

A. I. N° - 232941.1016/14-6
AUTUADO - PIANNA COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - KLEITON GUSMÃO SCOFIELD
ORIGEM - INFRAZ T. FREITAS
INTERNET - 15.09.2015

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0156-02/15

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. Defesa apresentou elementos elidindo parte do valor autuado. Revisão fiscal realizada pelo próprio autuante, reduziu valor da imputação, sendo o novo valor acolhido pelo contribuinte. Infração parcialmente caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração reconhecida. Afastada arguição de nulidade. Não acolhido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 17/06/2014, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$60.568,99, em razão de:

INFRAÇÃO 01 – 03.02.02 – Recolheu a menor o ICMS em razão de aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor histórico de R\$58.286,81.

INFRAÇÃO 02 – 01.02.06 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. Valor histórico de R\$2.282,18.

O autuado apresentou defesa, fls. 33 a 54, inicialmente reproduz a infração 01, transcrevendo os artigos relativos ao enquadramento legal, até à folha 42 dos autos.

Salienta que a defesa é parcial, reconhecendo integralmente à infração 02 e parcialmente à infração 01, no valor de R\$11.353,64.

Prosseguindo, argui nulidade citando a Constituição Federal, alegando que a legislação tributária prevê entre outras exigências i) a fundamentação legal do lançamento, ii) a descrição correta da infração à legislação tributária e da penalidade proposta.

Aduz que o auto de infração não atende esses requisitos porque consigna uma imputação genérica ancorada em dispositivos legais extremamente abrangentes os quais não só dificultaram a defesa como instalaram incerteza sobre a correta base adotada na infração viciando de nulidade o auto de infração, transcrevendo trecho do artigo 18 do RPAF.

Aduz que não se trata de erro de indicação de dispositivo legal, mas de insuficiência de prova da infração fiscal em relação à capitulação legal adotada.

Destaca que a busca pela prova da infração fiscal não pode ser presumida. Pois, meros indícios, de forma isolada, não têm força de constituir prova indiciária. Mesmo nas situações de arbitramento da base de cálculo da mercadoria em situação irregular se impõe a correta identificação dessa base.

Em outro tópico da defesa denominado de “*Desqualificativo da autuação. Isenção para produtos importados e das remessas para estabelecimentos da Recorrente. A hipótese de suspensão de ICMS*”, ressalta que é revendedora de maquinário agrícola, entre o qual se destacam inúmeras máquinas sem similar

nacional – situação amparada por isenção no RICMS/BA. O levantamento fiscal, base da autuação, não faz nenhuma remissão a esses maquinários – produtos isentos; muito menos às remessas entre estabelecimentos da recorrente, facilmente compreendidas na designação mão de obra – hipótese amparada pela isenção de diferencial de alíquotas.

Frisa que o auto de infração se limita a impor a alíquota de 17% a todas as operações sem nenhuma indicação de sob qual alíquota a recorrente promoveu o recolhimento, cerceia assim por completo a possibilidade de aferição da correção a base de cálculo arbitrada em complementação – elemento constitutivo do montante cobrado, afrontando ao devido processo legal ante a omissão de informação vital à composição da defesa.

Aduz que a nulidade do auto de infração advém dos próprios elementos de prova, conflitantes com o enquadramento legal excessivamente genérico sem qualquer detalhamento pelo agente fiscal. Trata-se de vício material, pois a insegurança na base determinação da infração não pode ser convalidada.

Salienta que do simples exame do levantamento fiscal não ostenta:

- a) a descrição do fato no lançamento não mantém coerência com os demonstrativos ou documentos anexados pelo autuante,*
- b) a descrição do fato no lançamento não mantém coerência com a fundamentação legal da suposta infração,*
- c) ocorreram divergências de valores entre os levantamentos integrantes do lançamento, ou destes com o auto de infração,*
- d) o lançamento foi instruído com levantamento incompleto, que não confirma a suposta infração objeto da autuação,*
- e) há insegurança quanto à denominação do produto, ou quanto ao agrupamento de produtos diversos, no levantamento específico, [...]"*

Destaca que a Diligência, expressamente requerida, nesta oportunidade, pela Recorrente exporá que a par do montante reconhecido pela defesa o lançamento fiscal não se sustenta. Nesse aspecto o montante reconhecido é o lançamento correto e ele contradita a autuação.

Afirma que não realizou as operações de que é acusada, as próprias provas carreadas aos autos dão conta disso, a par do claro cerceamento de defesa cometido pela autuação genérica. Por outro lado, as operações fiscalizadas estão amparadas, no todo ou em parte, por benefício fiscal (isenção e redução de base de cálculo, respectivamente) não considerado pela autoridade fiscal, na apuração do imposto a recolher.

Alega isenção de ICMS para Aquecedor solar, na forma do Convênio ICMS 101/1997 (isenção de ICMS da energia solar e eólica) e Decreto 13.780/2012 (RICMS/BA) art. 264, inc. XIX.

Informa que mesmo o Decreto regulador do RICMS anterior dava isenção, por acolher a normativa então vigente nos termos do art. 2º:

Art. 2º Ficam recepcionadas por este Decreto as normas dos convênios, ajustes e protocolos firmados entre o Estado da Bahia e as demais unidades da Federação, acerca de benefícios fiscais e obrigações tributárias, inclusive substituição tributária, naquilo em que forem compatíveis com o Regulamento ora aprovado.

Sustenta que o nome dado aos aquecedores (marca) é irrelevante para a caracterização do fato gerador (§ 3º, art. 1º) do RICMS da época. Deste modo, não ocorrido o fato gerador não há como salvaguardar a autuação da nulidade e/ou improcedência. Não há espaço nem sequer para a exigência de diferença de alíquotas dada a expressa vedação assinalada do RICMS

Art. 7º Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas:

III - se a operação de remessa for realizada com:

- a) não-incidência do imposto; ou*
- b) isenção decorrente de convênio; (grifou)*

Por causa da taxatividade do Convênio 101/2007 incabível a arguição quanto à necessidade de satisfação de condições para fruição do benefício fiscal (art. 11 do RICMS).

Art. 34. O contribuinte fará jus a todo e qualquer incentivo, estímulo, favor ou benefício fiscal que venha a ser concedido mediante convênio celebrado e ratificado na forma prevista em lei complementar.

Outro aspecto a ser considerado é a completa falta de informação sobre a excepcionalidade da aplicação da alíquota de 12% (doze por cento) prevista no § 5º do art. 51 do RICMS.

Entende que houve erro na determinação da alíquota, 2011, pois entre as operações há ainda serviços de mão de obra (interna, externa e como garantia):

<i>Código</i>	<i>Produto</i>	<i>Qtd de ocorrências</i>
9201001-7	<i>Mão de obra mecânica externa</i>	09
9201002-5	<i>Mão de obra locomoção externa</i>	08
9101001-4	<i>Mão de obra mecânica interna</i>	09
MEC	<i>Mão e obra mecânica/garantia</i>	09
2120003	<i>Aquecedor solar 304 Heliotek MH550</i>	03
2120009	<i>Aquecedor solar 316 Heliotek MK500</i>	04
2120008	<i>Aquecedor solar 304 Heliotek MK800</i>	01
2120004	<i>Aquecedor solar 304 Heliotek MH350</i>	03
2120016	<i>Aquecedor solar 316 Heliotek MK300</i>	02

Observa que a atividade comercial do autuado, ostentada pelo CNAE pertinente a máquinas, aparelhos e equipamentos agropecuários há ainda divergência no que refere a aferição do “ICF” foi utilizada uma referência incompatível, ou seja, a tributação pelo ICMS de mão de obra, que é sujeita a incidência do ISS.

Friza que o levantamento fiscal confundiu relatórios contábeis-fiscais tributando, incorretamente, as operações de mão de obra cuja incidência é do ISS.

Assegura que a imposição da multa no percentual de 60% é irrazoável e confiscatória, fazendo-se necessária a sua redução em sintonia com previsão do próprio RPAF, conforme abaixo:

Art. 158. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo. (RPAF)

Reitera o pedido de diligência.

Ao final, requer que:

- 1) *A admissão, processo e julgamento de defesa;*
- 2) *A deliberação do reconhecimento parcial do débito com adoção das providências cabíveis, particularmente a redução da penalidade, para efetivo pagamento;*
- 3) *A atribuição de efeito suspensivo;*
- 4) *A deliberação das preliminares argüidas com o reconhecimento da nulidade do auto de infração;*
- 5) *Se, inacolhidas as preliminares a realização de diligência para aferição das divergências, suspensões e isenções de ICMS suscitadas;*
- 6) *No mérito, a nulidade e/ou improcedência da autuação fiscal com a desconstituição do crédito tributário e auto de infração seguida da extinção do PAF.*

Às folhas 66 a 69, o autuado acosta DAE, comprovante de pagamento e planilhas com os valores reconhecidos.

O autuante, fls. 674 e 675, ao prestar a informação fiscal, destaca que, após a defesa apresentada, refez os cálculos apontado em Novo Cálculo o que faz justiça ao valor correto que deverá ser cobrado de R\$13.635,82, acostando demonstrativo às folhas 676 e 677.

As folhas 679 e 680, foi acostado pela Coordenação Administrativa do CONSEF relatório do SIGAT- Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – Detalhamento de Pagamento PAF, constando o pagamento do valor histórico de R\$ 13.635,82, correspondente ao valor apurado na informação fiscal.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multa por descumprimento de obrigações assessórias decorrente de 02 (duas) infrações.

Em sua manifestação defensiva o sujeito passivo reconhece a procedência da infração 02, tendo efetuado o pagamento, conforme relatório do SIGAT- Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – Detalhamento de Pagamento PAF, acima relatado. Portanto, não existindo lide, entendo que a mesma restou caracterizada.

Assim, no caso em tela, a lide persiste em relação à infração 01, a qual passo a analisar.

Na infração 01 é imputado ao sujeito passivo ter recolhido menor o ICMS em razão de aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Afasto a arguição de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação parcial da infração 01, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infração imputada.

Cabe registrar que o sujeito passivo, após revisão fiscal, recolheu integral o valor resultante da revisão realizada pelo autuante, conforme relatório do SIGAT- Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – Detalhamento de Pagamento PAF, acima relatado, restando evidente a coerência entre os demonstrativos e documentos acostado pelo autuante, bem como, que o levantamento fiscal foi completo, confirmando a infração apontada. De igual forma, inexiste insegurança quanto à denominação do produto, ou quanto ao agrupamento de produtos diversos.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

Em sua defesa o sujeito passivo apontou diversos erros no levantamento fiscal, tais como: 1) as operações fiscalizadas estão amparadas, no todo ou em parte, por benefício fiscal (isenção e redução de base de cálculo, respectivamente) não considerado pela autoridade fiscal, na apuração do imposto a recolher. Ressalta a isenção de ICMS para Aquecedor solar, na forma do Convênio ICMS 101/1997 (isenção de ICMS da energia solar e eólica) e Decreto 13.780/2012 (RICMS/BA) art. 264, inc. XIX; 2) o autuante considerou a excepcionalidade da aplicação da alíquota de 12% (doze por cento) prevista no § 5º do art. 51 do RICMS; c) que houve erro na determinação da alíquota, 2011, pois entre as operações há ainda serviços de mão de obra (interna, externa e como garantia), os quais indicou.

Por sua vez, na informação fiscal, o autuante analisou os argumentos e documentos apresentados pela defesa e revisou os levantamentos, resultando na redução do valor autuado para R\$11.353,64.

Acolho integralmente o resultado da revisão fiscal, uma vez que foi embasado nos documentos apresentados pela defesa e na legislação pertinente, pois consta dos documentos acostados às folhas 91 a 670, que a natureza da operação é “PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS”, portanto, não são operações sujeitas ao ICMS, como apontado incialmente pela fiscalização. Por sua vez, às cópias dos documentos fiscais, relativos as saídas, acostados às folhas 72 a 89, comprovam que são mercadorias isentas, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações de operações com os equipamentos e acessórios para aproveitamento das energias solar e eólica especificados no Conv. ICMS 101/97, desde que beneficiadas com isenção, conforme artigo 32, inciso XVIII, do RICMS/97. De igual modo, o autuado tem razão em relação ao percentual da alíquota de 12%, conforme art, 50, § 5º, do RICMS/97, in verbis;

Art. 50. As alíquotas do ICMS são as seguintes:

...

§ 5º Somente será aplicada a alíquota de 12% nas operações e prestações interestaduais destinadas a empresa de construção civil contribuinte do ICMS se esta fornecer ao remetente cópia reprográfica devidamente autenticada do “Atestado de Condição de Contribuinte do ICMS”, conforme modelo anexo ao Convênio ICMS 137/02, que terá validade de até 1 (um) ano (Conv. ICMS 137/02).

Ademais, devo ressaltar que, mais uma vez, diante da revisão fiscal, o autuado acatou e recolheu integral o valor resultante da revisão realizada pelo autuante, conforme relatório do SIGAT- Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – Detalhamento de Pagamento PAF, acostado às folhas 679 e 68/0, pela Coordenação Administrativa do CONSEF.

Logo, a infração 01 restou parcialmente caracterizada, no valor de R\$11.353,64, conforme demonstrativo às folhas 676 e 677.

Com relação ao argumento de que a multa aplicada é irrazoável e confiscatória e ilegal, também não pode ser colhido, pois a multa aplicada encontra-se prevista no artigo 42, inciso II, “a” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

Quanto ao pedido de redução da multa, não acato por falta de previsão legal, pois o art. 158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte. Assim entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR HISTÓRICO
1	PROCEDENTE EM PARTE	11.353,64
2	PROCEDENTE	2.282,18
TOTAL		13.635,82

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232941.1016/14-6, lavrado contra **PIANNA COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$13.635,82**, acrescido da multa de

60%, previstas no artigo 42, II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devem ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de setembro de 2015.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR