

**A. I. Nº** - 293575.0010/17-8  
**AUTUADO** - DINACON INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.  
**AUTUANTE** - TELESSON NEVES TELES  
**ORIGEM** - INFAZ JEQUIÉ  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 1º/07/2020

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0033-01/20VD**

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOS. A antecipação parcial é prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, incidindo sobre as aquisições de mercadorias para comercialização, independentemente do regime de apuração. Restou evidenciado o recolhimento a menos do imposto. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 28/12/2017, e lançado crédito tributário no valor histórico de R\$187.899,68, mais multa de 60%, em decorrência da seguinte infração à legislação do supracitado imposto:

Infração 01 – 07.15.02: “Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização”.

Período: fevereiro, setembro a dezembro/2014; fevereiro, março, maio, setembro a dezembro/2015; agosto a dezembro/2016.

Enquadramento Legal: art. 12-A, da Lei nº 7.014/96. Multa: art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 13/03/18 (Edital às fls. 53/54) e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 17/04/18, peça processual que se encontra anexada às fls. 29 a 38. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu representante legal, conforme Instrumento de Procuração às fls. 40/41.

A Impugnante inicia sua peça defensiva apontando a tempestividade da impugnação, para em seguida, como preliminar, alegar que o auto de infração deixou de demonstrar de forma clara e objetiva a forma de base de cálculo do tributo, dizendo se limitar a apresentar tabela, porém sem demonstrar a origem dos valores lá lançados.

Considera que houve prejuízo da defesa, e argui a nulidade do lançamento.

No mérito, aduz que a acusação fiscal é a incorreta aplicação de alíquota do ICMS nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Esclarece que a empresa realizava o pagamento da diferença de alíquota de 5% (diferença entre 12% e 17%), em razão de não compreender a incidência da alíquota para acessórios no patamar de 25%. Pontua que os produtos classificados como acessórios de dinamite na realidade compõe o produto final da empresa, sendo portanto, componentes deste e não meros acessórios.

Diante desta visão a empresa considera como correta a mesma alíquota do principal, qual seja, 17% (posteriormente 18%).

Diz que em que pese a Impugnante ter conhecimento de que a inconstitucionalidade da legislação não é a matéria a ser apreciada nesta seara, entende que não se pode exigir o cumprimento de legislação com ofensa direta à Constituição.

Reconhece que a alíquota do acessório de fato possui diferença em relação ao principal, contudo, considera que os produtos contidos na alínea “j” do, inciso II, do art 16, da Lei 7.014/96, como acessório, compõem o principal, sendo componente deste, razão pela qual entende que deve ser adotada a mesma alíquota, acarretando a improcedência do lançamento.

Dessa forma, aponta ilegalidade nos dispositivos legais, argumentando que os produtos ali descritos são componentes do produto comercializado pela empresa e não mero acessório, assinalando que sem os referidos não há principal. Considera, portanto, que tributação dos ditos acessórios, não deveriam possuir alíquota de 25%, mas de 17%, como o principal (o produto dinamite).

Ao passar a abordar a multa aplicada, assevera que a mesma fere diretamente o princípio do não-confisco, estipulado na Constituição Federal.

Considera o percentual de 60%, que foi aplicado, como inconstitucional, alegando configurar confisco por parte do Estado.

Cita o artigo 150 da CF/88 e transcreve ensinamentos de José Cretella Junior e Sacha Calmon, visando embasar seu entendimento da vedação ao confisco, da inconstitucionalidade do percentual de multa aplicado e de excesso de exação.

De forma subsidiária, caso não se entenda pela exclusão completa da multa, pede observância Lei nº 9.784, que em seu art 2º dispõe sobre a obrigação da imposição da multa respeitar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e sugere a redução para 20%, percentual que considera razoável.

Aborda, ainda, sua intenção para que seja excluído do lançamento os juros de mora e a correção monetária incidentes sobre a multa aplicada.

Ao final, resume seus pedidos da seguinte forma:

- a) Seja recebida a presente impugnação, onde se impugna totalmente o crédito tributário lançado, sendo apresentada tempestivamente, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário em sua totalidade, nos termos do Art. 151, III do CTN;*
- b) Seja acolhida a preliminar de nulidade suscitada, em razão do cerceamento de defesa, conforme antes exposto;*
- c) No mérito, seja julgada procedente a presente impugnação, desconstituindo por Vossas Senhorias o Auto de Infração nº 2935750010/17-8;*
- d) Subsidiariamente, caso não acolhido o pedido anterior, seja julgado procedente em parte a presente impugnação para:*
  - c.1) afastar a multa prevista conforme a Lei nº 7.014/96 e RICMS/BA;*
  - c.2) ou ainda, subsidiariamente ao pedido anterior, que a multa máxima aplicada seja em percentual de 20%, em razão do princípio da vedação de confisco, não sendo ainda razoáveis os percentuais aplicados pela legislação estadual;*
  - c.3) Por fim, caso mantida a penalidade, requer seja excluído do lançamento os juros de mora e a correção monetária incidentes sobre a multa aplicada.*

O autuante presta informação fiscal às fls. 58/60, inicialmente esclarecendo que o autuado em sua peça defensiva descreve de forma equivocada os fatos narrados no Auto de Infração. Aduz que não se trata de recolhimento a menor de ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, mas sim, o recolhimento a menor de ICMS antecipação parcial por entradas interestaduais de mercadorias para comercialização.

Pontua que a planilha que serviu de base para lavratura do presente Auto de Infração (fl. 11) traz uma descrição inequívoca/inconteste da infração.

Assevera que a preliminar arguida pelo autuado de nulidade tem fins protelatórios, uma vez que os demonstrativos apresentados (sintético – fl. 11 e analítico – fl. 12) são de fácil assimilação, constando a coluna com o valor da base de cálculo da antecipação parcial, bem como todos os elementos necessários ao entendimento do lançamento. Entatiza que a descrição de todos os campos/colunas são apresentados ao final dos demonstrativos.

Em relação ao mérito, ressalta que nas planilhas acima mencionadas constam os valores do ICMS devido por substituição (VLDevidoAud), obtido através do levantamento analítico, do ICMS recolhido pela empresa (VLLancEmpr e/ou VLAjustEmpr) e da diferença a recolher (VLicmsMenor), e que o levantamento analítico detalha o cálculo do ICMS devido por antecipação parcial, item a item de mercadoria, nota fiscal a nota fiscal.

Informa que a descrição dos produtos nas notas fiscais de venda/saida do autuado (exs: notas 26, 31, 10075) não deixam dúvidas que os produtos tidos como acessórios (cordéis detonantes, espoletas, etc) são comercializados de forma independente, e que não há um produto final, com o nome, por exemplo, de “conjunto explosivo”, fabricado pela empresa, que contenha os produtos acessórios citados em sua composição.

Acrescenta que existem notas fiscais de venda onde consta apenas o produto principal (dinamite, exs: notas 65, 125, 127, etc), sem a venda conjunta dos produtos acessórios, e vice versa, o que revela claramente que os itens são vendidos separadamente.

Frisa que a fim de sepultar de uma vez a querela, o dispositivo legal (art. 16, II, “j”, da Lei 7014/96) que trata da alíquota (25%) aplicada à situação em epígrafe é claro ao distinguir/separar os produtos.

Conclui dizendo que como não existe um item/produto final fabricado pela empresa que encerre em sua composição os itens acessórios em questão, como os produtos são, de fato, comercializados separadamente, e como a legislação evidencia claramente a aplicação da alíquota de 25% aos itens acessórios, cai por terra a argumentação da autuada.

Ao final, aduzindo que a multa aplicada é a prevista na legislação em vigor, espera o julgamento pela prodedencia do feito.

## VOTO

Preliminarmente, o autuado suscitou que os seus direitos haviam sido suprimidos pela autuação, impossibilitando o exercício de seu direito de defesa, sob o argumento de que o autuante deixou de demonstrar de forma clara e objetiva a forma de base de cálculo do tributo, limitando-se a apresentar tabela, porém, sem demonstrar a origem dos valores lá lançados.

Todavia, razão não lhe assiste, uma vez que as planilhas constantes do presente processo (fls. 09 a 23), e na mídia à fl. 24, que o autuado tomou conhecimento, permitem perfeitamente a identificação do que está sendo exigido. Consta a coluna com o valor da base de cálculo da antecipação parcial, bem como todos os elementos necessários ao entendimento do lançamento, além da descrição de todos os campos/colunas que são apresentados ao final dos demonstrativos.

Ademais, o sujeito passivo pode exercer de forma plena o seu direito ao exercício do contraditório, diante, inclusive, do fato da peça apresentada analisar detidamente a autuação, o que denota pleno conhecimento de todo o teor da acusação, e o pleno exercício de seus direitos fundamentais, não havendo que se falar em cerceamento ao direito de defesa.

Dessa forma, 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 RPAF/99, pelo que, passo à análise do mérito.

O presente processo trata de lançamento fiscal imputando ao autuado o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização.

O autuado entende haver ilegalidade nos dispositivos legais que motivaram a autuação, argumentando que o débito apurado decorre do fato do autuante não considerar os produtos (cordéis detonantes, espoletas etc), como componentes do produto comercializado pela empresa (dinamite), e não mero acessório. Entende o autuado que a tributação dos ditos acessórios, não é pela alíquota de 25%, mas de 17%, como a do principal.

Da análise dos elementos constantes do processo, verifico que descabe a alegação defensiva, tendo em vista que as disposições do art. 16, II, “j” da Lei 7014/96, abaixo transcrito, são claras ao distinguir os mencionados produtos:

*Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:*

*II - 25% nas operações e prestações relativas a:*

*j) pólvoras propulsivas, estopins ou rastilhos, cordéis detonantes, escorvas (cápsulas fulminantes), espoletas, bombas, petardos, busca-pés, estalos de salão e outros fogos semelhantes, foguetes, cartuchos, exceto: dinamite e explosivos para emprego na extração ou construção, foguetes de sinalização, foguetes e cartuchos contra granizo e semelhantes, fogos de artifício e fósforos;*

Ademais, o autuante comprova que a descrição dos produtos nas notas fiscais de venda/saída do autuado (exs: notas 26, 31, 10075), demonstram que os produtos tidos pelo impugnante como acessórios (cordéis detonantes, espoletas etc), são comercializados de forma independente.

Assim como também existem notas fiscais de venda, onde consta apenas o produto principal (dinamite, exs: notas 65, 125, 127), sem a venda conjunta dos produtos acessórios.

Dessa forma, restou evidenciado que os itens em questão são vendidos separadamente, sendo a legislação clara na aplicação da alíquota de 25%. Como o autuado utilizou para o cálculo da antecipação parcial a alíquota de 17% e/ou 18%, nas aquisições interestaduais dos mesmos, ocorreu o recolhimento a menor do imposto ora em exame, corretamente exigido pelo autuante no presente lançamento.

Quanto à tese da defendente de que a multa possuiria caráter confiscatório, diante do percentual aplicado, não pode ser acatada, uma vez que a mesma está definida em lei (art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96), e discussão de questões relativas à constitucionalidade de normas, foge, por determinação legal, à competência deste órgão julgador, à vista do artigo 167, I do RPAF/99, razão pela qual, não adentrarei em tal discussão.

Do 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 **293575.0010/17-8**, lavrado contra **DINACON INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$187.899,68**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previsto na Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2020.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR