

**A. I. Nº** - 279757.0002/19-0  
**AUTUADO** - JM2 INDÚSTRIA DE EMBALAGEM EIRELI  
**AUTUANTEA** - AGILBERTO MARVILA FERREIRA e IVANA MARIA MELO BARBOSA  
**ORIGEM** - IFEP INDÚSTRIA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 03.08.2019

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACORDÃO JJF 0136-04/19**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO COMPETENTE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO FISCAL. Não configurada a alegação defensiva de duplicidade de exigência fiscal. Restou comprovado que as operações objeto do presente lançamento não foram objeto de exigência em outro Auto de Infração lavrado contra o mesmo contribuinte. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 29/03/2019, exige ICMS no valor de R\$351.143,39, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01-01.02.42- Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de julho a dezembro de 2017, janeiro, fevereiro, maio a dezembro de 2018.

Consta ainda o seguinte complemento: *“Referentes às devoluções de mercadorias tributadas sem comprovação das efetivas saídas ou referência às Notas Fiscais de saídas – não foi identificada nenhuma saída registrada nos livros fiscais – EFD para os destinatários, contribuintes, ou não, estabelecidos em outras unidades da Federação, Granshop Loja de Departamentos Ltda-PR, Embrasolutions Comercio e Participação Ltda-PR, Dina Motos – D. Paiva Oliveira – ME-CE e mais 2 (dois) CNPJ inexistentes – BD da Receita Federal, transgredindo os artigos 450, 451 e 452 do decreto 13.780/12 conforme Anexo V, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue à Autuada.”*

O autuado, por seu representante legal, às fls. 26 a 308, inicialmente esclarece tratar-se de empresa sediada em Medeiros Neto, que opera com extração mineral de granito Branco Itaúnas. Após transcrever o teor da autuação diz que tal autuação não pode ser aceita pelos motivos que passará a expor.

Assevera que a fiscalização está realizando a cobrança em duplicidade, uma vez que através da simples análise da lavratura do Auto de Infração nº 2797570003/19-7 é possível verificar que os valores que estão servindo de base para a cobrança da infração em epígrafe já estão sendo cobrados no referido Auto de infração, pois o Auditor Fiscal ao verificar a utilização de créditos fiscais indevidamente realizou o recalcule do benefício Desenvolve e com isso apurou os valores devidos, sendo que é possível constatar estar diante dos mesmos períodos, por isso não poderia o Auditor Fiscal proceder com a autuação em epígrafe.

Prossegue dizendo que na hipótese de não ser acolhido a total improcedência do Auto de Infração, a multa aplicada no auto de infração em questão no percentual de 60% (sessenta por cento), com base no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, viola o princípio do não confisco.

Assevera ser evidente a violação ao preceito inscrito no art. 150, inciso IV, da constituição federal, que prevê a proibição do confisco em matéria tributária.

Fala que o princípio da vedação do confisco é previsto no sistema tributário nacional como uma das limitações constitucionais ao poder de tributar. Segundo a regra ínsita no art. 150, IV, da Constituição Federal, “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco”.

Diz se fazer necessário esclarecer o que seria multa confiscatória, neste caso é aquela que absorve grande parte do valor da propriedade ou de sua renda, havendo uma diferença apenas entre o imposto constitucional e o confiscatório. A partir desse conceito, Ilustres Julgadores, é possível constatar a desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa que evidenciou o caráter confiscatório atenta contra os preceitos legais.

Externa o entendimento de que o confisco se caracteriza quando a alíquota efetiva, sobre uma operação, resulte que mais de 50% do seu valor econômico líquido (preço menos tributos) seja destinado ao fisco, situação está que se enquadra com o caso em tela.

Informa que em recente decisão monocrática, o Ministro Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a inconstitucionalidade das multas aplicadas por falta de pagamento de tributos ou descumprimento de obrigações acessórias acima de 20%. O Ministro considerou inconstitucional a aplicação da multa de 25% cobrada pelo Estado de Goiás de empresas que sonegaram, falsificaram ou prestaram informações erradas em notas fiscais do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

Após transcrever Acórdão da mencionada decisão conclui ser absolutamente inadequada e ilegal a aplicação da multa no percentual de 60%, pois revela nítido caráter confiscatório, pois fere frontalmente a legislação, além de afrontar contra o patrimônio e o princípio da razoabilidade, caso que requer a redução da alíquota para o percentual de 20%, conforme determinado pelo Supremo Tribunal Federal em seus julgados.

Finaliza requerendo a procedência da presente impugnação, vez que o do AI nº 2797570002/19-0 está destituído de qualquer fundamento fático e/ou jurídico plausível. Na hipótese de não ser acolhido a total improcedência do Auto de Infração requer que seja afastada a aplicação da multa no percentual de 60%, em face de sua total ilegalidade, bem como por ofender ao princípio do não confisco, gerando enriquecimento sem causa por parte do Estado e, por fim, reduzir a multa para o percentual de 20%.

Pede ainda a produção de todas as provas em Direito admitidas, especialmente a juntada dos documentos em anexo, bem como outros que vierem a ser necessários, nos casos pertinentes, nos termos acima requeridos.

Um dos autuantes, ao prestar a Informação Fiscal, fls. 65 a 66, destaca que a atividade descrita às fls. 34 pelo patrono da Autuada não condiz com a realidade dos fatos. Ou seja, o Autuada não opera com extração mineral de granito Branco Itaúnas e tão pouco está sediado no município de Medeiros Neto, no Sul do Estado.

Após, diz que a única alegação da autuada é de que o valor exigido no auto de infração em discussão estaria em duplicidade haja visto que, nos autos nº 279757.00023/19-7, já estão sendo exigidos esses créditos fiscais, entretanto, afirma que tal fato não se consuma. Isto porque no citado auto de infração não há glosa, em momento algum, dos valores exigidos nesta ação fiscal.

Explica que no auto de infração nº 279757.0003/19-7 os créditos fiscais reclamados estão considerados como créditos fiscais vinculados ao projeto, portanto incluídos na base de cálculo de apuração do valor da parcela sujeita à dilação (vide cópias anexadas pela Autuada às fls. 36 a 60) enquanto nesta ação fiscal o que se discute é a idoneidade daquele crédito fiscal.

Após reiterar não ter havido glosa do crédito fiscal no auto de infração nº 279757.0003/19-7, assevera que a Autuada registra na sua escrita fiscal créditos fiscais inexistentes. Não foram

apresentadas as referidas Notas Fiscais relacionadas no demonstrativo de fls. 09, no âmbito da ação fiscal e tampouco agora, em sede de defesa administrativa.

Esclarece eu na peça defensiva do auto de infração nº 279757.0003/19-7 a Autuada tenta se eximir da acusação alegando que o imposto ali exigido é objeto de exigência neste presente auto de infração, porém, não há qualquer vinculação direta entre uma exigência e a outra. Numa não se discute a origem do crédito fiscal e sua idoneidade mas tão somente seu enquadramento diante da Instrução Normativa nº 27/2009 e a Resolução DESENVOLVE nº 125/2012. Aqui, o que se discute é a idoneidade do crédito fiscal utilizado a partir da apresentação do documento fiscal registrada na sua escrita fiscal.

Em sua conclusão assevera que a Autuada simplesmente faz uma alegação descabida e em momento algum fez prova das suas alegações. Fato é que a Autuada registro na sua escrita fiscal o montante inexistente de crédito fiscal de R\$351.143,39, referente a devoluções de mercadorias que sequer foram objeto de saídas para os referidos destinatários.

## VOTO

A acusação fiscal diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em decorrência da não apresentação do competente documento comprobatório ao referido crédito.

Da análise dos documentos que embasaram o presente lançamento, anexados às fls. 09 a 11, e informações complementares inseridas na descrição da infração, constato que a empresa utilizou crédito fiscal de ICMS referente a imposto destacado em notas fiscais de devolução de venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, CFOPs 2201 e 2202, sem a apresentação do respectivo documento fiscal ou informação das suas chaves de acesso, além de não terem sido comprovadas as saídas anteriores para os destinatários das mercadorias.

Na apresentação da defesa, o contribuinte não apresenta nenhum documento ou aponta qualquer erro de cálculo nos papéis de trabalho, elaborados pela fiscalização. A sua alegação diz respeito a suposta existência de cobrança em duplicidade, asseverando que os valores objeto do presente lançamento já estariam sendo exigidos através do Auto de Infração, de nº 2797570003/19-7, asseverando que no referido PAF a fiscalização ao verificar a utilização de créditos fiscais indevidamente realizou o cálculo do benefício DESENVOLVE, nos mesmos períodos.

Um dos autuantes, ao prestar a Informação Fiscal, mantém integralmente o valor originalmente exigido, salientando que no Auto de Infração a que se referiu o autuado, o de nº 2797570003/19-7, não houve glosa, dos valores exigidos no presente lançamento.

Explica que naquela ação fiscal foi efetuada a apuração do ICMS DESENVOLVE, onde foram mantidos os créditos fiscais ora reclamados, considerados como créditos fiscais vinculados ao projeto, portanto, incluídos na base de cálculo de apuração do valor da parcela sujeita à dilação, não havendo qualquer vinculação direta entre uma exigência e a outra.

De fato, de acordo com as fotocópias anexadas pelo próprio autuado às fls. 40 a 61, referente ao Auto de Infração nº 2797570003/19-7 e seus anexos, constato que a auditoria realizada diz respeito ao cálculo da parcela do saldo devedor do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do estado da Bahia- DESENVOLVE, aplicando o disposto na Instrução Normativa nº 27/2009, que assim determina:

1. *Para cálculo da parcela do saldo devedor do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, o contribuinte deverá efetuar ajustes sobre o saldo devedor do ICMS encontrado no final de cada período de apuração, expurgando os valores referentes às operações e prestações não vinculadas aos investimentos constantes do projeto aprovado pelo conselho deliberativo do programa.*

- 2 - *O saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo DESENVOLVE será apurado pela seguinte fórmula:*

$$SDPI = SAM - DNVP + CNVP, \text{ onde:}$$

*SDPI = saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE;*

*SAM = saldo apurado no mês (se devedor, entrará na fórmula com sinal positivo; se credor, entrará na fórmula com sinal negativo);*

*DNVP = débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado;*

*CNVP = créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado.*

Assim, para a apuração do saldo devedor do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do estado da Bahia- DESENVOLVE, foram considerados os saldos devedores apurados pelo contribuinte em sua escrita fiscal, e apenas expurgados as operações e prestações não vinculados ao projeto de investimento, não sendo incluídas as notas fiscais objeto do presente lançamento.

Assim, concordo com o entendimento do autuante de que os valores exigidos no presente lançamento não se relacionam com os exigidos nos Auto de Infração nºs 2797570003/19-7, pois naquele procedimento apenas foi ajustado o saldo devedor mensal do ICMS apurado pelo contribuinte em sua Escrituração Fiscal Digital-EFD, a fim de se apurar o saldo do imposto a recolher, passível de incentivo pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, enquanto que no presente lançamento a irregularidade diz respeito à falta de apresentação do competente documento comprobatório do direito ao crédito fiscal, não havendo a alegada duplicidade de exigência fiscal.

Assim, considero como corretos os valores apontados pela fiscalização no demonstrativo de fl. 09, já que não foram apresentadas quaisquer provas capazes de elidir a infração.

No que tange à arguição de desproporcionalidade, do caráter confiscatório e de inconstitucionalidade, saliento que a multa aplicada, encontra-se prevista no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, não cabendo a este órgão julgador administrativo a apreciação de questões relacionadas à constitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF-BA.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa imposta, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158, do RPAF/BA.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279757.0002/19-0**, lavrado contra **JM2 INDÚSTRIA DE EMBALAGEM EIRELI** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$351.143,39**, acrescido da multa de 60%, prevista na Lei 7.014/96, artigo 42, inciso VII, alínea “a”, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de agosto de 2019

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR