a exemplo da alíquota de 7% para contribuintes optantes do Simples Nacional que na informação fiscal foi esclarecido que só se aplica às saídas de estabelecimentos industriais, que não é o caso do autuado com atividade de supermercado.

Diz que a infração está devidamente explicada, é clara, como indicado no demonstrativo e não tendo apresentado qualquer informação nova, fica mantida.

VOTO

O Auto de Infração acusa recolhimento a menor do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação.

Inicialmente cabe apreciar a nulidade suscitada sob alegação de insegurança da infração, falta de clareza e preterição do direito de defesa. Constatado que na infração foi descrito que o contribuinte aplicou alíquota diversa da prevista na legislação do ICMS, cujo demonstrativo (fl. 10 gravado na mídia de fl. 7) foi indicado a alíquota que foi aplicada por produto, com indicação da correta e da diferença devida. Na impugnação, o estabelecimento autuado indicou supostos equívocos cometidos pela fiscalização e na informação fiscal foi esclarecida a situação de todos os produtos.

Pelo exposto, entendo que a descrição da infração e esclarecimentos prestados na informação fiscal possibilitaram a compreensão da infração e exercer o seu direito de defesa. Portanto, não se coaduna com as diversas decisões proferidas por este CONSEF, contidos nas ementas transcritas na defesa e manifestação, inexistindo situação em que caracterize falta de elementos suficientes para determinar com segurança a infração e o infrator, e também não ficou caracterizado preterição do direito de defesa previsto no art. 18, II e IV do RPAF/BA. Dessa forma, fica indeferido o pedido de nulidade do auto de infração.

No mérito, na defesa apresentada o sujeito passivo indicou diversas situações que entendeu não caber a aplicação de alíquota de 18% o que foi rebatido ponto a ponto na informação fiscal e não foi apresentado nada de novo na manifestação acerca dela, e sim repetição dos argumentos da impugnação inicial.

Tomando por exemplo o primeiro argumento de que não foi considerada a aplicação da alíquota de 7% nas saídas de mercadorias para empresas optantes do Simples Nacional, o autuante informou que só se aplica as saídas efetuadas por estabelecimentos industriais, nos termos do Art. 16, I, “c” da Lei 7.014/96, que não se aplica ao estabelecimento autuado que exerce atividade de “Comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – supermercados”. Portanto, assiste razão à fiscalização de que as operações de saída do estabelecimento comercial não são contempladas com a redução da alíquota prevista para estabelecimento industrial. Portanto, não procede a repetição do argumento na manifestação acerca da informação fiscal.

Outra alegação defensiva foi de que não foi considerada a aplicação da alíquota de 12% nas operações interestaduais destinadas a contribuintes do ICMS, tendo sido esclarecido na informação fiscal que a infração não contempla qualquer operação interestadual e não foi apresentado nenhuma prova em contrário. Como se trata de infração em que os dados foram coletados na Escrituração Fiscal Digital (EFD) do próprio estabelecimento autuado, o mesmo dispõe dos dados e caberia a ele apresentar as provas acerca de suas alegações, o que importa em presunção de legitimidade da autuação fiscal nos termos dos artigos 142 e 143 do RPAF/BA.

Ainda com relação às mercadorias que o autuado alegou serem enquadradas no regime de substituição tributária com fase de tributação encerrada, a fiscalização na informação fiscal demonstrou a exemplo de “*Extrato elefante lata*, NCM 20029090, *não está incluído no Anexo 1 do RICMS/12. Tributado sem redução de base de cálculo*”, bem como indicou os produtos que foi tributado com redução de base de cálculo, a exemplo do produto “*Charque – carne bovina*”.

salgada, NCM 02102000 *não está incluído no anexo 01 do RICMS/12. Tributada, tem redução de base de cálculo e foi concedida nos cálculos*”. Na manifestação não foram contestados os esclarecimentos prestados na informação fiscal.

Pelo exposto, concluo que os equívocos indicados na impugnação inicial, foram esclarecidos na informação fiscal e tendo o estabelecimento autuado sido cientificado da mesma por meio do DTE, a apresentação na manifestação dos mesmos argumentos defensivos, sem fazer prova por meio de documentos fiscais as informações prestadas pela fiscalização, incorre na aplicação do disposto nos artigos 140 e 142 do RPAF/BA. Ou seja, diante da não contestação, deve ser admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas, mesmo porque a prova do fato controverso está contida na EFD do estabelecimento autuado e das notas fiscais escrituradas, tanto de entrada, como de saída, que dela dispõe, importando em presunção de veracidade da afirmação por parte do autuante.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281394.0013/20-0**, lavrado contra **PARA TODOS SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 196.735,36**, 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, 18 de agosto de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR