

A. I. N° - 293259.0009/18-0
AUTUADO - CONFECÇÕES E COMÉRCIO NACIONAL EIRELI
AUTUANTES - JOSÉ RAIMUNDO RIBEIRO DOS SANTOS e TRAJANO ROCHA RIBEIRO
ORIGEM - INFAZ EUNAPOLIS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/02/2020

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0007-05/20

EMENTA: ICMS. 1. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO PROBATÓRIO. Infração 1 não elidida. Manutenção da exigência fiscal. 2. MULTA PERCENTUAL. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA PARA COMERCIALIZAÇÃO. Multas por descumprimento da obrigação tributária. Falta de pagamento do ICMS Antecipação Parcial, nas etapas de aquisição das mercadorias destinadas à comercialização, originárias de operações interestaduais. Recolhimento do tributo nas etapas subsequentes de saídas. Infrações 2 e 3 também elididas. Rejeitada a preliminar de nulidade do ato de lançamento. Não acolhidos os pedidos de redução ou de exclusão das multas por descumprimento de obrigação tributária ao argumento de violação ao princípio do não confisco. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 26/12/2018, para exigir ICMS e multas no valor principal de R\$ 144.382,87, contendo as seguintes imputações fiscais:

Infração 01 – 01.02.42 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Valor exigido: R\$ 3.333,20, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 07.15.13 - Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Falta de recolhimento. Valor exigido: R\$ 137.461,73 – penalidade prevista no art. 42, inc. II, letra “d” da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – 07.15.05 - Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Recolhimento a menor. Valor exigido: R\$ 3.587,93 – penalidade prevista no art. 42, inc. II, letra “d” da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi intimado do lançamento de ofício via DTE (Domicílio Tributário Eletrônico) em 22/01/2019 e ingressou com defesa administrativa protocolada em 13/03/19, peça processual anexada às fls. 09/25 dos autos, firmada pelo sócio titular da pessoa jurídica.

Após ressaltar a tempestividade da impugnação administrativa e fazer uma síntese da demanda a defesa arguiu a nulidade do presente Auto de Infração.

Nessa preliminar ao fazer diversas transcrições de trechos de livros de direito processual administrativo e constitucional, citando doutrinadores a exemplo de Feijó Coimbra, Sylvia Di Pietro, José Afonso da Silva e também reproduzir as disposições do art. 39 do RPAF (Decreto

Estadual nº 7.629/99), com destaque para a parte que se refere à demonstração da base de cálculo na peça de lançamento, a defesa argumenta que na inicial acusatória não houve a discriminação da alíquota, do percentual da multa e da base de cálculo nos campos obrigatórios do Auto de Infração, ou seja, das respectivas “memórias de cálculo” incorrendo em vício insanável e violação ao art. 39, inc. IV do RPAF/99. A título de exemplo citou o relatório do mês de julho/2016 (fls. 16/17) para afirmar que no campo “descrição dos fatos” não há qualquer menção aos documentos utilizados para compor o débito apurado, de forma que sustenta que o contribuinte teve a sua defesa cerceada.

No mérito, passa a fazer considerações em torno da multa pela ausência de recolhimento do imposto (infrações 02 e 03). Disse que o autuante ao ter verificado a inexistência de recolhimento na modalidade “antecipação” deixou de observar a apuração mensal feita pelo contribuinte, os respectivos recolhimentos e os arquivos que comprovam os pagamentos. Ainda sobre a falta de recolhimento do ICMS por antecipação fez referência à Portaria 114/2004 que permite à empresa, na condição de credenciada, pagar o ICMS até o dia 25 do mês subsequente à entrada da mercadoria. Declarou ser empresa credenciada e que o imposto apurado mensalmente, através do regime de débito e crédito, foi recolhido no dia 09 do mês subsequente à da entrada das mercadorias no estabelecimento, de forma que o contribuinte teria pago o tributo antes mesmo do vencimento do prazo definido na Portaria.

Mais à frente fez referência ao princípio do “*non bis in idem*” afirmando ser vedado o ente tributante cobrar tributo sobre uma mesma hipótese tributária, mais de uma vez. Frisou ainda que a “antecipação” não caracteriza hipótese de incidência tributária, e que o imposto cobrado neste Auto de Infração, em relação aos itens 02 e 03, foi recolhido integralmente antes do prazo final de vencimento das obrigações tributárias.

Em outro tópico da peça de defesa o contribuinte arguiu a inconstitucionalidade de multas tributárias em patamar superior a 25% conforme jurisprudência mais recente do STF (Supremo Tribunal Federal – ADI 1.075-MC – Ministro Celso de Mello). Proibição de confisco em matéria tributária. Fez referência a outros julgados daquela corte superior, reiterando o pedido de declaração de violação ao texto constitucional e ilegalidade das multas aplicadas no presente Auto de Infração.

Ao finalizar a inicial defensiva, formulou os seguintes requerimentos:

- a) Declaração da insubsistência do Auto de Infração em virtude de defeitos formais consignados na impugnação;
- b) Caso não acolhido o primeiro pedido, que seja disponibilizado para autuada os relatórios contendo as bases de cálculo e as alíquotas correspondentes às infrações com a posterior reabertura do prazo de defesa;
- c) Juntada de documentos e produção de provas, inclusive a pericial (art. 123 do RPAF).

Foi prestada a informação fiscal pelo autuante através da peça juntada às fls. 94/96, datada de 03/07/2019. Após fazer uma síntese das alegações defensivas, o autuante passou a discorrer acerca de cada uma das imputações fiscais.

Infração 01: Fez observar na peça informativa que a empresa autuada utilizou crédito fiscal transferido das filiais, conforme documentos listados na página quatro do PAF. Entretanto, para o crédito lançado no valor de R\$ 3.333,20, não existe a Nota Fiscal correspondente. A autuada continua sem apresentar o documento fiscal em sua defesa. Considerou procedente a infração.

Infração 02 e 03: Declarou que a autuada reconhece que não recolhe o ICMS devido por antecipação parcial das mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação. E argumenta que não recolhe o ICMS “antecipação”, pois considera ser suficiente o recolhimento do ICMS no dia 09.

Disse que improcede a alegação de que não recebeu os demonstrativos elaborados pela

fiscalização, informando que os mesmos foram entregues, via e-mail cadastrado no Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e). Acrescentou que a autuada recebeu em seu e-mail o demonstrativo analítico por nota fiscal e o demonstrativo sintético totalizado por mês.

O demonstrativo analítico por nota fiscal, contém claramente as informações do documento fiscal de entrada das mercadorias, necessários para apuração do ICMS devido por antecipação parcial, tais como: número da Nota Fiscal, descrição da mercadoria, valor da mercadoria, alíquota de origem, alíquota interna na saída e o valor do ICMS antecipação parcial devido.

Disse ainda, que a autuada sabe perfeitamente como apurar o ICMS antecipação parcial e reconhecia sua obrigatoriedade, tanto que efetuou os recolhimentos no ano de 2015, meses de janeiro a julho, apesar de tê-lo recolhido em valor menor.

A autuada também demonstra conhecimento do direito de creditar-se do ICMS devido por antecipação parcial após seu pagamento, pois assim creditou-se nos meses em que ocorreu o pagamento.

Os demonstrativos elaborados foram enviados para o e-mail “fiscal12@contamar.com.br”, em 04/01/2019, cadastrado no endereço eletrônico (Sistema DT-e) fornecido pela própria autuada. Cópia do e-mail nas páginas 97 e 98.

Foram enviados para o e-mail do Domicílio Tributário Eletrônico da autuada, em 04/01/2019, os seguintes documentos (fl. 96):

Nome	Formato	Descrição
AI 293259000918-0 – Confecções e Comércio Nacional – Eireli	PDF	Auto de Infração – 3 páginas
AI 293259000918-0 DD – Confecções e Comércio Nacional – Eireli	PDF	Demonstrativo de Débito – 3 páginas
Confecções – A parcial	XLS	Relação analítica por nota fiscal do cálculo do ICMS antecipação parcial devido – 505 páginas de relatório. Relação por mês do ICMS antecipação parcial devido, recolhido e a recolher.
Confecções – NF – Recebimento de Crédito	XLS	Demonstrativo do crédito indevido por falta de documento comprobatório

Afirmou também que improcede a alegação defensiva de não saber qual a base de cálculo utilizada para determinar o débito tributário, pois está claro no Auto de Infração que a base de cálculo é o valor do ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, no caso da infração 02. E para infração 03 é o valor da parcela do ICMS que deveria ter sido paga por antecipação parcial. As bases de cálculo foram apuradas e demonstradas na folha cinco do PAF.

Com relação à multa aplicada informou que não há que se falar em abusividade, pois é a mesma é prevista no art. 42, incisos II e VII da Lei nº 7.014/96, conforme consta no próprio auto de infração. Ressaltou, ainda, que a multa prevista no auto de Infração sofrerá as reduções estabelecidas nos artigos 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96.

Em face do exposto pede o autuante que o presente Auto de Infração seja julgado **totalmente procedente**.

VOTO

O Auto de Infração em lide, é composto de 03 imputações fiscais conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Na infração 01 o contribuinte foi acusado de ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS por ter lançado valores na escrita fiscal sem o correspondente lastro documental, fato ocorrido em setembro de 2016. O crédito glosado totalizou a cifra de R\$ 3.333,20.

Nas infrações 02 e 03 foi aplicada a multa percentual de 60%, em razão do contribuinte não ter

efetuado o pagamento ou efetuado pagamento a menos do imposto devido a título de antecipação parcial, por ocasião das entradas das mercadorias em seu estabelecimento, provenientes de outras unidades da Federação. Porém, o imposto dessas operações foi recolhido nas etapas subsequentes de saídas das mercadorias adquiridas.

Em razões preliminares, o contribuinte suscitou a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que o ato de lançamento não foi devidamente formatado, com o detalhamento das bases impositivas, respectivas alíquotas e percentuais das multas aplicadas, incorrendo em cerceamento ao direito de defesa.

Não procedem os argumentos defensivos, visto que após a lavratura do Auto de Infração, na repartição fiscal, o contribuinte foi regularmente intimado, através do DTE (Domicílio Tributário Eletrônico), sendo encaminhado para o mesmo todas as peças que compõem o ato de lançamento, no e-mail cadastrado pelo próprio contribuinte (doc. fl. 98), em 04/01/2019, envolvendo: **cópia do Auto de Infração, Demonstrativo de Débito por período mensal, relação analítica por nota fiscal do cálculo da antecipação parcial, relação mensal do ICMS antecipação recolhido e a recolher e Demonstrativo do crédito indevido por falta de documento comprobatório**. Este fato se encontra documentado à fl. 7 dos autos e também à fl. 98, conforme já consignado linhas acima, de forma que não se consumou o vício processual apontado na inicial defensiva. Não acolho, portanto, a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo.

No mérito, verifico em relação à infração 01 que o contribuinte não apresentou contestação específica para contraditar a cobrança. Sequer trouxe aos autos o documento que atestasse a legitimidade dos créditos fiscais glosados pela fiscalização. Frente à inércia defensiva, a decisão é pela manutenção da exigência fiscal que compõe o item 01 do Auto de Infração.

Em relação às infrações 02 e 03, que contemplam exigência de multas, o contribuinte, na peça impugnatória, efetivamente declara que não efetuou o pagamento do ICMS- antecipação parcial nas entradas das mercadorias, porém, afirma que procedeu ao pagamento do tributo nas etapas de saídas, no dia 09 do mês subsequente à apuração do imposto, pelo sistema débito/crédito. A multa exigida visa exatamente penalizar o contribuinte que á revelia do que dispõe a legislação, deixou de pagar o imposto que deveria ser apurado na entrada, porém, efetuou os recolhimentos do ICMS nas etapas subsequentes de saídas das mercadorias. Assim dispõe a lei do ICMS no art.42, parágrafo 1º, com a seguinte redação: “§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”.

No que se refere à alegação de excessividade da multa de 60% aplicada neste Auto de Infração, observo que os argumentos defensivos estão fundamentados no princípio do não confisco, positivado no art. 150, inc. IV da CF/88. Esta questão não pode ser apreciada por esta JJF, pois não estão inclusos no campo de competência dos órgãos administrativos de julgamento, a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. É que o prescreve o art. 167, incisos I e III do RPAF, (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Importante consignar, em acréscimo às razões acima expendidas, que a penalidade aplicada nas ocorrências que compõem o presente Auto de Infração, correspondente a 60% (sessenta por cento) do valor do imposto que deixou de ser recolhido pelo contribuinte, pode ser objeto de redução. Há inclusive previsão de redução da penalidade na própria peça de lançamento. Os percentuais de redução variam de 90%, caso o imposto fosse pago integralmente antes do encerramento do prazo de impugnação, a 70%, em caso de pagamento não integral, podendo atingir até 25%, se pago o débito antes do ajuizamento da execução fiscal, de forma que as multas lançadas podem ser submetidas a expressivas reduções, conforme previsto na própria lei de regência do ICMS na Bahia (Lei nº 7.014/96), no seu art. 45. O percentual da multa indicado no Auto de Infração é,

portanto, variável e submetido às expressivas reduções previstas na norma instituidora do tributo no Estado da Bahia.

Frente ao acima exposto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA “*in totum*” do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **293259.0009/18-0**, lavrado contra **CONFECÇÕES E COMÉRCIO NACIONAL EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar do imposto no valor de **R\$3.333,20**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigação tributária no valor total de **R\$141.049,66**, prevista no inciso II, “d”, § 1º do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 5387/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR