

A. I. Nº - 298624.0003/20-4
AUTUADO - GERDAU AÇOS LONGOS S. A.
AUTUANTES - JOSÉ MACEDO DE AGUIAR e WAGNER RUY DE OLIVEIRA MASCARENHAS
ORIGEM - DATMETRO IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17/11/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº0166-02/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA ENTRE A ALÍQUOTA INTERNA PRATICADA NO ESTADO DE DESTINO E A ALÍQUOTA INTERESTADUAL. Mercadorias destinadas a não contribuinte do ICMS. A responsabilidade pelo recolhimento do imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna e interestadual cabe ao remetente das mercadorias, nos termos do inciso I do § 4º, do artigo 2º da Lei nº 7.014/96. Ajustes realizados em atenção aos argumentos defensivos trazidos reduz o valor da acusação. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 23 de fevereiro de 2020 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$24.400,93, além de multa de 60% pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **06.02.05.** Deixou o estabelecimento remetente de mercadoria, bem ou serviço, para uso, consumo ou ativo permanente, destinados a consumidor final, não contribuinte do imposto, de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na hipótese do inciso XVI do artigo 4º da Lei 7.014/96, nos meses de janeiro a junho, outubro e novembro de 2017, janeiro e setembro de 2018, janeiro, março, abril, julho, setembro e outubro de 2019.

Tempestivamente, o autuado, por seus advogados, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 17 a 27, onde após resumo dos fatos que ensejaram a autuação, aponta que analisando a planilha que deu suporte ao Auto de Infração, verifica que das 64 operações autuadas, todas apresentam divergência no cálculo do diferencial de alíquota em virtude de dois equívocos cometidos pelos autuantes no referido cálculo, sendo estes a não utilização de base de cálculo única para a realização do cálculo conforme determinação do Convênio ICMS 93/15, tendo o Fisco aplicado novamente o ICMS no valor da base de cálculo, sendo que o valor já está embutido no preço final da mercadoria, e a não aplicação da redução da base de cálculo prevista no artigo 266, inciso II do RICMS/12 e Convênio ICMS 33/96, nos termos do que determina o Convênio ICMS 153/15.

Explicando melhor, diz ser sabido que nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuintes do ICMS, localizados em outra unidade federada, o remetente do bem deverá recolher, para a unidade federada do destino, o imposto correspondente à diferença entre a alíquota interna do estado destinatário e a alíquota interestadual, nos termos do artigo 155 da Constituição Federal, reproduzido.

Fala que especificamente em relação à base de cálculo que deverá ser utilizada para a apuração do diferencial de alíquota acima disposto, tem-se que foi firmado o Convênio ICMS 93/15, o qual estabelece que a base de cálculo deverá ser única e correspondente ao valor da operação, consoante transcrição das Cláusulas Primeira e Segunda.

Verifica que no cálculo realizado, a fiscalização equivocadamente aplicou novamente o ICMS no valor da base de cálculo, sendo que o seu valor já está embutido no preço final da mercadoria conforme determinação do Convênio acima reproduzido.

Toma como exemplo ilustrativo a nota fiscal 480.747, para demonstrar o alegado, plotando espelho da mesma, aduzindo que como visto, uma vez que o valor do ICMS já está embutido no preço da mercadoria, tem-se que o cálculo correto para o diferencial de alíquota devido ao estado da Bahia, é o apresentado e demonstrado na planilha anexa recebida do Auto de Infração, onde fora acrescentado nas colunas BQ à BU o cálculo correto para todos os itens (Doc. 04).

Do resultado do cálculo elaborado, apurou imposto partilhado de R\$453,14.

Contudo, aponta que no cálculo dos autuantes se considerou incorretamente para a base de cálculo partilha, a base do ICMS + IPI e se calculou 0,88 na base, duplicando o valor do ICMS que conforme demonstrado, já compõe o preço da mercadoria, o que resulta em imposto devido de R\$660,21.

Dessa forma, tem como demonstrado que se calculou incorretamente o diferencial de alíquota, posto que aplicou novamente o ICMS no valor da base de cálculo, quando o seu valor já está embutido no preço final da mercadoria, tendo como violada a disposição contida no Convênio ICMS 93/15, o qual determina expressamente que a base de cálculo deverá ser única e correspondente ao valor da operação.

Provado o erro cometido no cálculo referente a estas 64 operações, é de rigor que a presente autuação seja imediatamente cancelada, aduz.

Como segundo equívoco entendido como cometido, aponta que os autuantes deixaram de aplicar a redução da base de cálculo prevista no artigo 266, inciso II, alínea “a” do RICMS/12, e Convênio ICMS 153/15, o qual determina que no cálculo do ICMS correspondente à diferença entre as alíquotas interestadual e interna de que trata as operações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada, será considerado o benefício de redução da base de cálculo de ICMS concedido na unidade federada de origem ou de seu destino, conforme cópia da sua Cláusula Primeira.

Assim, pontua que havendo concessão de redução de base de cálculo no estado de destino, como no caso presente, esta redução deve ser considerada no cálculo do valor do ICMS devido, correspondente ao diferencial de alíquota.

Ressalta que no caso dos autos há previsão de redução de base de cálculo no estado de destino (Bahia), para todos os produtos objeto da autuação, os quais estão listados nas seguintes NCM: 7213.10.00, 7214.20.00, 7214.99.10, 7216.21.00, 7216.31.00, 7217.10.90 e 7217.20.90.

Menciona o fato do artigo 266, inciso II, alínea “a”, do RICMS/12 (copiado), conceder redução de base de cálculo nas operações internas com ferros e aços não planos para a NCM 7217, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 12% sobre o valor da operação.

Por sua vez, indica que o Convênio ICMS 33/1996, estabelece redução de base de cálculo para as demais NCM dos produtos objeto da presente autuação, sendo estas as 7213, 7214 e 7216, de tal forma que a incidência do imposto também resulte na aplicação do percentual de 12% sobre o valor da operação, de acordo com a transcrição realizada do mesmo.

Esclarece que os produtos listados na tabela anexa à Cláusula Primeira do Convênio ICMS 33/1996 faz referência à tabela NBM, cujo código de classificação possuía dez dígitos, e devido à alteração na sistemática de classificação de mercadorias ocorrida em janeiro de 1996, passou a ser adotada a tabela NCM, cujo código de classificação possui oito dígitos, razão pela qual realizou a correlação de nomenclatura NBM x NCM, com base na descrição e composição dos produtos que lista.

Percebe que para a totalidade das NCM das mercadorias autuadas há previsão de redução de base de cálculo, seja no próprio RICMS/12, seja conferida pelo Convênio ICMS 33/96.

Destaca que da leitura e análise do artigo 266, inciso II, verifica que a redução de base de cálculo é aplicável às operações internas com ferros e aços não planos objeto da NCM 7217, bem como com ferros e aços não planos relacionados no Convênio ICMS 33/96, quais sejam, 7213, 7214 e 7216, de sorte que a totalidade das operações autuadas gozam da referida redução de base de cálculo.

Frisa que o entendimento majoritário do CONSEF é de que o artigo 266, inciso II, do RICMS/12 ampliou o rol das mercadorias sujeitas à redução de base de cálculo, uma vez determinar expressamente que sofrem a redução as operações com ferros e aços não planos, relacionados com no mesmo, bem como os listados no Convênio, a exemplo dos Acórdãos CJF 0286-11/19 e JJF 0213-05/16, reproduzidos em trechos.

Mais uma vez demonstra a título exemplificativo o cálculo correto, utilizando a nota fiscal 480.747, de sua emissão, na comercialização de produto classificado na NCM 7217.20.90, anexando planilha recebida do Auto de Infração, acrescentando o cálculo correto de todos os itens (colunas BQ a BU), consoante Doc. 04.

Aponta, após a realização dos cálculos com a redução de base de cálculo, imposto devido de R\$ 453,14, acostando, igualmente, cálculo dos autuantes que entende ter partido de premissa equivocada de que os materiais comercializados pela empresa estariam sujeitos à alíquota interna normal do ICMS, sem atentarem para as regras que preveem a redução de base de cálculo nas operações internas com as referidas mercadorias, apurando valor de ICMS devido de R\$ 660,21.

Finaliza asseverando restarem demonstrados os erros cometidos pelos autuantes no cálculo referente a essas 64 operações, merecendo a autuação ser integralmente cancelada, tanto em razão do erro relativo a não utilização da base de cálculo única para apuração do diferencial de alíquota conforme determinação do Convênio ICMS 93/15, o que ensejou uma nova aplicação do ICMS no valor da base de cálculo, sendo que o valor já está embutido no preço final da mercadoria como já amplamente tem como demonstrado, e, ainda, em razão da não aplicação da redução da base de cálculo prevista no artigo 266, II, “a” do RICMS/12 e Convênio ICMS 153/15, como igualmente visto.

Relativamente à penalidade aplicada cujo dispositivo legal transcreve, aduz que não havendo imposto a ser exigível, tendo em vista que os valores levantados apenas o foram em razão de erros cometidos na realização do cálculo, e desta forma, a capitulação da multa em enunciado normativo que dispõe ser calculado sobre o valor do imposto, se mostra equivocado, devendo ser cancelada ou recapitulada.

Invoca o artigo 3º do CTN que estabelece ser o tributo toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, motivo pelo qual, entende não poder ser utilizado para punir, da mesma forma que as sanções não podem ser utilizadas como instrumento de arrecadação disfarçado.

Garante ter a severidade das sanções o objetivo de proteger a arrecadação do Estado e estimular, por vias oblíquas, o pagamento de tributos devidos, entretanto, deve haver proporcionalidade entre as penalidades aplicadas e as infrações cometidas, devendo existir uma graduação razoável entre o que se paga e o que se recebe, bem como entre o que se recebe em decorrência do que não se paga pontualmente, devendo a punição guardar relação direta entre a infração cometida e o mal causado, assim como com o bem jurídico que se deseja proteger.

A robustecer tal entendimento, argui posição do STF através do voto do Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ADI 551-1/RJ, do qual destaca trecho, bem como retalho do voto do Ministro Marco Aurélio, no mesmo julgamento, além da Ementa de tal julgado.

Colaciona, igualmente Ementa do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 833.106/GO, relatado pelo Ministro Marco Aurélio, além de recorte do voto do Ministro Fernandes Filho, no Recurso Extraordinário 91.707/MG.

Se posiciona no sentido de quanto mais grave seja o ilícito praticado, o que evidentemente não corresponde ao caso presente, em que entende não ter ocorrido qualquer fato ilícito muito menos

exigibilidade do imposto, não se justifica a fixação de penalidade que lhe exproprie da parcela de seu patrimônio.

Alega que não havendo intenção de fraudar, a multa deve ter simplesmente o condão de advertir e orientar o contribuinte e não, como se verifica no caso em apreço, a efetiva punição imotivada e equivocada em sua capitulação, e ao se fixar quantitativamente a sanção, tanto o legislador como o aplicador da lei, devem considerar a natureza da infração, e a respectiva cominação guardar estrita proporção com o dano causado pelo descumprimento da obrigação consignada pelo direito posto.

No caso em tela, argui recair a multa de 60% sobre o valor do imposto supostamente não pago, concluindo se tratar de multa confiscatória, devendo ser imediatamente afastada, uma vez que inexistente falta de recolhimento do imposto e muito menos qualquer traço de proporcionalidade ou razoabilidade na sua cobrança.

Em atenção ao princípio da eventualidade, e diante da necessidade de ser produzida prova durante a tramitação do presente feito, protesta pela produção de todos os meios de provas em direito admitidas, em especial a juntada de novos documentos que venham a ser necessários para o total saneamento dos fatos.

Pelo exposto, requer o cancelamento do presente Auto de Infração, diante de sua manifesta improcedência, protestando ainda provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em direito, em especial, por meio de prova documental, além das que seguem anexas.

Informação fiscal prestada por um dos autuantes às fls. 160 e 162, após transcrever resumidamente a acusação e os argumentos defensivos apresentados, indica que na informação fiscal vai se ater a legislação interna, com foco na Lei 7.014/96, artigo 17, que transcreve, e interpreta a matéria objeto da referida autuação.

Aponta ter adicionado ao valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, o IPI, e pela divisão de 0,88, jogar a carga toda de 12% dentro da base de cálculo, observando no corrente cálculo, dando razão ao autuado por não abater o ICMS normal antes de carregar o total da carga do ICMS, e por esta razão deve corrigir a planilha.

Demonstra numericamente o cálculo correto, ao tempo em que assevera ter corrigido a planilha e anexado a esta informação na fl. 162.

Já em relação a redução de base de cálculo, após reproduzir o teor do artigo 266, inciso II, do RICMS/12, argumenta que o cálculo para apropriação deste benefício, tanto pode ser feito reduzindo-se proporcionalmente a base de cálculo indicada, aplicando-se a seguir a alíquota cheia de 18%, como mantendo a base original e utilizando a alíquota de 12%, sendo o resultado apurado o mesmo, e deste será abatido o crédito da operação de origem para chegar ao valor do ICMS devido.

Por tal razão, não procede a argumentação, já que o resultado é o mesmo, apenas a forma de cálculo é diferente.

Indica estar apensando anexa toda a legislação que embasa o feito, como também resultado de julgamento sobre matéria análoga, e Parecer da DITRI.

Por fim, constata que toda a interpretação de leis hierarquicamente superiores em tese, deságua na Lei Estadual 7.014/96, na qual a redação atual do inciso XI do *caput* do artigo 17, foi dado pela Lei 13.373, de 21/09/15, DOE de 22/09/15, efeitos a partir de 01/01/2016.

Se encontra na fl. 162, planilha de débito com os ajustes realizados.

Em 28/11/2020, esta Junta de Julgamento Fiscal, diante do fato de ter sido o feito encaminhado para instrução e julgamento sem que o autuado tivesse conhecimento da informação fiscal e dos ajustes realizados pelos autuantes, converteu o processo em diligência, para tal fim, com concessão de prazo de dez dias para manifestação da empresa (fl. 177).

Em cumprimento da determinação emanada do órgão julgador, o setor responsável pelo preparo do processo intimou o contribuinte, dando a necessária ciência da informação fiscal, bem como a documentação acostada (fl. 180), através de Aviso de Recebimento dos Correios, entregue em 04/05/2021 (fl. 181).

A empresa autuada se manifestou em 14/05/2021 (fls. 183 a 187), na qual resumiu apertadamente a acusação e as teses defensivas, registrando que os autuantes deram razão aos seus argumentos no que tange à alegação de base de cálculo única para apuração do diferencial de alíquota, conforme determinação do Convênio ICMS 93/15, refazendo o cálculo das operações autuadas, apresentando planilha com valor reduzido.

No que tange a alegação da não aplicação da base de cálculo prevista no artigo 266, inciso II, do RICMS/12, e Convênio ICMS 33/93, nos termos em que determina o Convênio ICMS 153/15, lembra de que os autuantes alegaram ter considerado a referida redução de base de cálculo e que tão somente realizaram o cálculo de forma diversa, mas que o resultado não diferiria.

Ainda tomando como base a nota fiscal 480.787, vê claramente o erro cometido, uma vez que o valor total dos produtos (R\$14.383,63), que somado ao valor do IPI, no montante de R\$719,18, chega à base de cálculo de R\$15.102,81.

Aponta que no novo cálculo apresentado pelos autuantes foi adicionado o valor do IPI já à base de cálculo do ICMS e não ao valor dos produtos, majorando erroneamente a base de cálculo do diferencial de alíquota devido, que resulta em R\$573,71.

Explicita o cálculo que entende correto, e que diz basear os recolhimentos que realiza, apurando imposto de R\$ 453,14, tendo os autuantes mesmo após a “correção” realizada, incorrido em novos erros o que macula a presente autuação e impõe o seu integral cancelamento.

Toma outra nota fiscal como base, para a realização de novos cálculos, no intuito de provar a correteza de seu procedimento, a saber, a de número 490.743, para a qual calcula imposto de R\$843,58.

Ressalta que especificamente a base de cálculo, que deverá ser utilizada para o cálculo do diferencial de alíquota, foi regradada pelos estados da Federação, através do Convênio ICMS 93/15, que estabelece que a base de cálculo deverá ser única e correspondente ao valor da operação, de acordo com transcrição efetuada.

Tendo como demonstrado o erro cometido pelos autuantes no cálculo referente as 64 notas, percebe a certeza de que a presente autuação venha a ser cancelada, o que requer, bem como as intimações sejam realizadas em nome das advogadas indicadas, no endereço apontado, sob pena de nulidade.

Instado a se manifestar acerca da intervenção do sujeito passivo, um dos autuantes ratifica a informação fiscal prestada, anexando mídia, conforme solicitado, encaminhando o feito para julgamento.

Foram os autos remetidos pelo órgão preparador em 10/06/2021 (fl. 201), recebidos no CONSEF em 14/06/2021 e encaminhados a este relator em 29/06/2021 (fl. 201-v).

VOTO

O presente lançamento, constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte do autuado.

Verifico que o sujeito passivo foi comunicado acerca do início da ação fiscal através da transmissão pelo DTE da mensagem 150.181 de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos e/ou Prestação de Informações em 03/02/2020, cientificado e lido em 10/02/2020 (fl. 05).

A memória de cálculo da autuação se encontra às fls. 07 e 08, impressa, e em formato digital na mídia de fl. 09.

A ciência do lançamento, inclusive entrega de mídia com cópia dos demonstrativos que suportam a acusação, se deu em 06/03/2020, através de Aviso de Recebimento dos Correios (AR), consoante documentos de fls. 11 a 14.

Os autuantes, quando do lançamento, descreveram com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, e tida como contrária à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicarem o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Por outro lado, o contribuinte compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos da infração que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma da objetiva peça de impugnação apresentada, bem como manifestação à informação fiscal prestada.

Não existem questões preliminares a serem apreciadas, motivo pelo qual adentro na análise do mérito.

O contribuinte autuado se encontra inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, na condição de “Substituto/Responsável ICMS Destino – CS”, estabelecido no município do Rio de Janeiro.

A tese defensiva basicamente se estriba em duas vertentes, quais sejam: a primeira a não utilização de base de cálculo única para a realização do cálculo conforme determinação do Convênio ICMS 93/15, tendo o Fisco aplicado novamente o ICMS no valor da base de cálculo, sendo que o valor já estaria embutido no preço final da mercadoria, e o segundo a não aplicação da redução da base de cálculo prevista no artigo 266, inciso II, do RICMS/12 e Convênio ICMS 33/96, nos termos do que determina o Convênio ICMS 153/15.

Quanto ao primeiro argumento, em sede de informação fiscal, os autuante indicaram ter adicionado ao valor da operação ou prestação na Unidade Federada de origem o IPI, e pela divisão de 0,88, jogar a carga de 12% dentro da base de cálculo, dando razão ao argumento defensivo, por não terem abatido o ICMS normal antes de carregar o total da carga do ICMS, e por esta razão, refizeram a planilha de cálculo.

A Lei 7.014/96 determina em seu artigo 4º, inciso XVI:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

XVI - da saída do estabelecimento do remetente ou do início da prestação, conforme o caso, destinada a consumidor final, não contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação”;

Para efeito da base de cálculo para apuração do imposto, vejamos o mesmo instrumento legal, artigo 17, o qual estabelece:

“Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

(...)

XI - nas hipóteses dos incisos XV e XVI do caput do art. 4º desta Lei, o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, acrescido do valor do IPI, frete e demais despesas cobradas, devendo o montante do ICMS relativo à diferença de alíquotas integrar a base de cálculo”.

Esta é a base legal para a cobrança do imposto devido ao Estado da Bahia, e em função do princípio da legalidade, sobejamente conhecido, deve ser aplicado em toda a sua plenitude.

E assim o foi, diante das retificações efetuadas, sem que a respeito a empresa autuada nada mais contestasse.

Em relação ao segundo argumento, qual seja, o da redução da base de cálculo das operações autuadas, tendo sido invocados o artigo 266, inciso II do RICMS/12, e o Convênio ICMS 33/96, nos termos do que determina o Convênio ICMS 153/15.

Por outro lado, os autuantes procuraram esclarecer a questão, aduzindo terem considerado sim, a redução de base de cálculo, inclusive como exemplo numérico em relação ao documento apresentado e calculado pela empresa.

Analisando inicialmente a legislação posta, verifico que o Convênio ICMS 33/96, de 31/05/1996, tinha como Cláusula Primeira:

“Cláusula primeira Ficam os Estados da Bahia, Rio de Janeiro, Paraná, São Paulo, Pernambuco, Minas Gerais, Santa Catarina, Espírito Santo e Rio Grande do Sul autorizados a reduzir a base de cálculo do ICMS nas operações internas com ferros e aços não planos, classificados nos códigos da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, abaixo indicados, de tal forma que a incidência do imposto resulte na aplicação do percentual de, no mínimo, 12% (doze por cento) sobre o valor da operação”.

Ou seja: os signatários do mesmo estavam autorizados a reduzir a base de cálculo do imposto, nas operações internas com ferros e aços não planos nele discriminados, de forma a corresponder o valor do ICMS a incidência mínima de 12%.

Por sua vez, o Convênio ICMS 153/15, com vigência a partir de 01/01/2016, *“dispõe sobre a aplicação dos benefícios fiscais da isenção de ICMS e da redução da base de cálculo de ICMS autorizados por meio de convênios ICMS às operações e prestações interestaduais que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS, localizado em outra unidade federada”*, há a previsão no § 1º da Cláusula primeira de:

“§ 1º No cálculo do valor do ICMS correspondente à diferença entre as alíquotas interestadual e interna de que trata o caput será considerado o benefício fiscal de redução da base de cálculo de ICMS ou de isenção de ICMS concedido na operação ou prestação interna, sem prejuízo da aplicação da alíquota interna prevista na legislação da unidade federada de destino”.

No mesmo sentido, em correspondência e atenção à legislação supramencionada, o artigo 266, inciso II do RICMS/12 determina:

“Art. 266. É reduzida a base de cálculo, podendo ser mantido integralmente o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações:

(...)

II - das operações internas com ferros e aços não planos, relacionados a seguir e no Conv. ICMS 33/96, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 12% (doze por cento) sobre o valor da operação:

a) fios de ferros ou aços não ligados - NCM 7217;

b) arame farpado, de ferro ou aço; arames ou tiras, retorcidos, mesmo farpados, de ferro ou aço, dos tipos dos utilizados em cercas - NCM 7313;

c) grades e redes soldadas no ponto de interseção galvanizadas - NCM 7314.31;

d) telas metálicas, grades e redes galvanizadas, recoberto de plásticos e outros - NCM 7314.4;

e) obras de fios de ferro ou aço - NCM 7326.2;

f) tachas, pregos, percevejos, escáfulas, grampos de fios curvados, ondulados ou biselados e artefatos semelhantes, de ferro fundido, ferro ou aço, mesmo com a cabeça de outra matéria, exceto cobre - 7317”.

As CM das operações indicadas pelo sujeito passivo são 7213.10.00, 7214.20.00, 7214.99.10, 7216.21.00, 7216.31.00, 7217.10.90 e 7217.20.90, e a se verificar a regra regulamentar acima posta, apenas a NCM 7217 se encontra na regra estadual, sendo as demais as previstas no Convênio ICMS 33/96 (7213, 7214 e 7216).

Isso torna inequívoca a redução de base de cálculo para as operações que envolveram tais produtos fato sequer contestado pelos autuantes.

A questão, se prende, pois, ao método de cálculo adotado para apuração do imposto devido.

Os autuantes garantiram ter aplicado a mesma, ainda que de forma diversa daquela trazida pela empresa, apontando ser o mesmo o resultado final apresentado, argumento reiterado quando da última manifestação ocorrida no feito, com o que não concorda a empresa autuada, a qual contradiz os cálculos realizados por aqueles.

A esse respeito, importante se registrar que nos autos não foram encontradas as notas fiscais em cópia, quer trazidas pelos autuantes, quer trazidas pela autuada, sequer houve a indicação das respectivas chaves de acesso no demonstrativo acostado e que suportou a autuação, que pudessem ensejar ao julgador a conferência dos cálculos numéricos apresentados, apenas recortes de trechos dos documentos fiscais suscitados, de forma que não se pode conferir a correteza dos cálculos adotados pela autuada, lembrando, a propósito, o teor do artigo 123, inciso do RPAF, especificamente em relação à prova defensiva:

“Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.

(...)

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos”.

Não foi observado nenhum dos elementos dos incisos acima transcritos, que correspondessem a fatos impositivos da não apresentação dos elementos de prova tidos como essenciais para o deslinde da matéria.

De igual modo, não pode o julgador avaliar elemento que não se encontra presente nos autos, pois tal princípio tem a intenção de estabelecer os limites da prova utilizável pelo julgador para balizar e sustentar a sua decisão, qual seja, o elemento de prova presente dos autos. Indica que, apesar das inúmeras fontes de dados disponíveis, deve o julgador, ao proferir a sua decisão se ater às provas contidas, ainda que implicitamente, nos autos.

E não se alegue que o mesmo se encontra associado, em reverso, ao princípio da verdade real, uma vez que os elementos de prova se encontram em poder da empresa autuada e poderiam ter sido trazidos aos autos, em mais de uma oportunidade, o que não aconteceu, desaguando na aplicação do artigo 142 do RPAF/99:

“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária”.

Assim, tendo em vista que a formação da base de cálculo já foi devidamente analisada em momento anterior, tendo como base o artigo 17 da Lei 7.014/96, e à vista de outros elementos de prova contundentes presentes nos autos, acolho o demonstrativo ajustado de fl. 162, e tenho a infração como parcialmente subsistente em R\$8.064,53.

No que diz respeito ao caráter considerado pela defesa como abusivo e confiscatório da multa aplicada na autuação (60%), observo, inicialmente, somente ser possível de ser aplicada sobre parcela de imposto exigível, vez estarmos diante de acusação de descumprimento de obrigação principal (falta de recolhimento de imposto). Inexistindo imposto a ser reclamado, por óbvio, a multa a ele atrelada deixaria também de existir.

Dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, de maior importância é o da legalidade, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Esse princípio tem forte ligação com o próprio Estado de Direito, uma vez que nele é assegurado o “império da lei” ou “*jus imperium*”.

No campo tributário, como já visto anteriormente, este princípio encontra-se devidamente explícito no artigo 150, inciso I da Carta Magna, ao dispor que “nenhum tributo pode ser criado,

aumentado, reduzido ou extinto sem que seja por lei”. Desse comando, depreende-se que aos Estados, compete instituir e normatizar os tributos estaduais. Dessa forma, somente a lei poderá diminuir e isentar tributos, parcelar e perdoar débitos tributários, criar obrigações acessórias, sendo necessário que haja competência do ente para que seja válida sua criação, competência descrita no próprio corpo do texto constitucional.

O professor Roque Antônio Carrazza, em seu livro *Princípios Constitucionais Tributários*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, ensina que *“O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição proteger a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II) se inexistisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei”*.

E por tais razões, cabe a todos a estrita obediência à norma legal, dentro dos parâmetros e limites estabelecidos na Constituição Federal, a qual, inclusive, determina que os conflitos sejam mediados e decididos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, existe todo um conjunto legal, o qual segue regramento específico para a edição e cumprimento das normas, as quais se aplicam indiferentemente a todos independente de qualquer critério. Assim, dentro de cada competência, os Entes Federativos constroem as normas que hão de vigorar relativamente àqueles tributos que lhes cabem. E assim o fez o Estado da Bahia, ao promulgar a Lei nº. 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), a qual, disciplinou nos artigos 46 e 47 as penalidades à infração da legislação do ICMS.

Com a edição da Lei nº. 7.014/96, a qual adequou a legislação estadual aos ditames da Lei Complementar 87/96, no seu artigo 40 e seguintes, conceitua, tipifica e determina as regras e percentuais de penalidades a serem aplicadas, diante da constatação de descumprimento de obrigação tributária, bem como os percentuais de redução das mesmas, e as condições necessárias para tal.

Os Agentes Fiscais, no momento do lançamento tributário, devem, pois, em atenção às normas legais vigentes, aplicar os percentuais previstos para cada uma das infrações verificadas, em nome não somente do princípio da legalidade, como, igualmente, do princípio da segurança jurídica, não estando a sua aplicação sujeita à discricionariedade, senão da Lei.

Assim, não se pode arguir qualquer arbitramento da multa sugerida, diante do seu caráter legal e cuja aplicação é obrigatória, nos termos da legislação, não estando ao talante de quem quer que seja.

Por fim, para sepultar qualquer discussão a respeito, frente às colocações defensivas, e em contraposição ao posicionamento ali posto, menciono duas decisões do STF: A primeira, através da sua 1ª Turma, ao analisar o AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 833.106 GOIÁS, assim decidiu:

“TRIBUTÁRIO – MULTA – VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTO – CONFISCO – ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA.

Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão – e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP – Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral”.

Em tal decisão, o Relator, Ministro Marco Aurélio Melo, assim se manifestou:

“A decisão impugnada está em desarmonia com a jurisprudência do Supremo. O entendimento do Tribunal é no sentido da invalidade da imposição de multa que ultrapasse o valor do próprio tributo – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ, relator ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 14 de fevereiro de 2003, e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, relator ministro Gilmar Mendes, julgado sob o ângulo da repercussão geral em 18 de maio de 2011, Diário da Justiça de 18 de agosto de 2011.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, assentar a inconstitucionalidade da cobrança de multa tributária em percentual superior a 100%, devendo

ser refeitos os cálculos, com a exclusão da penalidade excedente, a fim de dar sequência às execuções fiscais”.

Na segunda, o Ministro Luís Roberto Barroso, ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.092.673/GO, julgado pela 2ª Turma do STF, em 26/10/2018:

“...O Ministro Luiz Fux, Relator do RE 736.090-RG, em sua manifestação no Plenário Virtual, consignou o seguinte:

‘[...] Discute-se, na espécie, a razoabilidade da multa fiscal qualificada em razão de sonegação, fraude ou conluio, no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre a totalidade ou diferença do imposto ou contribuição não paga, não recolhida, não declarada ou declarada de forma inexata (atual §1º c/c o inciso I do caput do artigo 44 da Lei federal nº 9.430/1996), tendo em vista a vedação constitucional ao efeito confiscatório na seara tributária’.

7. Quanto ao mérito, a pretensão recursal não merece prosperar. Tal como constatou a decisão agravada, em relação ao valor máximo das multas punitivas, esta Corte tem entendido que são confiscatórias aquelas multas que ultrapassam o percentual de 100% (cem por cento) do valor do tributo devido.

8. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio, ‘embora haja dificuldade, como ressaltado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, para se fixar o que se entende como multa abusiva, constatamos que as multas são acessórias e não podem, como tal, ultrapassar o valor do principal’ (ADI 551, Rel. Min. Ilmar Galvão). Nesse sentido, confirmam-se os julgados:

‘TRIBUTÁRIO – MULTA – VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTO – CONFISCO – ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA. Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão – e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP – Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral”. (RE 833.106- AgR, Rel. Min. Marco Aurélio).

‘AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. MULTA FISCAL. PERCENTUAL SUPERIOR A 100%. CARÁTER CONFISCATÓRIO. ALEGADA OFENSA AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.

I Esta Corte firmou entendimento no sentido de que são confiscatórias as multas fixadas em 100% ou mais do valor do tributo devido.

II A obediência à cláusula de reserva de plenário não se faz necessária quando houver jurisprudência consolidada do STF sobre a questão constitucional discutida.

III Agravo regimental improvido’. (RE 748.257-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski)”.

Esclareço que a multa percentual aplicada na presente autuação foi de 60%, ou seja, não houve penalidade em valor maior do que o devido a título de imposto.

Assim, não posso acolher as decisões trazidas pela defesa neste sentido, rejeitando o argumento posto.

Da mesma forma, por se tratar de descumprimento de obrigação principal, não cabe qualquer afastamento ou redução do percentual aplicado, conforme solicitado, nos termos do artigo 42, § 8º da Lei 7.014/96 devidamente já revogado daquele diploma legal, através da Lei 12.605, de 14/12/12, DOE de 15 e 16/12/12, efeitos a partir de 15/12/12.

Finalmente, quanto à solicitação para que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seus advogados, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Da mesma forma, com a instituição do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei 13.199 de 28/11/2014, que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127-D.

Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos.

Pelas expostas razões, tenho o lançamento como parcialmente subsistente em **R\$10.286,83**, de acordo com o seguinte demonstrativo, reprodução daquele encartado à fl. 162:

2017

Janeiro	R\$	120,57	
Fevereiro	R\$	114,91	
Março	R\$	95,38	
Abril	R\$	201,43	
Maio	R\$	757,81	
Junho	R\$	141,01	
Outubro	R\$	21,43	
Novembro	R\$	13,97	
TOTAL			1.466,51

2018

Janeiro	R\$	3.948,37	
Setembro	R\$	17,70	
TOTAL			3.966,07

2019

Janeiro	R\$	24,16	
Março	R\$	323,56	
Abril	R\$	364,45	
Julho	R\$	604,05	
Setembro	R\$	2.222,30	
Outubro	R\$	1.315,73	
TOTAL			4.854,25

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298624.0003/20-4**, lavrado contra **GERDAU AÇOS LONGOS S. A.**, devendo ser intimado o contribuinte, a recolher ICMS no valor de **R\$10.286,83**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões virtual do CONSEF, 06 de setembro de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR