

A. I. Nº - 269130.0025/18-4
AUTUADO - JK MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - MIRIAM BARROSO BARTHOLO
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 27/08/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0115-04/21-VD

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. EXIGÊNCIA DA DIFERENÇA NÃO RECOLHIDA. Restou comprovado, mediante revisão fiscal levada a efeito pela própria autuante, que foram incluídos indevidamente no lançamento fiscal, mercadorias sujeitas à substituição tributária, as quais, após a exclusão, resultou em redução do valor do débito. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de lançamento tributário realizado em 09/12/2018, para reclamar crédito tributário no montante de R\$158.112,50, em face da seguinte acusação: *“Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação de mercadorias regularmente escrituradas”*, relativamente ao período a partir de janeiro/2014 até dezembro/2017. Consta a informação de que foi apurado o registro de débito a menor, por erro na aplicação da alíquota (CFOP x UF), enquanto que as tabelas completas do levantamento se encontram na mídia digital juntada aos autos.

O autuado, por intermédio de seu representante legal, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 18 a 33, arguindo, inicialmente, insegurança na determinação da infração e cerceamento ao direito de defesa, em face da existência de produtos sujeitos a substituição tributária.

Neste sentido sustentou que a autuante não atentou que os produtos elencados nas notas fiscais objeto da autuação são sujeitos a substituição tributária, não havendo, portanto, que se falar em divergência da alíquota utilizada, razão pela qual fica demonstrado que a autuante agiu com insegurança na determinação da infração e que houve cerceamento do seu direito de defesa.

Em seu socorro passou a discorrer sobre inocorrência do fato gerador, tecendo argumentos jurídicos acerca desta questão, citou doutrina a este respeito e jurisprudência oriunda de Tribunal Administrativo do Estado de Goiás, para concluir pugnando pela nulidade do Auto de Infração ante a insegurança na determinação da infração.

Passou a arguir também a nulidade do Auto de Infração por considerar a multa aplicada ilegal e com efeito confiscatório, com ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, discorrendo longamente a este respeito, com apresentação de diversos julgados sobre esta questão, oriunda do Supremo Tribunal Federal.

Em conclusão requereu que seja julgada improcedente a autuação, *“declarando nulo o Auto de Infração tendo em vista a existência de insegurança na determinação da infração e aplicação de multa confiscatória, e, na remota hipótese de não ser acatada a nulidade, requer que a multa seja reduzida para 20% nos termos que expôs”*.

Em 25/02/2019 o PAF foi encaminhado à autuante para prestar Informação Fiscal, fl. 44, tendo a mesma cadastrado a Informação Fiscal em 13/03/20, conforme processo SIPRO nº 032614/2020-9, fls. 45 a 54, onde, após efetuar uma sinopse da defesa, passou a se posicionar nos termos a seguir delineados.

Disse que rejeita firmemente a afirmação de que há *“insegurança na determinação da infração”* e *“cerceamento de defesa”*, posto que as infrações estão claramente identificadas no corpo do Auto de Infração e nas tabelas que explicitam as alíquotas e bases de cálculo indicadas pelo

contribuinte e os valores que considerou corretos, bem como a diferença apurada e autuada, conforme exemplo que colacionou abaixo.

Extrato da tabela que relaciona notes fiscais e itens autuados

NCM	Ano Mes	Código	Descrição	VIItem	VIDesc	VI Bc Icms Inf	Aliq Inf	VI Icm sl nf	VI Bc Aud	Red BC	VI Bc Red Aud	Aliq Aud	VI Icms Aud	Diferença
73269090	1401	8579	MARRETA C/CABO 2KG ECCOFER	21,06	0,31	-	0	-	20,75	-	20,75	17	3,53	3,53
96034090	1401	7381	PINCEL CONDOR 700X1	3,08	-	-	0	-	3,08	-	3,08	17	0,52	0,52

No que diz respeito ao direito de defesa, afirmou ser evidente que não se pode falar em cerceamento, uma vez que o autuado o exerceu plenamente, e, quanto a alegada “*inocorrência do fato gerador, presumidamente criado pelos autuantes, foi sustentado de forma amostral mínima*”, informou que o fato gerador é a saída da mercadoria indicada em nota fiscal emitida pelo contribuinte e corretamente lançada na EFD, portanto, não se trata de evento por ela “criado”.

Esclareceu que todas as saídas registradas foram analisadas, não sendo o caso de se falar em “*forma amostral mínima*”, sustentando ser esta a verdade material: a empresa autuada emitiu documentação fiscal referente à operações de saídas tributadas de mercadorias, algumas das quais não informaram corretamente o valor do imposto, por erro na aplicação da alíquota, e, considerando que a emissão dos documentos analisados pela fiscalização é da lavra do contribuinte, que foram verificados pela SEFAZ do emitente e do destinatário e finalmente foram e permanecem autorizados, a fiscalização acredita que não é necessária “*diligência ampla e específica*” para “*provar que ocorreu o fato gerador da obrigação tributária*”.

Pontuou que a cobrança de ICMS de empresa de natureza limitada *não viola direitos e garantias individuais de qualquer pessoa*. E, evidentemente, a existência dos autos, da discussão administrativa com ampla defesa por parte do contribuinte, eventualmente seguida de processo judicial *é em si mesma a expressão do direito ao devido processo legal*, sendo que, da mesma maneira, *em momento algum houve ameaça às garantias constitucionais de quem quer que seja*.

Quanto a irresignação do autuado em relação a multa aplicada disse que seu trabalho de fiscalização é vinculado, cabendo-lhe apenas aplicar a lei.

Por outro lado, disse que assiste razão parcial ao autuado que afirmou a existência de mercadorias enquadradas na substituição tributária, e que, por esta razão, já tiveram o imposto recolhido. Neste sentido disse que revisou os itens autuados e excluiu todos os produtos incluídos na ST, apurando novo valor devido conforme quadro abaixo:

ANOMÊS	DIFERENÇA
1401	2.063,57
1402	4.573,77
1403	1.403,28
1404	990,63
1405	4.661,59
1406	1.088,53
1407	2.393,28
1408	1.546,98
1409	727,05
1410	17.012,13
1411	2.986,71
1412	1.081,23
1501	1.776,49
1502	410,38
1503	1.188,62
1504	1.602,54
1505	3.115,00
1506	2.816,38
1507	805,53
1508	3.639,82

1509	1.516,93
1510	1.329,98
1511	568,01
1512	395,37
1601	2.314,88
1602	2.872,38
1603	2.421,87
1604	985,39
1605	439,07
1606	218,06
1607	989,26
1608	35,67
1609	160,23
1610	4.522,29
1611	1.263,49
1612	1.023,08
1701	22,92
1702	1.165,19
1703	2.174,23
1704	1.199,61
1705	251,76
1706	680,14
1707	193,39
1708	524,41
1709	8.196,09
1710	220,03
1711	614,74
1712	614,74
TOTAL	92.796,72

Em conclusão disse que as tabelas completas, contendo os itens autuados, valores, diferença a recolher e totais mensais pode ser encontrada no CD de arquivos magnéticos que acompanha a presente informação fiscal, razão pela qual pugnou pela procedência parcial do presente Auto de Infração.

Em 17/03/2020 o autuado foi cientificado do inteiro teor da Informação Fiscal acima, fl. 55, com a concessão do prazo de 10 (dez) dias para se manifestar em relação “a inserção dos elementos novos no PAF”.

Em 30 de novembro de 2020, está 4ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou pela conversão do PAF em diligência, por considerar que a informação fiscal se constituiu em uma revisão total do lançamento, com elaboração de novas planilhas e demonstrativos, para efeito de reabertura do prazo de 60 (sessenta) dias para a defesa se manifestar.

A ciência pelo autuado, via mensagem DT-e, fl. 60, ocorreu em 07/01/2021, entretanto não consta dos autos que o sujeito passivo tenha se manifestado em relação ao resultado apurado pela autuante através da Informação Fiscal, cujo inteiro teor lhe foi entregue.

VOTO

A acusação que versa nos presentes autos, diz respeito à exigência de ICMS no montante de R\$158.112,50, em face de imposto recolhido a menos por erro na determinação da alíquota incidente na operação de saída, relativamente ao período de janeiro/14 a dezembro/17.

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, por insegurança na determinação da infração, cerceamento ao direito de defesa e inclusão no levantamento fiscal de produtos submetidos à substituição tributária.

Da análise levada a efeito nos elementos constitutivos destes autos, vejo que não assiste razão ao autuado em seu pedido de decretação de nulidade do Auto de Infração.

Isto porque, o levantamento elaborado pela autuante se encontra posto na mídia digital gravada e

anexada aos presentes autos, de forma detalhada e bastante analítica, com indicação de cada documento fiscal envolvido na autuação, não havendo porque se falar em insegurança na determinação da infração, a qual se encontra posta de forma bastante clara, fato este que possibilitou ao autuado os mais amplos meios para o pleno exercício da sua defesa, o que afinal o fez, tanto que alegou a inclusão de produtos alcançados pela substituição tributária no levantamento fiscal.

Desta maneira, por entender que o lançamento atende ao regramento estabelecido pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, afasto os pedidos de nulidade formulados pelo sujeito passivo.

Ao adentrar ao mérito da autuação, a irresignação defensiva consistiu no argumento de que a autuação se encontra posta de forma insegura, na medida em que foram incluídos no seu rol mercadorias sujeitas à substituição tributária, cujo imposto já fora pago por antecipação.

Apesar do autuado não ter indicado quais seriam esses produtos, a autuante, quando da informação fiscal, revisou todo o levantamento objeto da autuação e elaborou novas planilhas, tais como as constantes da inicial, excluindo da autuação as mercadorias sujeitas a ST, remanescendo, desta maneira, aquelas mercadorias com tributação normal, situação esta que motivou a redução do valor do débito inicial de R\$158.112,50, para R\$92.796,72, fato este, que em duas oportunidades foi dado ciência ao autuado para se manifestar quanto ao novo resultado encontrado pela autuante, entretanto, não existe nos autos manifestação pelo mesmo a este respeito.

Este fato, sem dúvida, denota que houve um reconhecimento explícito pelo autuado do novo valor do débito apurado e devidamente demonstrado, ao silenciar quando notificado para se pronunciar em relação ao mesmo, inclusive com reabertura do prazo de defesa.

No que diz respeito à irresignação do autuado em relação à multa aplicada no percentual de 60%, ela é a legalmente prevista pela Lei nº 7.014/96, devendo, portanto, ser mantida em sua inteireza, até porque, por se tratar de penalidade por descumprimento de obrigação principal, este órgão julgador administrativo não possui competência para sua exclusão ou redução.

No tocante ao argumento do efeito confiscatório envolvendo a multa aplicada no percentual de 60%, o Art. 167, inciso I do RPAF/BA, exclui da competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$92.796,92, na forma acima demonstrada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269130.0025/18-4**, lavrado contra **JK MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$92.796,92**, acrescido da multa de 60%, com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR