

A. I. Nº - 269130.0027/18-7
AUTUADO - JK MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - MIRIAM BARROSO BARTHOLO
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 31/08/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0119-04/21-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Revisão fiscal levada a efeito pela própria autuante, com base nos dados informados através do Registro E111, excluiu da exigência tributária os valores efetivamente já recolhidos, restando evidenciado, que em alguns meses ocorreu pagamento a menos do imposto. Neste rumo, foi considerado pela autuante, que como houve tributação normal das operações no momento das saídas das mercadorias, se manteve apenas a exigência da multa pecuniária no percentual de 60%, incidente sobre o valor do imposto recolhido a menos. 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\$194.292,32, em face da seguinte acusação: *“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, adquiridas para fins de comercialização”,* relativamente ao período a partir de janeiro/2014 até dezembro/2017”.

O autuado, por intermédio de seu representante legal, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 17 a 34, onde, após apresentar uma síntese dos fatos, passou a arguir insegurança na determinação da infração e cerceamento ao direito de defesa, em face da existência de pagamentos realizados, porém, não considerados pela autuante.

Neste sentido sustentou que não foi atentado que os valores exigidos foram devidamente pagos, de acordo com os documentos comprobatórios que disse estar juntando aos autos, a exemplo da planilha de apuração do ICMS e extrato dos DAEs de pagamento.

Disse que a autuante não deu a devida aplicação ao que preceitua o § 1º do Art. 12-A da Lei nº 7.014/96, inclusive com descon sideração da especificidade de cada produto, sua alíquota, se era isento ou se gozava ou não de algum benefício fiscal.

Desta maneira sustentou que somente através de diligência ampla e específica o Fisco teria condições de provar que ocorreu o fato gerador da obrigação tributária e, assim, especificá-la na forma prevista pelo Art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN.

Em seu socorro passou a discorrer a respeito dos princípios da ampla defesa, do devido processo legal e da verdade material, sobre ino corrência do fato gerador, tecendo argumentos jurídicos acerca da questão posta, citou doutrina 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. 170, tendo a mesma cadastrado o atendimento em 13/03/20, conforme processo SIPRO nº 032609/2020-3, fls. 171 a 190, 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 a infração está claramente identificada no corpo do Auto de Infração e nas tabelas juntadas aos autos.

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 entrada da mercadoria no Estado da Bahia, cujas notas fiscais estão todas identificadas, corretamente lançadas na EFD, portanto, não se trata de evento *“criado”* pela autuante.

Esclareceu que todos os lançamentos registrados foram analisados, de forma a identificar os itens passíveis de antecipação parcial, portanto, não é o caso de se falar em forma amostral mínima, pois não existe amostras envolvidas.

Disse não ser necessária realização de diligência ampla e específica, bastando, para tanto, um exame na EFD do autuado, enquanto 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 que nos cálculos que efetuou não foram levados em conta os recolhimentos realizados a título de antecipação parcial. Desta maneira, afirmou que utilizando os valores informados no Registro E111, chegou ao novo valor do débito na ordem de R\$10.182,91, consoante se encontra demonstrado à fl. 176, onde afastou a exigência do imposto a título de antecipação parcial e manteve apenas a multa de 60% sobre o valor do imposto considerado como recolhido a menos.

Disse, também, que apesar do autuado argumentar que no rol dos itens selecionados para efeito de cálculo da antecipação parcial se encontram mercadorias isentas ou elencadas na substituição tributária, entretanto, para simplificar a análise, selecionou apenas os itens dos meses onde restou valores a recolher, consoante demonstrado às fls. 177 a 188, cuja tabela completa se encontra na mídia digital juntada aos autos.

Lembrou, ainda, que lâmpada LED só entrou para a ST no exercício de 2016, enquanto que solventes e assemelhados foram excluídos da ST em 31/12/2015 e que os materiais de limpeza, inclusive escovas, foram excluídos da ST em 31/12/2014.

Em conclusão pugnou pela procedência parcial do presente Auto de Infração no valor de R\$10.182,91.

Em 17/03/2020 o autuado foi cientificado do inteiro teor da Informação Fiscal acima, fl. 192, com a concessão do prazo de 10 (dez) dias para se manifestar em relação “a inserção dos elementos novos no PAF”, porém não houve manifestação por parte do mesmo.

Em 18 de dezembro de 2020, esta 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, ensejando alteração significativa no débito originalmente reclamado, para efeito de reabertura do prazo de defesa de 60 (sessenta) dias para que o autuado se pronunciasse.

A ciência da intimação pelo autuado, via mensagem DT-e, fl. 197, ocorreu em 12/01/2021, 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\$194.292,32, em face de ter sido apurado falta de pagamento do ICMS antecipação parcial, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, 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 não foram considerados pela autuante em seu levantamento fiscal, os pagamentos que realizou a título de antecipação parcial, tendo juntado aos autos, a título de comprovação, planilhas com a demonstração mensal dos cálculos efetuados para fim do pagamento da antecipação parcial, juntamente com os respectivos comprovantes de pagamentos, consoante se verifica através dos docs. de fls. 44 a 168.

Por sua vez, a autuante, quando da Informação Fiscal, reconheceu de forma taxativa que assiste razão ao autuado, quando afirmou que nos cálculos que efetuou não foram levados em conta os recolhimentos realizados a título de antecipação parcial, acima citados, afirmando que examinando os valores informados no Registro E111, chegou ao novo valor do débito na ordem de R\$10.182,92, consoante se encontra demonstrado à fl. 176.

Da análise do novo valor do débito apurado pela autuante, vejo que este se reveste de uma situação diversa da que foi inicialmente apurada e imputada ao sujeito passivo.

No lançamento inicial, a exigência recaiu sobre falta de pagamento do ICMS antecipação parcial, ou seja, o autuado deixou de efetuar o pagamento do imposto, e, na forma consignada pela autuação, também não teria ocorrido a tributação dessas mercadorias por ocasião das respectivas

saídas, tanto que, foi cobrado integralmente o imposto pela falta de pagamento da antecipação parcial.

Porém, na forma em que os fatos agora se apresentam nos autos, vê-se que se trata de uma situação diversa da inicial, ou seja, agora foi considerada apenas a multa no percentual de 60% do valor do imposto que foi pago a menos, o que significa dizer que a autuante apurou e constatou que, quando das respectivas saídas, as operações foram normalmente submetidas à tributação, por isso, ao invés de exigir o imposto que foi pago a menos, aplicou apenas a penalidade prevista pelo art. 42, inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96, o que afasta a multa inicialmente aplicada na ordem de 60% sobre o imposto que deixou de ser pago, cumulativamente com o valor não recolhido.

Em princípio poderia até entender, que não deveria prevalecer o novo valor do débito apontado pela autuante, ante à mudança do rumo da autuação. Entretanto, os fatos apurados consideraram os mesmos documentos fiscais já presentes no lançamento inicial e, foi reaberto o prazo para defesa, o qual não foi aproveitado pelo autuado, situação esta, que ao meu ver, deve ser aceito o novo valor do débito, mesmo porque, a multa de 60% incidente sobre o valor pago a menos, já se encontrava consignada no lançamento inicial.

De maneira que, à luz do quanto se apresenta nestes autos, não remanesce qualquer dúvida de que os pagamentos questionados pelo autuado não foram considerados pela autuante em seu levantamento fiscal inicial, razão pela qual, ante à comprovação dos pagamentos realizados, entendo que estes devem ser considerados no levantamento fiscal, e consequentemente, deduzidos do valor autuado.

Ressalto, por oportuno, que diante da situação exposta nos autos, se torna desnecessária realização de diligência fiscal para fim de expurgo dos pagamentos realizados, visto que, esta providência já foi adotada e demonstrada pela autuante. Ademais, é importante salientar, que em duas oportunidades, foi dado ciência ao autuado para se manifestar quanto ao novo resultado apurado pela autuante, uma pela própria Inspetoria Fazendária, com concessão do prazo de dez dias para manifestação a respeito da Informação Fiscal, e outra, através de diligência fiscal específica, com reabertura do prazo de defesa, entretanto, em ambas as oportunidades, não existe nos autos manifestação a este respeito.

Este fato, sem dúvida, denota que houve um reconhecimento explícito pelo autuado do novo valor do débito apurado e devidamente demonstrado pela autuante, ante seu silêncio quando notificado para se pronunciar em relação ao mencionado novo valor do débito, inclusive com reabertura do prazo de defesa, razão pela qual, acolho o novo resultado apresentado pela autuante.

No que diz respeito à irrisignação do autuado em relação à multa aplicada no percentual de 60%, é a legalmente prevista pela Lei nº 7.014/96, devendo, portanto, ser aplicada. No tocante ao argumento de que teria efeito confiscatório, 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\$10.182,92, na forma abaixo demonstrada:

Mês/Ano	Vlr. Lançado	Pagt. Realizados	Pagt. a menos	Multa 60%
mar/14	5.238,07	3.407,66	1.830,41	1.098,25
mai/14	4.183,67	2.216,06	1.967,61	1.180,57
jun/14	6.055,40	4.345,89	1.709,51	1.025,71
set/14	2.737,80	2.598,96	138,84	83,30
out/14	6.408,03	3.317,72	3.090,31	1.854,19
mai/15	8.666,60	4.093,75	4.772,85	2.863,71
jul/15	12.719,32	11.044,64	1.674,68	1.004,81
nov/15	4.330,87	4.271,80	59,07	35,44
fev/17	1.825,98	97,74	1.728,24	1.036,94
Total devido				10.182,92

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 **269130.0027/18-7**, lavrado contra **JK MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento da multa pecuniária no valor de **R\$10.182,92**, com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento 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 Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de junho de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR