

A. I. Nº - 129712.0012/18-0
AUTUADO - MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.
AUTUANTE - MARIA CRISTINA ALVES CORREIA SANTOS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02.07.2020

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0053-05/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES SUJEITAS AO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INFRAÇÃO 01. Deduzidos os valores referentes aos meses em que o sujeito passivo possuía saldos credores aptos a amparar os créditos indevidamente utilizados. Infração 01 parcialmente elidida. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. 2.a)** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES DE SAÍDA REGULARMENTE TRIBUTADAS. MULTA. INFRAÇÃO 02. **2.b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES DE SAÍDA REGULARMENTE TRIBUTADAS. MULTA. INFRAÇÃO 03. Este órgão não pode se manifestar em relação ao caráter supostamente exagerado das medidas punitivas de que tratam as infrações 02/03. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de realização de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado no dia 13/12/2018, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$157.998,25, sob a acusação do cometimento das 03 (três) irregularidades a seguir discriminadas:

Infração 01 – Utilização indevida de crédito, referente às aquisições de mercadorias submetidas ao regime da substituição tributária (01 a 12/2016). R\$150.173,90 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96.

Infração 02 – Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio contribuinte, devidamente registrado na escrita, com saídas tributadas de forma regular (05 e 07/2016). Multa de R\$1.386,44, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

Infração 03 – Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, relativo às entradas escrituradas de mercadorias para revenda, com saídas subsequentes regularmente tributadas (01, 03, 06, 10 e 11/2016). Multa de R\$6.437,91, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

O sujeito passivo ingressa com a peça defensiva às fls. 102 a 117.

Quanto à infração 01, argumenta que não há nos autos elementos comprobatórios suficientes para verificar se a utilização indevida dos créditos repercutiu na obrigação principal, motivo pelo qual suscita a nulidade da exigência, sob o argumento de que com isso restaram não observados os princípios do direito à ampla defesa, da motivação, do devido processo legal e da legalidade.

No mérito, requer improcedência, pois, conforme pretende comprovar com a juntada de cópia do livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS; documento 03), a apropriação se deu com supedâneo no art. 5º do Decreto 16.517/15 c/c Decreto 16.499/15, que alterou o Anexo 01 do RICMS/12 e retirou algumas mercadorias do regime da substituição tributária.

Destaca que, ao lançar os valores na escrita, utilizou o termo *apropriação*, e não *utilização*.

Tais apropriações teriam ocorrido somente nos meses de fevereiro e março do exercício de 2016, consoante autorização do art. 5º do Decreto 16.517/15, e não em todo período.

Relativamente às infrações 02/03, suscita desvio de finalidade e pugna pela improcedência, tendo em vista: (i) o recolhimento tardio, sem prejuízo para o Fisco; (ii) valor de ICMS tomado como base de cálculo de multa, do que resulta medida punitiva exagerada; e (iii) violação aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e vedação de confisco.

Transcrevendo ensinamentos de Paulo de Barros, sustenta que seria mais adequado para o Estado utilizar critério que levasse em conta, por exemplo, o tempo correspondente à mora no recolhimento do gravame.

Por isso, acrescentando que não houve dolo, fraude ou simulação, solicita redução ou cancelamento.

Pede que seja realizada perícia contábil (quesitos às fls. 115/116) e encerra requerendo o acolhimento da impugnação.

Na informação fiscal, de fls. 151 a 153, a autuante assevera ser insustentável o argumento de que faltam as provas atinentes à infração 01, uma vez que os trabalhos foram elaborados com base em todos os documentos fiscais eletrônicos e na Escrituração Fiscal Digital (EFD) transmitida a esta Secretaria da Fazenda por meio da Internet, sendo que a juntada dos papéis aos presentes autos é mera praxe para amostragem.

Também não seria verdadeira a tese defensiva de que os créditos foram utilizados com base no Decreto 16.499/15, o que pode ser observado na relação de fls. 20 a 34, da qual somente constam itens enquadrados no Anexo 01 do RICMS/12, em vigor quando das ocorrências.

Nega-se a entrar no mérito da defesa da segunda e terceira imputações (medidas punitivas alegadamente exageradas; levantamentos de fls. 71 e 77 a 88), tendo em vista a vinculação da sua atividade ao ordenamento jurídico.

Mantém a autuação.

Após a instrução do presente feito para Decisão, apresentou-se a esta Junta a advogada Nina Lobo, componente do escritório de advocacia Fiedra Britto & Ferreira Neto, tendo requerido, via e-mail, a retirada do processo de pauta:

“Prezados(as) - boa tarde!

Tudo bem?

O Processo Administrativo n. 1297120012180 foi incluído na pauta de julgamento virtual do dia 07/05/2020, todavia, em atenção às razões a seguir expostas, essa advogada requer a retirada da pauta virtual, para que o processo seja incluído em julgamento presencial, quando do retorno dos atendimentos.

1) O antigo escritório de advocacia que acompanhava o processo administrativo renunciou ao mandato e este escritório Requerente não fora habilitado, de modo que não há conhecimento do objeto desta ação fiscal;

2) O atendimento da SEFAZ/BA está suspenso por força do Decreto 19.549/20, razão pela qual essa Advogada se encontra impossibilitada em ter acesso ao conteúdo do processo administrativo fiscal - o que impossibilitaria a defesa junto ao CONSEF;

3) A Portaria n. 33/2020 prevê que a participação de videoconferência junto ao CONSEF deve atender aos requisitos previstos no art. 1º, os quais não são atendidos por essa Advogada, que não possui webcam em seu desktop e, atualmente, não tem condições de adquirir.

Por essas razões, reitero a necessidade de retirada do PAF de pauta virtual.

Agradeço desde já.

Atenciosamente,

(...)”.

Referida profissional foi informada da falta de previsão regimental para tanto, tendo sido facultado à mesma o adiamento do julgamento, com vistas a que pudesse analisar os autos e exercer o direito de sustentação oral, inclusive com o oferecimento dos equipamentos de teleinformática deste Conselho para que utilizasse, caso desejasse ou precisasse.

Entretanto, no dia do julgamento, a causídica não apresentou procuração e não compareceu, virtual ou presencialmente.

VOTO

Destituídos de amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento de fiscalização e lançamento, quer no que diz respeito à infração 01, quer no que se refere às demais, pois a auditora expôs com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveu as irregularidades, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos.

Inexistente violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º; RPAF /99), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Todos os elementos necessários ao julgamento estão presentes nos autos. Indefiro o pedido de realização de perícia ou diligência, fundamentado no art. 147, I, “a” do RPAF/99.

Quanto ao mérito do primeiro item do Auto de Infração (utilização indevida de crédito, referente às aquisições de mercadorias submetidas ao regime da substituição tributária), por meio da análise dos documentos juntados pelo próprio sujeito passivo às fls. 131 a 148, é possível notar de que forma os créditos, tidos como indevidos pela Fiscalização, juntamente com os saldos credores contidos pelo autuado na sua escrita em alguns meses, repercutiram financeiramente na apuração das quantias efetivamente devidas (os valores entre parênteses na coluna SALDO DEVEDOR ESCRITURADO (R\$) são negativos; ou seja, saldos credores). Veja-se:

MÊS	VALOR LANÇADO PELO FISCO (R\$)	SALDO DEVEDOR ESCRITURADO (R\$)	MONTANTE A PAGAR (R\$)	FLS.
JAN/16	3.310,20	17.000,49	3.310,20	132
FEV/16	13.612,33	(42.625,25)	-	134
MAR/16	20.822,96	(47.749,62)	-	135
ABR/16	32.888,99	(26.046,87)	6.842,12	136
MAI/16	17.776,74	(7.105,30)	10.671,44	138
JUN/16	16.144,76	7.728,90	16.144,76	141
JUL/16	19.779,00	10.522,58	19.779,00	142
AGO/16	13.068,57	9.821,25	13.068,57	143
SET/16	10.705,61	7.003,44	10.705,61	144
OUT/16	1.076,91	4.507,76	1.076,91	145
NOV/16	721,44	6.287,34	721,44	147
DEZ/16	266,39	6.176,94	266,39	148
TOTAL			R\$ 82.586,44	

Por conseguinte, nos meses de fevereiro e março de 2016 o defendente possuía saldos credores suficientes para amparar a totalidade dos créditos indevidamente utilizados, ao passo que nos meses de abril e maio do mesmo ano os possuía apenas parcialmente.

Assim, devem ser deduzidos da infração 01 – na totalidade -, os valores concernentes aos referidos períodos (fevereiro e março de 2016), e parcialmente as quantias atinentes a abril e maio,

permanecendo na íntegra aqueles relativos a janeiro e junho a dezembro do mesmo ano, na quantia de R\$82.586,44, discriminada na tabela acima, na coluna denominada MONTANTE A PAGAR (R\$).

Conforme o autuado, a apropriação dos valores glosados ocorreu com fulcro na autorização do art. 5º do Decreto 16.517/15, c/c Decreto 16.499/15, que alterou o Anexo 01 do RICMS/12, e retirou algumas mercadorias do regime da substituição tributária.

O contribuinte afirmou que as referidas apropriações ocorreram somente nos meses de fevereiro e março do exercício de 2016, consoante autorização do art. 5º do Decreto 16.517/15, e não em todo período. Todavia, de acordo com o acima exposto, os meses de fevereiro e março de 2016 não mais estão em questão (seus respectivos valores foram totalmente deduzidos, juntamente com os de abril e maio - parcialmente).

Relativamente aos outros períodos, o que se tem é que o fiscalizado não impugnou nenhum dos itens e operações designadas às fls. 20 a 34 e 35 a 55. Não conseguiu demonstrar falhas nos cálculos ou na qualificação das mercadorias, como submetidas ao regime da substituição tributária.

Por exemplo, argamassa (NCM/SH 32149000; itens 8.2 e 8.3, do Anexo 01 do RICMS/12; fl. 39; 11/04/2016), cimento (NCM/SH 25232910; item 5.1, do Anexo 01 do RICMS/12; fl. 42; 09/05/2016), anéis (NCM/SH 40169300; item 1.7, do Anexo 01 do RICMS/12; fl. 46; 22/07/2016), abraçadeira inox (NCM/SH 72361900; item 8.58, do Anexo 01 do RICMS/12; fl. 51; 02/08/2016) etc..

Infração 01 parcialmente elidida, de R\$ 150.173,90 para R\$ 82.586,44.

Passemos ao julgamento das infrações 02/03.

Não há desvio de finalidade, tampouco recolhimento tardio sem prejuízo para o Fisco, uma vez que tal conduta (recolhimento tardio) autoriza, aliás, obriga a autoridade fiscalizadora a fazer valer as disposições do artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96.

Este órgão não pode se manifestar em relação ao caráter supostamente exagerado das medidas punitivas de que tratam as referidas imputações, em função dos comandos e vedações do art. 167, I e III do RPAF/99.

Nas circunstâncias do presente caso, este Conselho também não tem autorização legal para deliberar sobre pedidos de redução de multas, sejam elas por descumprimento de obrigações legais, principais ou acessórias.

O § 7º, do art. 42 da Lei do ICMS/BA, foi revogado pela Lei nº 14.183, de 12/12/2019, publicada no Diário Oficial do Estado de 13/12/2019, com efeitos a partir de 13/12/2019.

Infrações 02/03 caracterizadas.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **129712.0012/18-0**, lavrado contra **MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$82.586,44**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, bem como da multa de **R\$7.824,35**, prevista no inciso II, “d”, do art. 42 da referida Lei, com os acréscimos moratórios estatuídos na Lei 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR