

PROCESSO - A. I. N.º 269511.3009/16-5
RECORRENTE - M. J. GONÇALVES & CIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0045-03/18
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/08/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0158-11/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÃO: **a)** COM ISENÇÃO; **b)** SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA; **c)** DESTINADAS A CONTRIBUINTE DIVERSO DO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL; **d)** COM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. 3. DIVERGÊNCIA ENTRE VALOR DO IMPOSTO RECOLHIDO E INFORMADO. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Razões recursais protelatórias. Limita-se a alegar cerceamento ao direito de defesa e ao contraditório. Mantida a Decisão recorrida. Rejeitada preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 3ª JF - através do Acórdão JF nº 0045-03/18 – que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, o qual fora lavrado para exigir o débito de R\$55.563,05, em razão da constatação de nove irregularidades, das quais o recorrente se insurge contra as exações: 1 a 7, a seguir descritas:

Infração 1 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS de R\$2.122,98, referente a mercadorias beneficiadas com isenção do imposto nos meses de janeiro a dezembro de 2015;

Infração 2 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS de R\$17.445,41, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária nos meses janeiro a dezembro de 2015;

Infração 3 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS de R\$4.928,00, referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado nos documentos fiscais no mês de julho de 2015;

Infração 4 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS de R\$3.621,18, em valor superior ao destacado nos documentos fiscais nos meses de fevereiro a dezembro de 2015;

Infração 5 - Falta de recolhimento de ICMS de R\$260,91 em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis nos meses de agosto, setembro e novembro de 2015;

Infração 6 - Recolhimento a menos de ICMS de R\$4.523,69, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, nos meses de setembro e outubro de 2015;

Infração 7 - Recolhimento a menos de ICMS de R\$17.340,44 em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias escrituradas nos meses de janeiro a dezembro de 2015.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente após rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, tecer as seguintes considerações:

VOTO

De plano cabe enfrentar a preliminar de nulidade suscitada pelo Impugnante sob o fundamento de cerceamento de defesa pelo fato de que ocorrera afirmação genérica acerca de eventual erro nos demonstrativos integrantes do Auto de Infração a atestar a concretização dos fatos geradores das exigências tributárias objeto da

autuação. Sustentou também o Defendente que ao lhe denegar o acesso aos documentos em que se teria consubstanciado a acusação fiscal restou claro a inexistência de certeza e liquidez do crédito exigido e a ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

Observe, depois de examinar as peças que integram os autos, precipuamente o atendimento à diligência solicitada por esta 3ª JF para que fosse entregue ao Autuado cópia do CD acostado à fl. 15, no qual constam todos os arquivos analíticos, DANFes e NF-e (Formato XML), fl. 57 a 59, atinentes às nove infrações, inclusive sendo informado pela Representante Legal do Autuado que além de receber o CD, acessou o seu conteúdo no momento da entrega e confirmou os registros dos documentos nele contidos. Ocasão em que expressamente foi informado a reabertura do prazo de defesa. Entretanto, transcorrido o prazo legal o Impugnante não se manifestou nos autos.

Assim, fica evidenciado nos autos que mesmo removido o óbice que lastreou as alegações articuladas em sede de preliminar de nulidade e transcorrido o prazo de reabertura de defesa concedido, o sujeito passivo manteve-se silente. Logo, entendo superada a apontada ofensa ao contraditório e a ampla defesa.

Nestes termos, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa. Ademais, constato que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensiva, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo a multa apurada consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O presente PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o Auto de Infração cuida de nove infrações à legislação do ICMS cometidas pelo impugnante, na forma circunstanciada e enunciada no preâmbulo do Relatório com o enquadramento legal das irregularidades infringidas e a tipificação das multas cabíveis.

Em sua impugnação o sujeito passivo não apresentou qualquer questionamento em suas razões de defesa no tocante aos itens 08 e 09. Assim, ante a inexistência de lide em torno dessas infrações, ficam mantidas as acusações fiscais a elas atinentes.

No que diz respeito ao mérito das Infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06 e 07, o Impugnante não apontou de forma objetiva qualquer inconsistência e nem contestou o cometimento desses itens, além das razões articuladas em sede de preliminar, já enfrentadas.

Logo, entendo que uma vez afigurarem-se nos autos todas essas Infrações devidamente lastreadas em demonstrativos sintéticos, fls. 16 a 24 e analíticos, CD fl. 15, inclusive com cópias dos DANFes, todos entregues ao Autuado, entendo restarem devidamente caracterizadas as Infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06 e 07.

Quanto ao pleito do Defendente para que seja reduzida a multa aplicada de 60% em relação aos itens 01, 02, 03, 04, 05, 06 e 07 da autuação para o patamar de 20%, com fundamento no §7º, do art. 42, da Lei 7.014/96,

Observe que as referidas infrações decorreram de descumprimento de obrigação principal, portanto, descabe a aplicação no presente caso do citado dispositivo do art. 42, da Lei 7.014/96, bem como do art. 158, do RPAF-BA/99 citado pela defesa.

No que se refere ao pedido de redução de multa por descumprimento de obrigação principal, observe que falece competência a este Órgão julgador.

No tocante aos Acórdãos indicados na defesa como precedentes de julgados deste CONSEF, não se prestam como paradigma para redução da multa pretendida, por se referirem a questões distintas das tratadas nos presentes autos.

Nos termos supra expendidos, restam caracterizadas todas as nove Infrações.

Logo, concluo pela subsistência da autuação. Ante o exposto, voto pela Procedência do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário, de fls. 81 a 92 dos autos, o recorrente, em relação às infrações 1 a 7, apresenta as seguintes alegações:

1. Nulidade da autuação, nos termos do art. 18, IV, do RPAF, em razão da insubsistência da descrição das infrações, eis que remanescem diversas irregularidades nos levantamentos fiscais que ocasionam o cerceamento do direito de defesa, haja vista que, no caso dos autos, houve uma afirmação genérica acerca de eventual erro em quaisquer demonstrativos integrantes do Auto de Infração a atestar a concretização dos fatos geradores da obrigação tributária. Em consequência, ainda que eventualmente tenham sido disponibilizados arquivos utilizados na constituição da infração, não perfaz o requisito de determinação com segurança da infração. Cita doutrina e jurisprudência.

2. Inexistência de dolo na conduta do contribuinte em todas as infrações, objeto da lide, do que requer redução da multa aplicada ao patamar de 20%, eis que as imputações atestam que houve simples erro decorrente de interpretação da extensa e complexa legislação tributária do Estado da Bahia, do que se infere inexistir dolo ou má-fé na conduta do contribuinte, o que demonstra a aplicabilidade do art. 158 do RPAF, assim como do art. 42, §7º, da Lei nº 7.014/96. Cita decisão do CONSEF. Diz que a multa de 60% conduz a um enriquecimento sem causa e que é vedada pela Constituição Federal a utilização de tributos para fins confiscatórios.

Por fim, o recorrente requer a reforma do julgamento, reconhecendo-se a nulidade do Auto de Infração em razão de quaisquer demonstrativos integrantes a atestar a concretização dos fatos geradores da obrigação tributária, tornando o Auto de Infração eivado de nulidade insanável, na forma do §3º do art. 8º do RPAF, bem como diante da farta jurisprudência do CONSEF. Subsidiariamente, diante da inexistência de dolo, fraude ou simulação, bem como da evidente inconstitucionalidade da multa aplicada, requer sua redução ao patamar de 20%.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª instância, no que tange às exigências 1 a 7 do Auto de Infração, conforme peça recursal.

Inicialmente, há de salientar que as razões recursais se caracterizam como protelatórias, limitando-se apenas a alegar cerceamento ao direito de defesa e ao contraditório, ao negar existência de demonstrativos que fundamentem as exações, como também, paradoxalmente com a sua alegação de cerceamento do direito de defesa, admitir sua culpa ao reconhecer que houve simples erro decorrente de interpretação da legislação tributária, ao pleitear a redução de multa.

Inerente ao primeiro item, corroboro com a Decisão recorrida de que as infrações foram “*devidamente lastreadas em demonstrativos sintéticos, fls. 16 a 24 e analíticos, CD fl. 15, inclusive com cópias dos DANFES, todos entregues ao Autuado, entendendo restarem devidamente caracterizadas as Infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06 e 07*”, tendo o sujeito passivo recebido cópia de todos os arquivos, sintéticos e analíticos, e, naquela oportunidade, sido reaberto o prazo de 60 (sessenta) dias para apresentar sua defesa, conforme documento às fls. 57 a 59 dos autos, o que não ocorreu, eis que se manteve silente.

Por sua vez, da análise das peças processuais, verifica-se que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, o qual, como já dito, recebeu todos os demonstrativos, analíticos e sintéticos, que fundamentam as acusações fiscais, tendo ao mesmo sido possibilitado o pleno exercício do seu direito de defesa, o que não ocorreu no mérito, por faltar opção do próprio sujeito passivo, limitando-se apenas as alegações preliminares de nulidade e de redução da multa. Contudo, inexistente qualquer razão para se declarar a nulidade do lançamento de ofício, como requerido pelo sujeito passivo.

Quanto ao pedido para redução da multa ao patamar de 20%, em que pese sob o manto “*ad cautelam*”, demonstra contradição com sua alegação de ter sido cerceado em seu exercício de direito de defesa, eis que, ao assim proceder, está confirmando que entendeu do que foi acusado e reconhecendo sua culpa.

Entretanto, não há como acolher o pedido recursal de redução da multa de 60% para 20%, eis que se tratam de penalidades por descumprimento de obrigação tributária principal, falecendo competência a este órgão julgador tal análise. Conforme invocado pelo recorrente, o art. 42, §7º, da Lei nº 7.014/96 estabelece que poderão ser reduzidas as multas por descumprimento de obrigações acessórias, as quais não se enquadram as penalidades previstas nos incisos II e VII, aplicadas às infrações, ora em análise.

Por fim, inerente a alegação de ser a penalidade confiscatória, nos termos do art. 125, incisos I e III, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), há de se salientar que não se incluem na competência dos órgãos

julgadores a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. Portanto, tais penalidades estão previstas aos casos concretos, conforme hipóteses legais previstas no art. 42, incisos II e VII da Lei nº 7.014/96, restando-lhe sua aplicação.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269511.3009/16-5**, lavrado contra **M. J. GONÇALVES & CIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$50.242,61**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “e” e “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$5.320,44**, prevista no inciso IX do citado dispositivo legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de junho de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS