

A. I. Nº - 278996.0002/23-2  
**AUTUADO** - YAZAKI AUTOPARTS DO BRASIL LTDA.  
**AUTUANTE** - EDUARDO ANDRÉ MOREIRA TOSTA  
**ORIGEM** - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 11/03/2024

#### 4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0032-04/24-VD

**EMENTA:** ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM EMISSÃO DOS DOCUMENTOS FISCAIS E OS DEVIDOS REGISTROS NA ESCRITA FISCAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** OMISSÃO DE SAÍDAS SUPERIOR À DE ENTRADAS; **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Razões de defesa elidem em parte a autuação. O agente Fiscal Autuante, produz a Informação Fiscal, onde aduz que o exame das Notas Fiscais relacionadas na peça de defesa, comprovam o evento de *“Operação não Realizada”*. Após, então, a exclusão das Notas Fiscais nºs 0039347, 0039348, 0039366, 0039370 e 0039392 do levantamento fiscal, o demonstrativo de débito das duas imputações é retificado. Itens de autuação subsistente em parte. Afastada a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/03/2023, exige ICMS no valor de R\$ 460.221,36, conforme demonstrativos às fls. 7 a 9 e CD/mídia à fl. 9-A dos autos, em razão da constatação das seguintes irregularidades:

**INFRAÇÃO 01 - 004.005.002:** Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado no ano de 2021, conforme o demonstrativo às fls. 7 a 9 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 9-A. Lançado ICMS no valor de R\$ 267.913,24, com enquadramento no art. 2º, inciso I; art. 23-B, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 83, inc. I, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012; e art. 13, inc. I, da Portaria nº 445/98, mais multa de 100% tipificada no art. 42, inciso II, da Lei 7.014/96.

**INFRAÇÃO 02 - 004.005.011:** Falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e, consequentemente, sem o respectivo lançamento na sua escrita, apurado mediando levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado no ano de 2021, conforme o demonstrativo às fls. 7 a 9 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 9-A. Lançado ICMS de R\$ 192.308,12, com enquadramento no art. 8º, inciso II; art. 23, inciso II, da Lei nº 7.014/96, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a”, do mesmo diploma legal.

O sujeito passivo apresenta impugnação, às fls. 17/37, pelas razões que a seguir passo a expor:

Diz ser uma pessoa jurídica inscrita no CNPJ sob nº 09.182.947/0002-16 e Inscrição Estadual nesse Estado sob nº 077.763.202, com endereço na Rua Edelvira de Oliveira S/N, Kalilândia, Feira de Santana - BA, CEP 44025-440, por sua advogada (**Doc. 1**), vem respeitosamente, com fundamento no art. 123 e seguintes do Decreto nº 7.629/99 que dispõe sobre o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, apresentar tempestivamente sua defesa ao Auto de

Infração em epígrafe nos termos a seguir.

**YAZAKI DO BRASIL LTDA.**, na qualidade de sucessora por incorporação da **YAZAKI AUTOPARTS DO BRASIL LTDA.**, (doc. Nº 1), sociedade limitada com sede na Rua Marisa Carriel da Fonseca nº 05, Bairro Loteamento em Tatuí I - paralela à Rodovia SP 127 - Altura do KM 109.5, Município de Tatuí, Estado de São Paulo, inscrita no CNPJ sob nº 01.641.045/0001-08 (doc. Nº 2), por seus advogados (doc. nº 3), vem, respeitosamente, com fundamento no artigo 132 da Lei 3.956/1981, apresentar impugnação ao **Auto de Infração nº 278996.0002/23-2** em referência (doc. Nº 4), do qual a Impugnante foi científica em 24.3.2023 (doc. Nº 5), com base nas razões de fato e de direito a seguir aduzidas, requerendo seu regular processamento e encaminhamento à D. Turma Julgadora competente.

#### *I. DOS FATOS E A EXIGÊNCIA FISCAL*

Diz que tem por atividade a fabricação e venda de chicotes elétricos e produtos correlatos para a indústria automotiva, sujeitas à incidência do ICMS.

Após descrever, resumidamente, as acusações, pontua que, de acordo com o entendimento da D. Fiscalização, a Impugnante teria violado os artigos 2º, inciso I, e 23-B da Lei 7.014/1996 cumulado com os artigos 83, inciso I, do RICMS/BA e 13, inciso I, da Portaria 445/1998.

No tocante à penalidade aplicada, a base legal foi o artigo 42, inciso II, alínea “e”, para a infração 02 (correspondente a 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente pela não retenção do ICMS-ST) e, para a infração 01, inciso III (correspondente a 100% do valor do imposto não recolhido tempestivamente), ambos da Lei nº 7.014/96. Aplicou- se ainda juros de mora.

Entende que as operações em discussão têm por objeto 5 (cinco) notas fiscais que foram emitidas por estabelecimento localizado no Estado Sergipe da Yazaki do Brasil Ltda., para estabelecimento localizado no Estado da Bahia (sendo esta última a autuada). Entretanto, as operações de venda lastreadas nas referidas notas foram canceladas, de modo que as mercadorias sequer deram entrada no estabelecimento da ora Impugnante localizado em Camaçari.

Sendo assim, diz que não pode concordar com a presente exigência fiscal, de forma que passará a demonstrar, nos itens a seguir, as razões de fato e de direito que comprovam a insubsistência do Auto de Infração ora impugnado, uma vez que sequer houve a efetiva a saída das mercadorias do seu estabelecimento, em total obediência à legislação de regência.

#### *II. PRELIMINARES*

##### *II.1 Nulidade do Auto de Infração - Ausência de descrição clara e precisa dos fatos que embasam a autuação*

Aduz que cumpre mencionar que o Auto de Infração, da maneira como foi lavrado, padece de nulidade que enseja o seu cancelamento. A D. Fiscalização Estadual deixou de indicar, de forma clara e precisa, as circunstâncias que ensejaram a exigência fiscal, tampouco apontou as provas que embasaram a conclusão de que a Impugnante teria cometido as ilegalidades ali apontadas.

Diz que, o Auto de Infração, por ser a peça inaugural de um processo de acusação fiscal administrativo por suposto descumprimento, pelo contribuinte, de determinado dispositivo da legislação vigente, deve apresentar todos os elementos necessários para que o autuado tenha meios de identificar a infração cometida e apresentar a defesa cabível. Essa exigência decorre, principalmente, do fato de o lançamento fiscal ser, na verdade, um ato administrativo, e como tal deve ser devidamente fundamentado, de modo que sejam respeitados os princípios da legalidade e do contraditório.

Destaca o artigo 142 do Código Tributário Nacional (“CTN”) prevê que o ato que consubstancia o lançamento tributário deverá ser lavrado por autoridade administrativa competente, e conterá obrigatoriamente a descrição clara e precisa dos fatos que motivou sua geração, a disposição legal infringida e a penalidade aplicável.

Por essa razão, diz que não há como se admitir que o ato administrativo decorrente de processo administrativo litigioso ou sancionador possa se apresentar desprovido de fundamentação, à luz

das garantias do devido processo legal e da ampla defesa, conforme reza o artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal. Nessas circunstâncias, o ato deve ser considerado nulo e, portanto, insusceptível de convalidação.

No caso ora em tela, diz que, da leitura do Auto de Infração, constata-se que a D. Fiscalização Estadual deixa de esclarecer a razão que teria motivado a autuação, limitando-se a indicar, genericamente, que a Impugnante não teria observado as disposições legais aplicáveis e que teria de deixado de emitir e escriturar notas fiscais, deixando de recolher do ICMS e do ICMS-ST no período autuado, o que justificaria a lavratura do presente Auto de Infração. Mas quais? Será que de fato são as 5 (cinco) notas das quais a Impugnante trata aqui em sua defesa? E se não forem, será oportunizada a adequada defesa?

Após apresentar outros destaques, diz que, em razão dos vícios apontados, e à luz das decisões acima transcritas, há de ser reconhecida a nulidade absoluta do Auto de Infração, pois carece da descrição pormenorizada dos elementos de fato que teriam ensejado a autuação, **cercando o direito de defesa da Impugnante** e infringindo os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, previstos no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

### **II.2 A ilegalidade da presunção como meio de prova.**

Finalmente, em razão da nulidade acima narrada entende que as Infrações, na forma como lavradas para a constituição do crédito tributário, nos termos do artigo 142 do CTN, não poderiam ter se pautado em mera presunção para exigir os supostos débitos de ICMS, o que também enseja a nulidade do Auto de Infração.

Com efeito, a lavratura de Auto de Infração contra o contribuinte tem como pressuposto o **procedimento de fiscalização** previsto no Capítulo VII do RICMS/BA, por meio do qual as Autoridades Fiscais têm amplos poderes para requerer e o **dever de analisar todos os documentos** necessários à minuciosa verificação dos fatos alegados na autuação.

Diz que, após terem identificado supostas inconsistências, **ao invés de intimarem a Impugnante para prestar esclarecimentos sobre meros INDÍCIOS de irregularidade**, as Autoridades Fiscais preferiram lavrar de imediato o Auto de Infração em questão, **deixando a análise dos documentos para o momento da apresentação da Defesa**.

No presente caso é ainda pior esse procedimento se considerarmos que a Fiscalização apenas presumiu a ocorrência de uma operação que sequer ocorreu (visto que anulada por devolução). Assim, não restam dúvidas de que o presente lançamento foi pautado apenas em indícios e que as Autoridades Fiscais se valeram de presunção para a sua formalização.

Após apresentar várias outras considerações de nulidade, diz que resta patente a necessidade de cancelamento do presente Auto de Infração, por nulidade, uma vez que a exigência fiscal foi constituída com base em meras presunções desvinculadas da realidade.

Entretanto, caso não sejam aceitas as preliminares aduzidas acima, o que se admite apenas para fins de argumentação, confira a seguir as demais razões que, no mérito, ensejam o cancelamento integral dos débitos de ICMS objeto do Auto de Infração em questão.

### **III. MÉRITO**

#### **a) Inocorrência do fato gerador do ICMS e ICMS-ST: Cancelamento das notas fiscais emitidas por estabelecimento localizado no Estado do Sergipe**

Inicialmente, diz que é de rigor ter em mente que o ICMS é um tributo que incide sobre a circulação de mercadorias. O cerne da materialidade da hipótese de incidência do ICMS baseia-se nas palavras “mercadorias” e “circulação”. Esta última, aliás, deve ser tomada em sua acepção econômica. Ou seja, não é qualquer circulação de mercadorias que está sujeita à incidência do imposto, mas diversamente disso, somente estão inseridas no campo de incidência do imposto as operações com circulação de mercadorias que envolvam uma operação mercantil.

Sob essa perspectiva, a incidência do ICMS pressupõe intuito econômico na circulação de

mercadorias. Caso não haja intuito econômico, a transferência ocorrerá como mera movimentação física de mercadorias, pelo que estará fora do campo de incidência do ICMS.

Em termos práticos, significa que, para que haja a incidência do ICMS, necessariamente, deve haver a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte e, cumulativamente, a troca de propriedade da mercadoria. Apenas com essas 2 condições cumulativas é viável a exigência do imposto estadual.

No caso ora em tela, consigna que, de acordo com a análise que a Impugnante pôde extrair do impreciso Auto de Infração, a D. Fiscalização exige o recolhimento do ICMS e ICMS-ST relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem a emissão de documentos fiscais e respectivas escriturações, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Diz que, ao verificar os seus documentos contábeis e fiscais, a Impugnante verificou que essas operações envolviam 5 notas fiscais emitidas pelo estabelecimento localizado no Estado do Sergipe.

Nota-se que a D. Fiscalização presumiu, a partir da comparação entre a quantidade de mercadorias que saíram e entraram no estabelecimento comercial da Impugnante, que houve supostamente saída de mercadorias e manutenção de estoque desacobertado de documentos fiscais, constante de 5 notas fiscais emitidas por estabelecimento localizado no Estado do Sergipe.

No entanto, a ora Impugnante esclarece, desde já, que a entrada das mercadorias lastreadas nessas Notas Fiscais foram posteriormente objeto de nota de devolução certificada pelo estabelecimento do Estado do Sergipe, considerando que não existia mais filial da empresa FORD sediado no município de Camaçari, razão pela qual não seria crível a ora Impugnante ser penalizada com as exigências integrais do imposto estadual.

Neste ponto em específico, é de rigor observar que as NFs 0039347, 0039348, 0039366, 0039370 e 0039392, emitidas pelo contribuinte “Yazaki do Brasil Ltda.”, foram canceladas a partir do que se verifica das notas de devolução juntadas pela ora Impugnante (doc. nº 6). Vide Quadro no corpo da defesa à fl. 26 dos autos.

Nesse contexto apresenta, na peça de defesa, figura onde apresenta as notas fiscais canceladas, com as notas de devolução, associado a uma justificativa para cada das notas fiscais, objeto de cancelamento das operações.

Nesse sentido, diz que, tendo sido comprovado que não ocorreu o fato gerador do ICMS e do ICMS-ST nas operações lastreadas nas 5 notas fiscais destacadas acima, diante do fato de as mercadorias terem sido devolvidas e nunca ter de fato saído do estabelecimento de Sergipe para Camaçari, mostra-se imperativo o cancelamento do auto de infração.

Após trazer, aos autos, várias ementas de Acordão deste Conselho de Fazenda, diz que resta evidente, portanto, que como as mercadorias objeto das presentes autuações fiscais sequer deram entrada no estabelecimento da ora Impugnante, tendo em vista que suas vendas foram canceladas a partir das notas de devolução acostadas aos presentes autos, não houve a ocorrência do fato gerador do ICMS, verificando-se a insubsistência das exigências fiscais no caso ora em tela, razão pela qual mostra-se de rigor o cancelamento do auto de infração, sob pena de violação ao princípio da verdade material.

#### *IV. A ABUSIVIDADE DA MULTA APLICADA*

Frisa que, conforme restou demonstrado acima, a autuação é nula e a Impugnante não cometeu infração alguma que justificasse a imposição de multa, já que seguiu todas as determinações da legislação estadual. Assim, já que não há motivo para a manutenção da obrigação principal supostamente descumprida e, por consequência, deve ser afastada também a referida multa. No mérito, restou demonstrado também que não houve a saída das mercadorias do estabelecimento da Impugnante, razão pela qual a autuação fiscal deve ser cancelada.

Diz que, na remota hipótese de se entender possível a manutenção da exigência fiscal consubstanciada no Auto de Infração em questão, o que se admite a título meramente

argumentativo, a Impugnante não pode concordar com a aplicação das multas de 100% e 60% do valor do débito fiscal utilizado indevidamente, prevista pelo artigo 42, inciso II, alínea “e”, inciso III, da Lei nº 7.014/96, diante de seu caráter abusivo, arrecadatório e confiscatório.

Vale lembrar que, para a infração 01, foi imputada a multa de 100% do valor do imposto não recolhido tempestivamente, enquanto que, para a infração 02, foi imputada a multa de 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente pela não retenção do ICMS-ST. No entanto, referidas penalidades se mostram abusivas e confiscatórias considerando a infração que teria supostamente sido cometida pela ora Impugnante.

Neste sentido, importante destacar que o artigo 3º do CTN estabelece que o tributo é uma prestação pecuniária que não constitui sanção por ato ilícito. Por esse motivo, o tributo não pode ser utilizado para punir, da mesma forma que as sanções não podem ser utilizadas como instrumento de arrecadação disfarçado. A sanção deve ser apenas o meio de que se vale o Fisco para desestimular o comportamento ilícito, o qual, vale ressaltar, não aconteceu no caso em tela.

Após apresentar outras considerações, associado a decisão do STF, relativo Recurso Extraordinário nº 523.471/MG, diz que, comprovado, portanto, o descabimento das penalidades impostas à Impugnante, quais sejam, de 100% e 60%, em caráter absolutamente desproporcional às infrações inexistentes que lhes foram imputadas, e que inclusive foram calculadas em desacordo com os dispositivos legais mencionados na própria autuação, pleiteia a Impugnante sejam afastadas as multas, sob pena de violação ao artigo 150, inciso IV, da CF/88, ou, ao menos sejam reduzidas a percentuais condizentes, inferiores a 30%, conforme decisão do E. STF referenciada no parágrafo anterior.

#### *V. A CONCLUSÃO E O PEDIDO*

Diante de todo o exposto, bem como das provas acostadas aos presentes autos, a Impugnante requer seja **acolhida e integralmente provida** a presente impugnação, para o fim de que seja reconhecida a **nulidade** do auto de Infração, tendo em vista a ausência de descrição clara e precisa dos fatos que embasam a autuação, bem como a utilização de mera presunção de que não houve recolhimento do imposto estadual, o que implica em violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

Caso assim não se entenda, o que se admite a título meramente argumentativo, requer seja **acolhida e integralmente provida** a presente Defesa, para o fim de que seja, no mérito, integralmente cancelada a exigência fiscal consubstanciada no presente Auto de Infração (principal, multa e juros), com o consequente arquivamento deste processo, uma vez que sequer houve a ocorrência

Subsidiariamente, caso esse não seja o entendimento adotado, o que novamente se admite apenas para argumentar, a Impugnante pleiteia que a exigência fiscal seja **parcialmente cancelada** para que as confiscatórias multas aplicadas sejam afastadas, ou ao menos reduzidas a patamar inferior a 30% do valor do imposto que supostamente se deixou de recolher, haja vista a manifesta desproporcionalidade com as infrações supostamente cometidas.

Além disso, em respeito ao princípio da verdade real, a Impugnante requer, desde já, seja o presente **processo convertido em diligência**, a fim de que se analise novamente as notas fiscais de saída e de devolução que foram juntadas nos presentes autos

Por fim, requer que todas as intimações e comunicações referentes ao presente feito sejam realizadas exclusivamente em nome da patrona **Andréa Mascitto**, inscrita na OAB/SP sob o nº 234.594, e-mail amascitto@pn.com.br, com escritório na Capital do Estado de São Paulo, na Rua Hungria, nº 1.100, Jardim Europa, CEP 01455-906, sob pena de nulidade.

O Auditor Fiscal, às fls. 138/1340 dos autos, produz a Informação Fiscal, que a seguir destaco:

Diz que o Autuado interpôs defesa administrativa, fls. 17 a 135, apresentando suas razões e motivos que foram analisados. Aduz que o exame das Notas Fiscais relacionadas na peça de defesa, comprovam o evento de “*Operação não Realizada*”.

Após a exclusão das Notas Fiscais nºs 0039347, 0039348, 0039366, 0039370 e 0039392, o demonstrativo

de débito é retificado na forma abaixo:

**Infração 01 - 004.005.002**

Data Ocorr.	Data Veto	B. de Cálculo	Aliq	Multa	Vr. Histórico	Inform.Fiscal
31/12/2021	31/12/2021	1.488.406,89	18%	100%	267.913,24	<b>5.816,42</b>
		Total			267.913,24	<b>5.816,42</b>

**Infração 02 - 004.005.011**

Data Ocorr.	Data Veto	B. de Cálculo	Aliq	Multa	Vr. Histórico	Inform.Fiscal
31/12/2021	31/12/2021	1.068.378,44	18%	60%	192.308,12	<b>4.175,03</b>
		Total			192.608,12	<b>4.175,03</b>

Diante do exposto, requer o Autuante a procedência parcial do Auto de Infração nº 278996.0002/23-2.

O Contribuinte Autuado foi cientificado da Informação Fiscal de 138/140 produzida pelo agente Autuante, conforme a documentações de fls. 142 a 148 dos autos, que se manteve silente.

Às fls. 150/151, consta Relatório Pagamento do PAF, extraído do Sistema SIGAT, relativo ao saldo remanescente da autuação.

À fl. 151-v, têm-se despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Drª Andréa Mascitto, OAB/SP nº 234.594, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

**VOTO**

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, o qual exerceu o contribuinte seu direito de defesa com plenitude, em sede de defesa, motivo pelo qual entendo que a lide está apta ao seu deslinde.

Especificamente o sujeito passivo argui nulidade da autuação por Ausência de descrição clara e precisa dos fatos que embasam a autuação. Diz, então, que, o Auto de Infração, por ser a peça inaugural de um processo de acusação fiscal administrativo por suposto descumprimento, pelo contribuinte, de determinado dispositivo da legislação vigente, deve apresentar todos os elementos necessários para que o autuado tenha meios de identificar a infração cometida e apresentar a defesa cabível.

Não é o que vejo dos elementos constitutivos do lançamento fiscal, pois, além da clareza na descrição dos fatos e fundamentação legal do Auto de Infração, em tela, se tem os demonstrativos impressos, não todos, mas os necessários à compreensão do defendantem em relação ao que se está exigindo na imputação fiscal, mesmo porque todos os demais demonstrativos e os mesmo impresso encontram-se no CD/Mídia de fl. 9-A, entregue por AR Correios (SEDEX), na forma do documento de fl. 12 dos autos, em que possibilitou a construção da peça de defesa, pelo defendantem, entrando no mérito da autuação, cujo o teor fora analisado, em sede de Informação Fiscal, pelo agente Autuante, concordado em parte, reduzindo a autuação do valor original de R\$ 267.913,24 para o valor de R\$ 5.816,42, no que se relaciona a imputação de nº 01; e do valor original de R\$ 192.308,12 para o valor de R\$ 4.175,03, no que se relaciona a imputação de nº 02; com ciência, do defendantem, dessas alterações efetuadas, também, por AR Correios (SEDEX), na forma dos documentos de fls. 142 a 148 dos autos, que se manteve silente.

Ultrapassado, então a arguição de nulidade suscitada pela defesa, que diz respeito ausência de descrição clara e precisa dos fatos que embasam a autuação, além da ausência de comprovação da infração cometida, passo, então, ao mérito.

No mérito, o Auto de Infração em tela, lavrado em 15/03/2023, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária IFEP INDÚSTRIA, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 503664/22, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS) no valor de R\$ 460.221,36, decorrente de duas irregularidades, conexas entre elas, apuradas por levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado no ano de 2021, sendo a infração 01 por falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas; a infração 02, por falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e, consequentemente, sem o respectivo lançamento na sua escrita.

Enquadramento legal – Infração 01: art. 2º, inciso I; art. 23-B, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 83, inc. I, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012; e art. 13, inc. I, da Portaria nº 445/98 e multa de 100%, aplicada na forma do art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento Legal – Infração 02: art. 8º, inciso II; art. 23, inciso II, da Lei nº 7.014/96, mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a”, do mesmo diploma legal.

Em sede de defesa, o sujeito passivo, argui improcedência da autuação por inocorrência do fato gerador das duas infrações por cancelamento das notas fiscais, emitidas por estabelecimento localizado no Estado do Sergipe, que deram azo a autuação.

No caso, em tela, consigna que, de acordo com a análise do levantamento fiscal, pode-se extrair, que a D. Fiscalização exige o recolhimento do ICMS e ICMS-ST relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem a emissão de documentos fiscais e respectivas escriturações, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, no ano de 2021, decorrente de operações que envolviam 5 (cinco) notas fiscais emitidas por estabelecimento localizado no Estado do Sergipe.

Esclarece, então, que a entrada das mercadorias lastreadas nessas Notas Fiscais foram posteriormente objeto de nota de devolução certificada pelo estabelecimento do Estado do Sergipe, considerando que não existia mais filial da empresa FORD sediado no município de Camaçari, razão pela qual não seria crível ser penalizada com as exigências integrais do imposto estadual.

Neste ponto em específico, diz observar que as NFs 0039347, 0039348, 0039366, 0039370 e 0039392, emitidas pelo contribuinte “Yazaki do Brasil Ltda.”, foram canceladas a partir do que se verifica das notas de devolução juntadas aos autos. (Doc. nº 6) Vide Quadro no corpo da defesa à fl. 26 dos autos.

O agente Fiscal Autuante, às fls. 138/140 dos autos, produz a Informação Fiscal, onde aduz que o exame das Notas Fiscais relacionadas na peça de defesa, comprovam o evento de “*Operação não Realizada*”. Após, então, a exclusão das Notas Fiscais nº 0039347, 0039348, 0039366, 0039370 e 0039392 do levantamento fiscal, o demonstrativo de débito das duas imputações é retificado na forma abaixo:

• Infração 01 - 004.005.002

Data Ocorr.	Data Veto	B. de Cálculo	Aliq	Multa	Vr. Histórico	Inform. Fiscal
31/12/2021	31/12/2021	1.488.406,89	18%	100%	267.913,24	<b>5.816,42</b>
				Total	267.913,24	<b>5.816,42</b>

• Infração 02 - 004.005.011

Data Ocorr.	Data Veto	B. de Cálculo	Aliq	Multa	Vr. Histórico	Inform. Fiscal
31/12/2021	31/12/2021	1.068.378,44	18%	60%	192.308,12	<b>4.175,03</b>
				Total	192.308,12	<b>4.175,03</b>

O Contribuinte Autuado foi cientificado da Informação Fiscal de fls. 138 a 140 produzida pelo agente Autuante, conforme a documentações de fls. 142 a 148 dos autos, que se manteve silente.

Logo, não vendo nada que desabone a manifestação do agente Fiscal Autuante, por acatar as arguições de defesa do sujeito passivo, com alteração do débito lançado, em relação as duas imputações objeto do Auto de Infração, em tela, na forma acima indicada, vejo, então, restar subsistente parcialmente a autuação.

Em relação à alegação da defesa, de inconstitucionalidade da multa aplicada, visto que a mesma foi fixada em patamares de 60% e 100% que tornam sua cobrança confiscatória, sendo vedado o confisco, sob pena de violação aos direitos assegurados pela Constituição Federal, verifico que não pode ser acatada. Observo que a sua aplicação neste processo é prevista em dispositivo legal, no caso específico da infração, objeto em análise, art. 42, inciso II, alínea “e” e inciso III, da Lei 7.014/96, respectivamente, sendo que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Quanto ao pedido de redução da multa imposta no patamar de 30% (trinta por cento) sobre eventual valor residual do lançamento fiscal, ora em análise, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não mais possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação acessória ou principal, ao teor dos §§ 7º e 8º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que foram revogados através da Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19 e pela Lei nº 12.605, de 14/12/12, DOE de 15 e 16/12/12, efeitos a partir de 15/12/12, respectivamente.

Sobre à pretensão de que todas as intimações e notificações relativas ao presente processo ocorram em nome da patrona Andréa Mascitto, inscrita na OAB/SP sob o nº 234.594, e-mail amascitto@pn.com.br, com escritório na Capital do Estado de São Paulo, na Rua Hungria, nº 1.100, Jardim Europa, CEP 01455-906, sob pena de nulidade, há de se registrar que não existe nenhum óbice em acatar o pedido, no entanto, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência do ato processual ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do RPAF, e, em perfeita sintonia com o estabelecido no art. 127 do CTN.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em tela.

## 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 278996.0002/23-2, lavrado contra **YAZAKI AUTOPARTS DO BRASIL LTDA.**, correspondente ao valor total de imposto de **R\$ 9.991,45**, acrescido da multa de 60% sobre R\$ 4.175,03 e 100% sobre R\$ 5.816,42, previstas no art. 42, incisos III, e II, “e” da Lei nº 7.014/96, respectivamente, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras 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 18/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de fevereiro de 2024.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA