

A. I. N ° - 298624.0007/20-0
AUTUADO - ARCELORMITTAL BRASIL S.A.
AUTUANTES - JOSÉ MACEDO DE AGUIAR e WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 18/10/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0161-04/21-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. FALTA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA SE DETERMINAR A INFRAÇÃO. Há contradição entre a acusação e a apuração do débito constante nos papéis de trabalho elaborados pela fiscalização, gerando insegurança na determinação da infração e prejudicando o direito de defesa do contribuinte. Nulidade por falta de certeza e por inobservância do devido procedimento legal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 24/02/2020, exige ICMS no valor de R\$34.537,56, mais multa de 60%, com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte acusação: *“Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento”*.

O autuado, através de advogado legalmente habilitado, ingressa com defesa fls. 15 a 27, e após falar sobre a tempestividade da apresentação da mesma, transcreve o teor da acusação, dispositivos infringidos, multa aplicada e demonstrativo de débito.

Em seguida, assevera que o Auto de Infração não merece ser mantido, conforme motivos que passa a expor:

Abre o tópico denominado “DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR CERCEAMENTO DE DEFESA; VIOLAÇÃO AO ART. 5º, LV DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA”, afirmando que além de ter sido violado a legislação baiana, que dispõe sobre o processo administrativo (Lei 7.014/96), o ato administrativo impede o pleno exercício do direito à ampla defesa, garantido pela Constituição da República de 1988.

Transcreve o disposto no art. 39 do RPAF, e diz que o Auto de Infração afronta flagrantemente a determinação contida na determinação legal, especialmente as normas contidas nos incisos III e VI, pois a autuação se limitou a afirmar que a impugnante *“Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação”*, sem sequer anexar os documentos fiscais levados em consideração para a autuação, o que dificulta a elaboração da defesa.

Fala sobre o direito ao exercício da ampla defesa, transcrevendo lições de Hugo de Brito Machado, e pede que seja reconhecida e declarada por esta Junta de julgamento Fiscal, a anulação do Auto de Infração, conforme preceitua o art. 18, inciso IV, alínea “a”, c/c o art. 20 ambos do Decreto nº 7.629/1999.

Subsidiariamente, caso se entenda que a autuação deva prevalecer, o que se admite apenas como recurso argumentativo, requer a exclusão/ diminuição da multa aplicada em razão da proibição da utilização da tributação para fins confiscatórios, e transcreve o disposto no art. 150, IV da Constituição Federal.

Acrescenta, que a multa imposta no elevado percentual de 60% do valor do tributo, é claramente abusiva e ilegal, e violam frontalmente o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, bem

como a proibição da utilização da tributação para fins confiscatórios, e transcreve o disposto no art. 150, IV da Constituição Federal, lições de Leonardo e Silva de Almeida, Sampaio Dória.

Lembra que os Tribunais Superiores têm adotado o entendimento de que a penalidade pecuniária deve ser examinada comparativamente ao tributo, em virtude do qual, foi imposta ao contribuinte. Dessa forma, toda vez que a sanção se apresentar desarrazoada ou desproporcional, ela deve ser excluída ou diminuída.

No mesmo sentido, diz que é a posição do Colendo Superior Tribunal de Justiça, ao considerar confiscatória a multa de 20%, por não estar configurada má-fé do contribuinte conforme julgados que copia.

Por tais razões, a multa discutida de 60% do valor do imposto lançado, na forma do artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, há de ser excluída, diante do seu nítido caráter confiscatório, desarrazoada e desproporcional, quando cotejada com o valor da exação fiscal.

Conclui, requerendo a nulidade do Auto de Infração, diante da insubsistência das infrações, devidamente demonstrada pelos documentos trazidos aos autos, por meio desta impugnação.

Subsidiariamente, pugna pela redução/exclusão da multa, caso subsista alguma infração, tendo em vista a natureza confiscatória e desarrazoada das sanções.

Um dos autuantes, ao prestar a informação fiscal, fls. 55/56, faz um resumo dos argumentos defensivos, e em relação à arguição de nulidade, diz que o contribuinte demonstra que compreendeu perfeitamente a autuação, já que emite um relato da infração, e transcreve o disposto no § 1º do art. 18, Cap. V do RPAF/BA, que segundo o seu entendimento trata da matéria sob análise.

Observa, que o auto de infração é eletrônico/automatizado, contendo todos os pré-requisitos existentes na legislação.

Quanto à nulidade por cerceamento de defesa, sob o argumento de que não há anexação de documento, questiona quais seriam os documentos, pois na planilha constante no auto de infração contém o número das notas fiscais de vendas, emitidas pelo impugnante, com as respectivas datas, não havendo necessidade de mais documentos.

Informa, que no intuito de instruir melhor o PAF está anexando os CNAEs das empresas e adquirentes/compradoras, fls. 57 e 58, demonstrando de forma clara e cristalina, o devido lançamento do DIFAL.

Em relação à redução da multa, opina pela não procedência.

Finalizam, informando que: *“remetemos o PAF ao contribuinte para tomar ciência, concordando com nossa argumentação, realizar quitação, visando economia processual”*.

Às fls. 60, consta um documento onde o contribuinte solicita vistas ao processo e às fls. 65 a 69, uma manifestação do mesmo informando que foi intimado em 08/12/2020, para se manifestar sobre a manifestação do autuante, sendo concedido um prazo de 10 dias.

Em seguida, diz que o auditor se manifestou no sentido de que não houve cerceamento de defesa, porque o auto apresenta os números das notas fiscais, e em relação à multa, simplesmente optou por não dar procedência e reitera os argumentos da inicial.

O autuante que prestou a Informação anterior, se manifesta às fls. 100 a 101, dizendo que o contribuinte demonstra que compreende perfeitamente a autuação, sabe que houve erro de enquadramento, e usa o argumento de que não houve juntada de documentos comprobatórios, o que não é verdade, vide folha 09, onde foi anexada planilha com o devido cálculo, número das notas fiscais adquiridas e datas. Todas as mercadorias vendidas estão na substituição tributária, cabendo o DIFAL, conforme previsto em Lei.

Diz que para sanar de maneira incontroversa esse “erro”, pede que o contribuinte considere-se reenquadrado na infração abaixo:

Operações com Mercadorias/Falta de recolhimento de ICMS/DIFAL

Descrição: *A empresa vendeu mercadoria para Uso ou Consumo/Ativo, a contribuinte ou não do imposto, localizado em outro estado da federação e cabe a este estado (Bahia) receber a diferença entre alíquota interna do estado destinatário e a alíquota interestadual*”.

Acrescenta, que fato é que os produtos ora autuados estão dentro dos protocolos de Substituição Tributária e foram utilizados pelas empresas compradoras.

Observa, que se acatada a nulidade será aberta nova Ordem de Serviço e irá fazer o lançamento do crédito, e resolvendo o autuado realizar nova argumentação terá o prazo de 10 dias conforme prevê o RPAF, podendo se estender mais a critério do departamento da SEFAZ, responsável pela intimação, devido ao inconveniente da pandemia.

O autuado se manifesta às fls.107 a 110, dizendo que em 05/05, foi mais uma vez intimado para se manifestar sobre a Informação Fiscal, onde o preposto Fiscal reconheceu erro grave na descrição da infração, pois ao invés de cobrança sobre operações de aquisições, a infração agora é sobre operações de venda, ou seja, o motivo do ato administrativo simplesmente mudou. Nota-se que não se trata de erro de qualificação, pois os dispositivos legais infringidos apontados pela autuação tratam de aquisições.

Aduz, que diante da alteração da infração, que não mais diz respeito a aquisições, não se pode considerar que tais dispositivos foram violados, razão pela qual, a cobrança está irremediavelmente nula.

Assevera que o motivo incorreto torna o Auto de Infração inválido, conforme lições de Eurico Marcos Diniz de Santi, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, cujo teor transcreveu.

Arremata não haver dúvidas de que o Auto de Infração foi lavrado pelo suposto inadimplemento do diferencial de alíquota sobre aquisições e que a legislação que trata de aquisições foi apontada como supostamente violado, sendo, portanto, seu motivo. Assim o reconhecimento de que o motivo está equivocado impõe o reconhecimento da sua nulidade.

Acrescenta que apesar do Fiscal insistir em dizer que todas as mercadorias vendidas se encontram elencadas nos Protocolos de Substituição Tributária, em momento algum há a indicação de quais seriam essas mercadorias ou mesmo quais protocolos elas estariam previstas. Portanto a violação do direito à ampla defesa da Impugnante é notória, motivo pelo qual reitera o pedido para que esta Junta de Julgamento reconheça e declare a nulidade do Auto de Infração, com base no art. 18, inciso IV, alínea “a”, c/c o art. 20, ambos do Decreto nº 7.629/1999.

Não obstante, caso não seja reconhecida a nulidade arguida, reitera seu pedido elaborado em sede de Impugnação Administrativa para que o valor da multa seja reduzido, uma vez que não houve por parte da empresa dolo de lesar o Fisco estadual, tendo agido em conformidade com a legislação,

Por fim solicita que todas as intimações sejam feitas em nome do advogado que indicou, sob pena de nulidade.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Yuri Brizon Reis, OAB/MG nº 189.716, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

A princípio, verifico que o autuado argui a nulidade do Auto de Infração, sustentando, em síntese, que não foram demonstrados os elementos que determinariam com segurança a infração, e por conseguinte, eivando de nulidade o lançamento, por cerceamento de defesa, conforme o disposto no art. 18, IV, “a” do RPAF/BA.

A análise dos elementos acostados aos autos, permite constatar que assiste razão ao autuado, haja vista, que a infração apresenta a seguinte redação: *“Deixou de recolher ICMS decorrente da*

diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento”.

Os fatos descritos *têm fundamento no Art. 4º, inciso XV da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305§ 4º inciso II, alínea “a” do RICMS/BA.*

Por outro lado, verifico que os demonstrativos elaborados e que serviram como embasamento para o lançamento, leva a crer que se trata do ICMS diferencial de alíquota não retido pelo sujeito passivo, conforme inserido no próprio título do demonstrativo, fl. 06, que deu respaldo ao presente lançamento.

Diante desta situação, tem total pertinência a alegação de defesa, de que não existiu clareza na autuação, bem como, falta de materialidade da acusação, pois não consta dos autos a prova do cometimento da infração imputada.

E a situação não parou por aí. Quando da informação fiscal, os autuantes abandonam completamente a acusação (materializada, pois assim lançada), e seguem o caminho de que a situação fática constatada pela fiscalização não havia sido aquela motivadora da autuação, pois estavam exigindo: *“Operações com Mercadorias / Falta de recolhimento de ICMS/DIFAL.*

Descrição: *A empresa vendeu mercadoria para Uso ou Consumo/Ativo, a contribuinte ou não do imposto, localizado em outro estado da federação e cabe a este estado (Bahia) receber a diferença entre alíquota interna do estado destinatário e a alíquota interestadual”.*

É, portanto, flagrante a falta de nexo entre o fulcro da acusação e os fatos, não havendo como dar prosseguimento à lide, pois aceitando tal procedimento, estaríamos abrindo um enorme precedente para que erros dessa natureza fossem corrigidos no decorrer da instrução fiscal, sendo que não há previsão legal neste sentido.

No caso, existe vício substancial, ou seja, vício quanto à materialidade do fato e não se admite no julgamento a mudança desta materialidade. O § 1º do art. 18 do RPAF, somente admite o saneamento de “eventuais” incorreções ou omissões, ou a inobservância de exigências meramente formais. Somente estas.

Por tudo exposto, a infração é nula, tão somente diante das determinações do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA, como advoga o contribuinte, mas também, diante das determinações do seu inciso II, ficando prejudicada qualquer apreciação defensiva.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, recomendo à autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **298624.0007/20-0**, lavrado contra **ARCELORMITTAL BRASIL S.A.** Recomendada a renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de agosto de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR