

**A. I. Nº** - 269130.0024/18-8  
**AUTUADO** - JK MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.  
**AUTUANTES** - MIRIAM BARROSO BARTHOLO  
**ORIGEM** - INFRAZ BARREIRAS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 16.04.2020

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0028-05/20**

**EMENTA:** ICMS. RECOHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. DIFERENÇA DE ICMS. Restou comprovado, nos autos, após apresentação da peça de defesa, que as Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) que compõem a autuação, emitidas com os CFOPs 5929 e 6929, referem-se a operações cujas saídas foram também registradas através dos Equipamentos Emissores de Cupons Fiscais (ECFs). Em relação às saídas tributadas, o lançamento e o pagamento do imposto são processados, através dos valores levados a débito na escrita fiscal a partir dos documentos emitidos via ECFs. Ademais há operações que compõem a exigência fiscal cujo imposto já se encontrava recolhido de forma antecipada pelo regime de substituição tributária. Infração insubsistente. Fato reconhecido pela autuante na informação fiscal. Pedido de exclusão da multa pecuniária prejudicado, considerando a inexistência de obrigação tributária principal em relação ao imposto lançado. Afastada a preliminar de nulidade do lançamento. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 09/12/2018 para exigir ICMS, no valor principal de R\$168.888,34, contendo a seguinte imputação fiscal:

**Infração 01 – 03.01.04** – Contribuinte recolheu a menor ICMS em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos. Ocorrência verificada entre os meses de janeiro de 2014 e maio de 2017. Multa: 60% do imposto não recolhido, prevista no art. 42, inc. II, letra “b” da Lei nº 7.014/96.

Salientou a autuante, no campo “Descrição dos fatos” do Auto de Infração que utilizou na ação fiscal os arquivos XML das notas fiscais eletrônicas e que a empresa autuada vende principalmente materiais de construção, havendo um rol significativo de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Acrescentou que foi apurada na ação fiscal a existência de débito escriturado a menor que o destacado nas notas fiscais emitidas pela empresa, conforme detalhamento contido nas planilhas anexas e na mídia digital juntada ao presente PAF (fls. 11/16).

O contribuinte foi notificado do lançamento via DTE (Domicílio Tributário Eletrônico), com ciência e leitura da mensagem ocorrida em 06/01/2019. Ingressou com defesa administrativa protocolada em 21/02/19, peça processual anexada às fls. 19/35 dos autos, firmada por advogados devidamente habilitados a representar o contribuinte através do instrumento de procuração (doc. fl. 36).

Após fazer uma síntese da acusação fiscal na inicial defensiva, o contribuinte pugna pela anulação do presente processo por insegurança na determinação da infração e por cerceamento do direito de defesa. Afirma que o lançamento em lide é desproporcional e desarrazoado visto

que as supostas divergências de ICMS apuradas pela fiscalização se referem a notas fiscais emitidas com CFOP 5929 e 6929 que correspondem às operações em que houve emissão de documento fiscal para acobertar saídas também registradas nos equipamentos emissores de cupom fiscal (ECFs). Que nos termos do art. 67 do RICMS/Ba, a nota fiscal emitida vinculada a operações de saídas através de ECF não está sujeita à incidência do imposto. Sustenta, portanto, que no caso em exame não verificou a ocorrência de fato gerador do ICMS e que o lançamento de ofício foi realizado com base em presunção, em flagrante violação ao princípio da verdade material.

Transcreveu as disposições do art. 142 do CTN que trata do lançamento tributário e destacou que o processo administrativo é figura indispensável para o controle da legalidade e do mérito dos atos da Administração, pois embasado em princípios sólidos. Fez referência aos princípios da legalidade e verdade material. Transcreveu trechos de lições doutrinárias dos administrativistas pátrios, Celso Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles. Citou também, através de reprodução parcial, decisão originária do tribunal administrativo do Estado de Goiás.

Em razões subsidiárias, a defesa pede anulação do lançamento em lide, ao argumento de que a multa de 60% sobre o valor do imposto, aplicada no presente Auto de Infração, é ilegal e confiscatória. Sustenta a excessividade da penalidade lançada, trazendo como paradigma desse entendimento a ADI nº 551/RJ julgada no Supremo Tribunal Federal (STF), na relatoria do Ministro Ilmar Galvão, cuja ementa reproduziu na Manifestação defensiva. No mesmo sentido fez citação de outro julgado originário do STF, no RE 492842-RN, relatoria do Min. Joaquim Barbosa e o posicionamento do TRF da 1ª Região, nos Embargos à Execução Fiscal, tombada sob o nº 199901000145140/MG. Com base nesses precedentes o contribuinte sustenta que as multas tributárias não podem exceder percentuais entre 20% e 30%,

Finaliza a peça impugnatória reiterando o pedido de nulidade do Auto de Infração e em caso de manutenção da cobrança do imposto, de redução da multa pecuniária para o percentual de 20%. Colaciona nos autos mídia digital com o conteúdo da defesa (fl. 45) e cópias reprográficas da relação de notas fiscais emitidas no período objeto da autuação (fls. 46/201).

A autuante prestou informação fiscal, peça processual anexada às fls. 204/205 dos autos. Em relação à defesa apresentada pelo contribuinte fez constar que após análise das Notas Fiscais Eletrônicas (Nf-e) que compõem o demonstrativo de apuração do imposto constatou, a partir dos dados existentes no campo “informações complementares” dos documentos fiscais, que as mesmas fazem referência aos cupons fiscais emitidos através de ECF, de forma que as alegações defensivas de inexistência de débito procedem. Frisou que no CD anexo (fl. 208), no qual são encartados os arquivos magnéticos, é possível se localizar as notas fiscais e respectivas informações complementares de vinculação aos cupons emitidos através de ECFs (equipamentos emissores de cupons fiscais).

Através do DTE o contribuinte foi intimado, em 15/07/19, acerca do inteiro teor da informação fiscal, sendo-lhe entregue também o CD com o conteúdo das notas fiscais citadas pela autuante.

## **VOTO**

O Auto de Infração em lide é composto de uma única imputação fiscal. Consta na peça acusatória que o contribuinte recolheu a menor ICMS em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos. Ocorrência verificada entre os meses de janeiro de 2014 e maio de 2017.

Serviu de lastro documental do presente lançamento de ofício os Demonstrativos em papel e a mídia digital (CD), anexados ao presente PAF às (fls. 11/16).

Enfrentando as nulidades suscitadas na inicial defensiva, observo que o contribuinte pugna pela anulação do presente processo administrativo por insegurança na determinação da infração e por cerceamento do direito de defesa.

Não procede argumento defensivo quanto aos vícios processuais apontados. O contribuinte na

peça impugnatória efetuou contestação específica dos valores lançados no Auto de Infração apontando inexistência de débito visto que as notas fiscais que compõem a exigência fiscal foram emitidas com CFOP 5929 e 6929, que correspondem às operações em que houve emissão de documento fiscal para acobertar saídas também registradas nos equipamentos emissores de cupom fiscal (ECFs). Portanto, foi possível ao contribuinte efetuar a defesa de mérito do lançamento de forma que os alegados vícios processuais não se verificaram no caso concreto, não restando caracterizado o prejuízo processual alegado na inicial defensiva.

Afastadas as arguições de nulidades, passo doravante ao exame de mérito do presente lançamento.

Conforme já consignado linhas acima, restou comprovado nos autos, após apresentação da peça de defesa, que as Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) que compõem a autuação, emitidas com os CFOPs 5929 e 6929, se referem a operações cujas saídas foram também registradas através dos Equipamentos Emissores de Cupons Fiscais (ECFs). Em relação às saídas tributadas o lançamento e o pagamento do imposto são processados através dos valores levados a débito na escrita fiscal apurados a partir dos documentos emitidos via ECFs. Ademais há operações que compõem a exigência fiscal cujo imposto já se encontrava recolhido de forma antecipada pelo regime de substituição tributária. No mérito, portanto, a infração é insubsistente, fato reconhecido pela autuante na fase de informação fiscal.

Observo ainda que na mídia digital anexada às fls. 208 deste PAF, pela autuante, foram apresentadas o rol de notas fiscais que compõem a autuação com as respectivas vinculações com os cupons fiscais emitidos através ECFs, inclusive fazendo registrar as situações, ou seja, as operações em que o imposto já se encontrava recolhido pelo regime de substituição tributária.

Quanto ao pedido da defesa de exclusão ou redução da multa pecuniária de 60%, trata-se de questão cujo exame restou prejudicado, considerando que foi comprovado nos autos a inexistência de obrigação tributária principal. Excluída do lançamento a cobrança do imposto, a multa exigida também deve ser excluída, por se tratar de parcela decorrente da exigência do tributo via lançamento de ofício.

Frente ao acima exposto nosso voto é pela IMPROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269130.0024/18-8**, lavrado contra **JK MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de março de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR