

PROCESSO - A. I. Nº 269130.0025/18-4
RECORRENTE - JK MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0115-04/21-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ BARREIRAS (OESTE)
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/05/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0073-11/22-VD

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. EXIGÊNCIA DA DIFERENÇA NÃO RECOLHIDA. A retificação do lançamento no bojo do processo administrativo fiscal é uma exceção ao princípio da imutabilidade do lançamento tributário, legalmente autorizada pelo art. 145, inciso I do CTN. Rejeitada a alegação de nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 4º JJF Nº 0115-04/21-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 269130.0025/18-4, lavrado em 09/12/2018, para exigir ICMS no valor histórico de R\$158.112,50, em razão de uma única infração, descrita a seguir.

***Infração 01 – 03.02.02:** Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação de mercadorias regularmente escrituradas. Multa de 60%. Consta que “a empresa fiscalizada vende, precipuamente, material de construção. Muitas mercadorias por ela comercializadas estão elencadas na substituição tributária”.*

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 17/06/2021 (fls. 64 a 67) e julgou Procedente em Parte o Auto de Infração. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“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.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 69 a 85, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Após fazer uma breve reconstituição da autuação, alega nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração e do cerceamento do direito de defesa, pois as mercadorias se enquadram no regime de substituição tributária.

Explica tratar-se de exigência de ICMS pelo suposto recolhimento a menor em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Alega que, quando da autuação, não se atentou a fiscalização para o fato de que os produtos elencados nas NF's são substituídos, conforme anexo I do Decreto nº 13.780/2012, não havendo que se falar em divergência na alíquota utilizada. Efetuada a revisão, fora retificado o auto no sentido de excluir os produtos sob o regime de Substituição Tributária.

Conclui, assim, que tais fatos levam à conclusão de que os auditores agiram com insegurança na determinação da infração e houve cerceamento do direito de defesa do recorrente. Como se não bastasse, tendo o Autuado feito a defesa do Auto de Infração, alega que a autoridade administrativa, houve por bem aditar desconsiderando o levantamento fiscal feito e procedendo a alteração do demonstrativo do débito, reconhecendo a aplicação errônea quanto a classificação dos produtos.

Defende tratar-se da própria admissão de o Auto de Infração não ter sido realizado de forma escoreita, o que o eiva de nulidade, pois, uma vez realizada a impugnação do Auto de Infração, tendo em vista a constatação da escoreita atitude do administrado, a autoridade administrativa houve por bem alterar as bases de cálculo, incorrendo em uma conduta que pode levar, como se receia, a autuações no infinito, bastando a autoridade administrativa não se satisfazer com a defesa apresentada, para manter alteração de fundamento jurídico da conduta.

Sustenta que tal fato ofende a segurança jurídica do cidadão, já que a mudança ocorrida no auto de infração não deve ser tida como mero ‘auto complementar’. Tendo dado qualificação jurídica da conduta, sustenta que o procedimento é nulo, pois decorreu de trabalho equivocado feito pela autoridade lançadora. Conclui, então, que a acusação carece de elementos que lhe concedam a segurança necessária à sustentação da exigência em comento.

Ainda preliminarmente, alega que a verdade da inocorrência do fato gerador, presumidamente criado pelos autuantes, foi sustentado de forma amostral mínima, não podendo ser considerado o todo, face ao princípio da Verdade Material. Explica que, somente em diligência ampla e específica, o fisco teria condições de provar que ocorreu o fato gerador da obrigação tributária, e assim, especificá-la na forma do Art. 142 do Código Tributário Nacional, cujo texto reproduz.

Neste caso, e no intuito de se resguardar não só os interesses do Fisco como também da recorrente, deixou-se de se atender ao Princípio da Verdade Material, uma vez que a prova ocupa lugar importante na garantia dos interesses tutelados, interferindo de forma direta no convencimento do juízo sobre os fatos colacionados nos processos.

Discorre acerca do devido processo legal, vinculando-o com o controle do mérito e da legalidade, bem como com a teoria das provas no processo administrativo, destacando que a produção de provas no curso do Processo Administrativo Tributário alicerça e ratifica a legitimação dos princípios da ampla defesa, do devido processo legal e da verdade material. Transcreve a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles. Transcreve jurisprudência administrativa e conclui que a nulidade é patente, face à comprovada insegurança na determinação da infração.

Prossegue na sua petição recursal, ressaltando a confiscatoriedade da multa de 60% por ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Transcreve a doutrina de Sacha Calmon para sustentar a ideia de que o contribuinte não pode ser obrigado a pagar quase duas vezes o que se considera devido. Transcreve julgado do STF e do TRF da 1ª Região, em apoio à sua tese.

Ante o exposto, requer seja recebido o presente recurso para ver julgado totalmente 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 TAL NULIDADE, REQUER SEJA A MULTA REDUZIDA PARA 20%, nos termos acima expostos.

Pugna pela produção de prova pericial.

Nestes termos,

Pede deferimento.

VOTO

Preliminarmente, quanto à alegação de nulidade da decisão de piso por insegurança na determinação da infração, não merece acolhida, pois a acusação restou claramente delimitada, tipificando a conduta infratora como “*recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação ...*”. O demonstrativo de débito analítico, contido no CD à folha 15, lista cada uma das notas fiscais que deram base para a autuação, explicitando individualmente o valor da operação, a base de cálculo, a alíquota e o ICMS devido, confrontando com aquele recolhido e apurando as respectivas diferenças. Não há, portanto, insegurança na identificação e quantificação do *quantum debeatur*.

Quanto à retificação do lançamento no bojo do processo administrativo fiscal, é uma exceção ao princípio da imutabilidade do lançamento tributário, legalmente autorizada, conforme se depreende da leitura do art. 145, inciso I do CTN, abaixo reproduzido.

“Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I - impugnação do sujeito passivo;
...”

Assim, como o reexame do lançamento decorreu de análise da peça impugnatória, proposta pelo próprio contribuinte, nada houve de irregular, devendo ser rechaçada a alegação recursal neste ponto.

Quanto à alegação de confiscatoriedade da multa aplicada, é importante frisar que tal preceito sancionatório decorre diretamente da Lei nº 7.014/96, sendo defeso a esse Conselho de Fazenda afastar a aplicação da lei, bem como o exame de sua constitucionalidade, nos termos do art. 167, inciso I, abaixo reproduzido.

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

*I - a declaração de inconstitucionalidade;
...”*

Por fim, quanto ao pedido de redução da multa, falece, igualmente, a esse órgão julgador tal prerrogativa.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269130.0025/18-4**, lavrado contra **JK MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$92.796,72**, acrescido da multa de 60%, com previsão no Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS