

A. I. N° - 281424.0004/21-5

AUTUADO - BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.

AUTUANTE - CARLITO NEVES DE LACERDA JÚNIOR e AUGUSTO RICARDO JANSEN FERRARI

ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO

PUBLICAÇÃO INTERNET - 08/04/2025

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0045-01/25-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. MERCADORIAS ESCRITURADAS. Restou comprovado o recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Indeferido o pedido de diligência/perícia. Infração caracterizada. Auto de infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/11/2021, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$ 32.772,20, acrescido da multa de 60%, imputando ao autuado o cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS:

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, nos meses de janeiro a dezembro de 2018.

“Operações Interestaduais. Aplicação de alíquota para produtos importados (4%) em operações com mercadorias de origem nacional”.

Enquadramento legal: artigos 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96. Multa prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 01/12/2021 e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 31/01/2022, peça processual que se encontra anexada às fls. 126 a 137. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu advogado, o qual possui os devidos poderes, conforme instrumentos de procuração e substabelecimento, constantes nos Autos às fls. 139/141 e 144/145.

Em sua peça defensiva, a Impugnante inicia fazendo comentários sobre a tempestividade da impugnação.

Em seguida suscita a nulidade do lançamento fiscal sob alegação de que houve preterição do direito de defesa da Impugnante.

Assinala que em momento algum da autuação, sobretudo no Anexo 01 do Auto de Infração, na planilha Excel, há a indicação do enquadramento legal respectivo às notas fiscais autuadas.

Considera que o autuante não promoveu a fundamentação legal para as mercadorias questionadas, deixando de citar a sistemática tributária a qual cada uma destas está submetida, medida que diz impedir a verificação do montante autuado.

Aduz que a ausência de indicação da legislação tributária utilizada para determinar a alíquota supostamente devida impede a conferência e a defesa da Empresa.

Entende cerceado seu direito de defesa, pontuando que ao cotejar os dados constantes na planilha “Erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”, observa que se encontram ausentes as provas que respaldam a infração.

Questiona quais seriam as normas infringidas pelo impugnante e se todos os produtos autuados estão sujeitos a mesma tributação.

Alegando que não é possível responder aos questionamentos acima, aduz que o autuante não se desincumbiu do ônus da comprovação dos fatos por ele alegados, perfilhando sentido contrário à Verdade Material e aos princípios do Contradictório e da Ampla Defesa.

Considera que o autuante estabeleceu uma metodologia inusitada, sem fundamento legal, para presumir o montante do imposto supostamente devido, apresentando dados e planilha genérica.

Cita o inciso LV, art. 5º, da C. F., o art. 142, do CTN, bem como o art. 18, II, do Decreto nº 7.629/99, ratificando o pedido de nulidade por preterição do direito de defesa.

Em segunda preliminar, argui a nulidade da autuação por aplicação de alíquota genérica.

Alega que o autuante aplicou a alíquota de 12% na lavratura do Auto de Infração para todos os produtos informados nas notas fiscais de saída.

Pontua que a suposta tributação equivocada de algumas notas fiscais não é razão suficiente para alterar a alíquota do ICMS ou fundamentação para aplicação de uma alíquota genérica.

Diz que a autuação deveria observar quais produtos constam nas notas fiscais autuadas e o respectivo regime tributário a que está submetido, contendo as informações sobre as alíquotas aplicadas com a discriminação das operações detalhadas, e que isto não ocorrendo, a autuação é ilíquida e incerta.

Menciona que a discussão já foi objeto de julgamento no Tribunal Administrativo do Estado de Pernambuco, transcreve parte da decisão no AI SF 2018.000006483348-11, e volta a citar o art. 5º, LV, da C.F. e o art. 18 do Decreto nº 7.629/99.

Salienta que a ausência de detalhamento do regime fiscal e da alíquota aplicável a cada mercadoria não se trata de mera incorreção ou omissão formal, aos requisitos de validade do lançamento, maculando o trabalho fiscal e ao Impugnante o seu direito de defesa.

No mérito, questiona o percentual da multa aplicada.

Entende que duas razões afastam a possibilidade de aplicação de multa no patamar de 60%: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco.

Argumenta que inexistindo o elemento subjetivo do tipo infracional, afasta-se a possibilidade de aplicação da multa, ou impõe-se sua exclusão, ou, quando menos, sua redução.

Considera que a multa aplicada viola frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV, da Constituição Federal.

Nesse contexto, assevera que em julgados mais recentes, proferidos inclusive em sede de controle concentrado, com efeitos vinculantes e erga omnes, o Supremo Tribunal Federal consolidou seu entendimento, tanto pela possibilidade de aplicação do princípio da vedação de confisco às multas tributárias, quanto para estabelecer entre 20% e 30% o parâmetro razoável a título de penalidade, superior ao qual se adentra na esfera do confisco.

Traz à colação parte de RE 523471 AgR, do STF, e Apelação cível nº 2007.007015-6, do TJRN.

Dessa forma, requer o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Por outro lado, entende que deve ser levado em consideração também o benefício da dúvida.

Cita o art. 112, do CTN, dizendo que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte.

Ao final, apresenta os seguintes pedidos:

- i) reconhecimento da nulidade e/ou improcedência do crédito tributário exigido no Auto de Infração, diante da impropriedade da exigência fiscal, tanto pelo cerceamento do direito de defesa, como, no mérito, na completa ausência de correspondência entre o Auto de Infração e a legislação tributária estadual;
- ii) em não sendo acolhido o pedido anterior, seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco;
- iii) em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Impugnante (art. 112 do CTN).

Protesta, ainda, pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

O autuante Carlito Neves de Lacerda Junior presta informação fiscal, às fls. 173 a 177, inicialmente rebateando as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado.

Afirma que as alegações da Defendente não representam a realidade, e que a fundamentação jurídica do ilícito tributário cometido está descrita de forma clara no corpo do Auto de Infração, assim como o enquadramento legal.

Ressalta que conforme as descrições, a infração teve como base a aplicação de alíquotas indevidas em operações de saídas de mercadorias.

Destaca que as demais especificações da infração como as alíquotas equivocadamente aplicadas, notas fiscais, chaves das NFe, itens, destinatários, tipo de operação, bases de cálculo, alíquotas corretas, valor do ICMS calculado pela fiscalização, montante recolhido a menor e demais informações, estão detalhadas no demonstrativo da fiscalização de fls. 09 a 11, cuja integralidade se encontra na mídia tipo CD-R de fls. 101, bem como, nos anexos do auto de infração.

Considera que a Impugnante não compulsou os autos com a devida atenção, e que ao se analisar o referido demonstrativo da fiscalização as seguintes informações estão notadamente especificadas:

- *Tipo de operação: todas as operações estão especificadas com o Código Fiscal de Operações e Prestações – CFOP – 6152, que significa “SAÍDAS OU PRESTAÇÕES DE SERVIÇOS PARA OUTROS ESTADOS - Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros”, ou seja, todas as operações referem-se a transferências interestaduais, onde se observa que os destinatários se encontram no Estado de Sergipe, sem exceção.*
- *A alíquota indevida aplicada pela Autuada foi a de 4% (em todas as operações listadas), alíquota esta que deve ser utilizada somente nas operações interestaduais com mercadorias importadas, o que não é o caso, pois as operações autuadas são com produtos nacionais, conforme extensa documentação juntada aos autos pelo autuante no Anexo 1 denominado de NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS DE FORNECEDORES – PRODUTOS NACIONAIS (fls. 32 a 100), onde se aponta as notas fiscais das operações de entradas (fornecedores) desses produtos, indicando a origem nacional dos mesmos, pois as alíquotas aplicadas nessas operações são de 7 ou de 12% e com código de situação tributária – CST – demonstrando também a origem nacional dos itens.*

Assinala que com isto, a Impugnante infringiu a legislação do ICMS ao efetuar operações interestaduais aplicando a alíquota de 4%, ao invés de utilizar a de 12%, pois se referem a produtos de origem nacional.

Destaca que este fato é claramente uma infração, conforme dispõe o Artigo 15, Inciso II, da Lei nº 7.014/96, que transcreve.

Enfatiza que todas as informações necessárias à fundamentação legal da infração em comento estão explicitadas nos autos.

Em relação ao questionamento sobre aplicação de alíquota genérica para todos os produtos, assinala que, conforme já explicitado, a aplicação da alíquota pelo autuado foi efetivada de modo equivocado. Explica que a fiscalização então aplicou às operações/produtos indicados a alíquota correta de 12%, em consonância com o que determina a legislação. Dessa forma, diz que não se trata de uma “alíquota genérica”, mas sim de uma alíquota específica para as operações e itens indicados na autuação.

Ratifica que o relatório analítico já citado e os documentos apresentados pelo autuante neste processo, trazem todas as demais informações possíveis para que a autuada pudesse, com clareza e segurança jurídica, analisar o presente auto de infração.

Salienta que em nenhum momento a autuada aponta qualquer inconsistência no relatório ou em documentos apresentados, preferindo apenas vislumbrar a inexistência dos dados constantes nos mesmos.

No que diz respeito a multa aplicada, expõe que a mesma está amparada pelo artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei 7.014/96, que se trata de multa por descumprimento de obrigação principal, estando vinculada à infração cometida, e que sua aplicabilidade independe da intenção do agente.

Ressalta que não há previsão legal que autorize a não aplicação ou a redução pleiteada, e que falece competência ao autuante para se pronunciar a respeito da ilegalidade ou constitucionalidade da mencionada lei.

Ao final, dizendo que não há como prosperar a aplicação do princípio “in dúvida pro contribuinte”, uma vez que não existem dúvidas quanto à infração imputada, solicita que seja o presente PAF julgado PROCEDENTE em sua plenitude.

Na sessão de julgamento, por videoconferência, foi realizada sustentação oral pelo advogado, Dr. Giovani Tadeu Cordeiro, OAB-PE nº 46.587.

Na oportunidade, o patrono acrescentou que, tratando-se as operações questionadas de transferências interestaduais, não deveria haver exigência de tributação, citando as recentes decisões do STF.

VOTO

O Autuado inicia sua Defesa suscitando a nulidade do lançamento fiscal por preterição do direito de defesa, em virtude de suposta ausência de fundamentação legal para infração em comento.

Alegou que o Autuante deixou de citar a sistemática tributária em relação às mercadorias constantes do auto de infração em comento, medida que, segundo seu entendimento, impediria a verificação do montante autuado.

O sujeito passivo, ainda, pugnando pela nulidade da autuação, apontou suposta aplicação de alíquota genérica para todos os produtos informados nas notas fiscais de saídas, aduzindo também que “a autuação deveria observar quais produtos constam nas notas fiscais autuadas e o respectivo regime tributário a que está submetido, contendo as informações sobre as alíquotas aplicadas com a discriminação das operações detalhadas”.

Todavia, descabem as alegações defensivas, uma vez que a fundamentação jurídica do ilícito tributário do qual é acusado está descrita de forma clara no corpo do Auto de Infração, assim como o enquadramento legal.

As demais especificações da infração como as alíquotas equivocadamente aplicadas, notas fiscais, chaves das NFe, itens, destinatários, tipo de operação, bases de cálculo, alíquotas corretas, valor do ICMS calculado pelo autuante, montante recolhido a menor e demais informações, estão detalhadas no demonstrativo da fiscalização às fls. 09 a 11, e integralmente na mídia tipo CD-R à fl. 101.

Portanto, todas as informações necessárias à fundamentação legal da infração em comento estão explicitadas nos autos, e seus relatórios analíticos demonstram clareza e segurança jurídica, permitindo o pleno exercício da defesa.

Em relação ao questionamento sobre aplicação de alíquota genérica para todos os produtos, verifica-se que a fiscalização aplicou às operações/produtos indicados a alíquota correta de 12%, em consonância com o que determina a legislação, para a situação em lide.

Destarte, constato que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não sendo constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos acostados aos autos.

O sujeito passivo pode exercer de forma plena o seu direito ao exercício do contraditório, restando evidenciado que o Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) - Decreto nº 7.629/99.

Quanto ao pedido de perícia/diligência, apresentado no final da peça defensiva, fica rejeitado, com base no art. 147, inciso I, "a" e II, "b", do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide.

No mérito, o presente Auto de Infração exige crédito tributário, acusando o autuado de ter recolhido a menor ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, tendo em vista ter aplicado alíquota para produtos importados (4%) em operações interestaduais com mercadorias de origem nacional.

O autuado limitou-se nesse momento, a negar o cometimento da infração, questionando o percentual da multa aplicada, porém não apresentou qualquer elemento ou documento que pudesse contrapor ao levantamento fiscal apresentado. Não indicou especificamente qualquer erro no cálculo do imposto devido.

Por outro lado, o autuante amparou seu trabalho, nas diversas planilhas, acima mencionadas no exame das preliminares, onde resta demonstrado o recolhimento a menor do imposto, por parte do autuado, em função do mesmo ter aplicado a alíquota de 4% nas operações questionadas.

Ressalto que a referida alíquota deve ser utilizada somente nas operações interestaduais com mercadorias importadas, sendo que na situação dos autos, as operações autuadas elencam produtos nacionais, conforme se verifica na documentação juntada aos autos pelo autuante no Anexo 1 denominado de NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS DE FORNECEDORES – PRODUTOS NACIONAIS (fls. 32 a 100). No citado Anexo são apontadas as notas fiscais das operações de entradas (fornecedores) desses produtos, indicando a origem nacional dos mesmos, inclusive com código de situação tributária – CST – demonstrando também a origem nacional dos itens.

Portanto, restou confirmado que o autuado efetuou operações interestaduais (oriundas do Estado de SE) aplicando a alíquota de 4%, ao invés de utilizar a de 12%, para as situações acima mencionadas, resultando no recolhimento a menor do ICMS, ora exigido na autuação.

Vale registrar, que nos termos do art. 123, do RPAF-BA/99, foi garantido ao autuado o direito de fazer a impugnação do lançamento de ofício, aduzida por escrito e acompanhada das provas que possuísse, inclusive, levantamentos e documentos referentes às suas alegações.

No entanto, em sua defesa anexada aos autos o autuado nega a acusação que lhe foi imputada, mas não traz aos autos nenhum documento ou levantamento que aponte erro na apuração efetuada pelo autuante, sendo que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143, do RPAF/99).

No exercício da sustentação oral das razões defensivas, na assentada do julgamento, o patrono do autuado acrescentou que, tratando-se as operações questionadas de transferências interestaduais, não deveria haver exigência de tributação, citando as recentes decisões do STF.

Entretanto, a modulação da ADC 49 definiu o seguinte: a) declaração de inconstitucionalidade dos artigos 11, § 3º, II, 12, I, no trecho ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, e 13, § 4º, da Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996, que só produzirá efeito em 2024; b) a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 11, § 3º, II, 12, I, no trecho ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular, e 13, § 4º, da Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996 que produzirá efeito, antes de 2024, somente referente aos processos administrativos e judiciais iniciados antes 04/05/21, mas ainda pendentes de conclusão.

Destarte, os processos iniciados depois de 04/05/21, pendentes de conclusão até 2024, NÃO deverão obedecer imediatamente aos ditames da ADC 49, devendo ser declarada a procedência do lançamento, em lide, no que se refere à cobrança do ICMS nas transferências, tendo e vista que o lançamento fiscal ocorreu em 29/11/2021.

Cabe ainda mencionar, que a arguição de que a multa aplicada tem caráter confiscatório não subsiste. Não há que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, além de serem, no presente caso, corolários do princípio do não confisco, não encontram amparo fático, na medida em que a multa aplicada é adequadamente modulada para o desestímulo ao descumprimento da obrigação tributária ora apurada.

Ademais, este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, do RPAF/BA, além do que, as decisões dos Tribunais apontados pelo autuado não vinculam os atos administrativos dessa unidade federativa.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281424.0004/21-5**, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 32.772,20**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2025.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR