

A.I. Nº - 299326.0023/17-3
AUTUADO - BASE NORDESTE COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - ARLINDO AMORIM PEREIRA
ORIGEM - INFAC INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10.04.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0044-02/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE SAÍDA. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração caracterizada. Para ambas as infrações, a defesa foi fundamentada em questões de nulidades, que foram afastadas, por restar comprovado que não houve cerceamento do direito de defesa, visto que as infrações foram descritas com clareza e contém todos os elementos necessários para identificar a origem dos valores lançados no auto de infração. Não foi acolhido o pedido do autuado para cancelamento ou redução da multa pelo descumprimento da obrigação principal, por faltar competência a este julgador. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/09/2017, exige ICMS no valor histórico total de R\$77.854,50, em decorrência das seguintes infrações à legislação do ICMS:

01 - 01.02.03. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisições de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a maio, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2013, conforme CD à fl.9. Foi lançado imposto no valor histórico de R\$ 29.546,16, mais multa de 60%.

02 - 02.01.03 - Deixou de recolher ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de junho, setembro, novembro e dezembro de 2012, janeiro, março, julho a dezembro de 2013, conforme CD à fl.9. Foi lançado imposto no valor histórico de R\$48.308,34, mais multa de 60%.

O autuado, mediante intimação (fl.11) foi cientificado da autuação em 10/10/2017, e em 14/11/2017, através do Processo SIPRO nº 212708/2017-2, fls.12 a 21, por intermédio de advogado legalmente constituído nos autos, apresentou tempestivamente defesa administrativa, com base nos seguintes fatos e fundamentos abaixo aduzidos:

Comenta, à luz do artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, combinado com o artigo 2º, do RPAF/99, sobre o direito à ampla defesa como um dos princípios basilares da Carta Maior, consistente não apenas na garantia do direito de resposta, mas também no direito subjetivo do litigante ter acesso a todos os documentos e meios de prova que lhe sejam inerentes no processo administrativo/judicial.

Frisa que a garantia da ampla defesa ao Contribuinte nos processos administrativos fiscais, não se reserva apenas ao fato de conceder prazo para impugnação, que neste caso reside em 30 (trinta) dias, mas também no sentido de conceder meios acessíveis para a própria satisfação do direito subjetivo à defesa administrativa.

Analisando o corpo do Auto de Infração, verifica que nas imputações objeto de lavratura do Auto de Infração, o Nobre Auditor Fiscal imputou a suposta conduta ilegal de recolher o ICMS utilizado indevidamente de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, bem como teria deixado de recolher o ICMS em razão da prática de operação tributável como não tributável, regularmente escriturada.

Ventila, acerca da devida e necessária publicidade do Auto de Infração, que ao trazer nova obrigação tributária para o Contribuinte, deverá demonstrar quais reais motivos levaram a Administração Tributária a entender pela inconsistência dos recolhimentos efetivados.

No caso sob comento, alega que o Auto de Infração que fundamentou a ação fiscal, se encontra repleta de omissões e ausência de requisitos necessários para sua validade, onde constam o valor do suposto débito inscrito pela Fazenda [Nacional], descriminando a infração e o dispositivo legal vinculado, sem, contudo, informar de forma cristalina e isenta de dúvida, a maneira como se apuraram os valores executados, a sua origem ou natureza jurídica, caracterizando inequívoca ausência de publicidade do ato administrativo formalizador do lançamento tributário.

Assim, diz que é impossível delinear de forma clara e objetiva o que desencadeou nas supostas infrações apontadas no AI, lesionando de forma clara o princípio basilar da ampla defesa.

Questiona como pode esta oferecer uma defesa apropriada ao Auto de Infração ora vergastado, se não dispõe de elementos capazes nem sequer de definir de forma exata o que levou a Administração Tributária a entender pela existência de recolhimento indevido do ICMS?!

Nesse espeque, salienta que a omissão de elemento necessário à identificação/individualização da infração, implica na nulidade do lançamento de ofício efetivado, nos termos do artigo 18 do RPAF (Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999).

Aduz que ao se verificar a incompatibilidade flagrante entre as infrações discriminadas no Auto de Infração (Doc. 03), não havendo qualquer motivo aparente ou disposição expressa capaz de explicar os motivos ensejadores da lavratura, o Autuante deixou de consignar elementos imprescindíveis para determinação e delimitação segura da infração imputada a esta Pessoa Jurídica.

Com base nisso, repete que se impõe seja declarada a nulidade do Auto de Infração nº 299326.0023/17-3, pela violação ao direito fundamental da ampla defesa, nos moldes do artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF.

Analizando os fatos, transcreve as imputações e argui que elas não merecem prosperar, visto que estão em desconformidade com o ordenamento jurídico pátrio, devendo a mesma ser desconstituída, consoante as razões meritórias a seguir explanadas.

Com relação à Infração 01, repete que o autuante não trouxe aos autos a demonstração da própria operação efetivada pelo contribuinte, que desencadeou em suposta utilização de crédito fiscal de forma indevida.

Ressalta que o Auto de Infração que desencadeou a obrigação tributária para o Contribuinte, deverá demonstrar quais reais motivos levaram a Administração Tributária a entender pela inconsistência dos recolhimentos efetivados, o que não se mostra no presente caso, fato que inviabiliza a própria defesa do presente lançamento.

Assim, considerou impossível delinear de forma clara e objetiva o que desencadeou nas supostas infrações apontadas no AI, lesionando de forma clara o princípio basilar da ampla defesa. Aduz, que no presente caso, além de efetuar o recolhimento do ICMS de forma estritamente legal, se vê impossibilitada de traçar uma defesa clara, já que não detém informações dos reais motivos que levaram a lavratura do Auto, o qual se mostra por demais ilegal, pois os autos não dispõem elementos capazes nem sequer de definir de forma exata o que levou a Administração Tributária a entender pela existência de recolhimento indevido do ICMS, impondo a nulidade da autuação.

Alega ainda que, relativo ao período exposto no Auto de Infração, no exercício financeiro de 2012 e 2013, inexistiu qualquer utilização indevida de crédito fiscal, como assim apresenta a

Administração Fiscal, merecendo o presente Auto de Infração ser totalmente anulado.

Quanto à Infração 02, sustenta que não merece qualquer respaldo a infração em questão, de modo que esta pessoa jurídica apenas deixou de recolher os tributos estaduais no período, quando efetivamente embasado por questões que a própria legislação permitia a não tributação, como nos casos de isenções.

Além disso, alega que sequer foi demonstrado, de forma exata, os reais motivos que levaram a lavratura do Auto de Infração. Isso se dá porque os reais motivos sequer existem, de modo que este Contribuinte sempre cumpriu as disposições legais em termos de ICMS, efetivando o recolhimento quando a lei o impunha, e se desincumbindo da obrigação tributária apenas quando as próprias disposições legais assim permitiam e permitem, em determinados casos.

Neste sentido, argumenta que o Auto de Infração deve ser desconstituído no presente caso, e julgado totalmente improcedente.

No tocante à imposição de multa pelo descumprimento da obrigação principal, esta não merece prosperar, já que sendo acessório ao principal, não pode ser cobrada, na medida em que inexiste infração no caso, já que o recolhimento do ICMS no período de 2012 e 2013 se deu de forma escorreita, não podemos falar em cobrança de multa.

Em atenção aos princípios da concentração da defesa e da eventualidade, impugna veementemente o valor elevado da multa de infração que compõe o cálculo atualizado do débito em tela.

Comenta que, contrariamente às normas civis, o Código Tributário Nacional não estabelece limites para a aplicação da multa de infração, permitindo a instituição de multas que, não raro, superam de modo substancial o valor econômico da obrigação não cumprida que lhe dera causa.

Contudo, inobstante o CTN não tenha previsto um limite à imposição de multas tributárias, em evidente prejuízo aos contribuintes, há que se observar que seus valores não podem ser de tal montante elevados, de modo que violem os direitos e garantias constitucionais relativos à propriedade, à capacidade contributiva ou à vedação do confisco.

Sendo assim, com fulcro no artigo 150, do CTN, considerou que a aplicação da multa no percentual de 60%, neste processo, tem caráter confiscatório e abusivo, motivo pelo qual pugna que seja corrigida, como ora se requer, com a devida redução do seu porcentual para, no máximo, 2% (dois por cento).

Ao final, requer a declaração pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devido à constatação das irregularidades e ilegalidades alhures apontadas, e, por conseguinte, determine seu ARQUIVAMENTO.

Em tempo, protesta pela utilização de todos os meios de prova em direito admitidos e requer ainda que toda e qualquer decisão referente a presente autuação seja expressamente motivada, sob pena de nulidade.

Em 16/01/2018, através do Processo SIPRO nº 008449/2018-9, fls. 43 a 44, o autuante presta informação fiscal, rebateu a defesa dizendo que é nulo o argumento da autuada que houve violação ao princípio da ampla defesa, já que o contribuinte recebeu cópia digitalizada através de CD com as informações e dados dos documentos fiscais que foram tomados como base para o cálculo do montante devido. Além disso, diz que a própria descrição da infração presta a informação necessária para o entendimento do que está sendo cobrado. Inclusive diz que tem-se ainda que as notas fiscais são de emissão do próprio contribuinte e foram informadas ao Fisco por arquivo magnético (SINTEGRA). Com base nisso, frisa que não há como ser evocado cerceamento da ampla defesa, não procedendo a alegação do autuado.

Quanto a citação do autuado de que a Constituição não admite tributação que resulta em confisco, conforme previsão legal do seu artigo 150, inciso IV, e por isso solicita o cancelamento das multas aplicadas, o preposto fiscal, em contraponto com essa assertiva, ressalta que a atividade administrativa de lançamento que ensejou a lavratura do auto de infração, foi pautada em regras predeterminadas pela legislação tributária , realizando-se um ato vinculado à Lei, em

sentido lato, compreendendo a Lei nº 7.014/96 que instituiu o ICMS neste Estado e o seu Regulamento, este aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, visando tão somente a defender os interesses do Estado, e, por conseguinte, dos cidadãos. Sustenta que em momento algum foram olvidados os princípios básicos da legalidade, moralidade e finalidade com que deve estar sintonizada a atuação da fiscalização, conforme evidencia de forma inequívoca o contexto desta informação fiscal. Sobre as questões de constitucionalidades, pontua que estão dirigidas a autoridade não competente para reconhecê-las, ficando a critério do CONSEF, representar a Secretaria da Fazenda nos termos do art.167, inciso I, e “caput” do artigo 168 do RPAF/99, caso as acolha.

Finaliza mantendo na integralidade todos os lançamentos da presente autuação fiscal.

VOTO

Na análise das peças processuais, constato que o sujeito passivo ao defender-se das imputações de que cuida o presente processo, arguiu questões de nulidade e meritórias, com base nos mesmos fundamentos.

Em preliminar, foi arguido na impugnação que houve violação ao princípio da ampla defesa, visto que, o Auto de Infração que fundamentou a ação fiscal, se encontra repleto de omissões e ausência de requisitos necessários para sua validade, pois não dispõe de elementos capazes de definir de forma exata como foram apurados os valores lançados no demonstrativo de débito.

Não merece acolhimento tal argumento, visto que o próprio autuado na impugnação confirmou que foi cientificado da autuação em 16/10/2017, conforme intimação de fl.11, na qual consta: “ENCAMINHAMOS JUNTO À PRESENTE, CÓPIA DO AUTO DE INFRAÇÃO/TERMO DE ENCERRAMENTO FISCALIZAÇÃO/ESTABELECIMENTO/DEMONSTRATIVO DE DÉBITO/TERMO DE INICIO DE FISCALIZAÇÃO/ENVELOPE CONTENDO CD COM ARQUIVOS ELETRÔNICOS.”

Examinando a aludida mídia eletrônica, constato que nela constam de fato todos os demonstrativos de apuração das duas infrações lançadas no auto de infração, quais sejam:

1. PPT 212.01 AUDITORIA DA SUSPENSÃO DO ICMS
2. PPT 204.01 AUDITORIA DO CRÉDITO FISCAL DE ICMS

Portanto, além da descrição das infrações no corpo do auto de infração permitir o perfeito entendimento das imputações – apropriação indevida de créditos fiscais e operações tributadas escrituradas como não tributadas – os levantamentos fiscais constantes no CD demonstram de forma cristalina a origem dos valores (notas fiscais e escrituração fiscal) e a forma de cálculo. Ademais, como bem ressaltou o autuante, as notas fiscais utilizadas na apuração do débito, no caso da infração 02, são de emissão do próprio contribuinte e foram informadas ao Fisco por arquivo magnético (SINTEGRA).

Cabe consignar que o sujeito passivo ao analisar a tempestividade de sua defesa, arguiu que “*A Notificada aqui impugnada foi devidamente lavrada em 29/09/2017, tendo este Contribuinte/Impugnante sido notificado apenas em 16/10/2017 (segunda feira) acerca do prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de Impugnação ao Auto de Infração.*” Ocorre que a intimação de fl.11 dos autos, noticia que o prazo concedido para apresentação de defesa administrativa foi de 60 (sessenta) dias e não 30 dias conforme alegado, inclusive foi entregue a mídia digital (CD) de fl.10, contendo todos os demonstrativos fiscais.

Desta forma, não há omissão de elemento necessário à identificação/individualização das infrações, conforme alegado, ou seja, a simples leitura das descrições das infrações conjugadas com os levantamentos fiscais, permitem com segurança, o perfeito entendimento e a origem das imputações, proporcionando ao sujeito passivo o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Isto posto, no mérito, analisando os fatos, o autuado sustenta que não merece prosperar a autuação, por entender que está em desconformidade com o ordenamento jurídico pátrio, com base no mesmo fundamento de nulidade, qual seja, repete que não trouxe aos autos a demonstração das operações que desencadearam a suposta utilização de crédito fiscal de forma

indevida e de recolhimento a menor do ICMS.

Tais questões são idênticas à preliminares que já foram apreciadas anteriormente.

Portanto, a acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, inclusive constando o devido esclarecimento sobre o procedimento fiscal e a origem de cada infração apurada, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. Os demonstrativos elaborados pelo autuante também identificam de forma bastante clara a origem das infrações, tendo em vista que estão identificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que gerarem a exigência do crédito tributário em questão.

Quanto ao pedido para redução ou cancelamento de todas as multas aplicadas pelo descumprimento da obrigação principal, ressalto a legalidade das mesmas, tendo em vista que estão previstas no artigo 42, II, "a", e VII "a", da Lei nº 7.014/96, não podendo ser acatado o pedido de sua exclusão ou redução, visto que as penalidades impostas estão vinculadas às infrações cometidas, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal.

O lançamento encontra-se revestido das formalidades legais previstas, não ensejando qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do sujeito passivo. Não há, portanto, vício capaz de macular de nulidade o Auto de Infração ou o correspondente processo administrativo fiscal.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 299326.0023/17-3, lavrado contra **BASE NORDESTE COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$77.854,50**, acrescido da multa de 60% prevista no art. II "a", VII, "a", da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de março de 2018.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/ RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - JULGADOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR