

PROCESSO - A. I. Nº 279459.0057/20-4
RECORRENTE - RN COMÉRCIO VAREJISTA S.A.
REORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JF nº 0053-03/21-VD
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/11/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0260-12/21-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO ANTECIPADA. CRÉDITO APROPRIADO ANTES DO RECOLHIMENTO RESPECTIVO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Documentos juntados ao processo comprovam que o valor do imposto relativo à antecipação parcial lançada na apuração mensal, foi maior do que o efetivamente pago no mês. Procedimento fiscal em falta de conformidade com a legislação do imposto. Não apresentadas provas capazes de elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Indeferido o pedido de realização de diligência fiscal. Não acolhido pedido de cancelamento ou redução da multa aplicada, por falta de amparo legal. Mantida a Decisão. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF/BA, contra a decisão proferida pela 3ª JF, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 25/11/2020, acusando utilização antecipada de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias objeto de antecipação parcial, antes do respectivo recolhimento, com repercussão, realizando abatimentos em sua EFD (março a junho, agosto a dezembro de 2017) - R\$1.173.348,78, acrescido da multa de 60%.

Na decisão proferida (fls. 67 a 72) preliminarmente foi ressaltado que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a Lei nº 7014/96 e o RICMS/2012, com irregularidade apurada e demonstrada no levantamento fiscal (fl. 6), cópias de DAES de pagamentos realizados (fls. 7/9) e cópia do livro de Apuração (EFD - fls. 20/27), que dão suporte ao lançamento, atendendo aos pressupostos de validade processual, inexistindo quaisquer das hipóteses de nulidade prevista no artigo 18 do RPAF/BA.

Indeferiu o pedido de realização de diligência ou perícia fiscal, considerando que os elementos contidos nos autos eram suficientes para a formação do convencimento dos julgadores e destinar-se a verificar fatos e documentos que estão na posse do contribuinte, e não depender do conhecimento especial de técnicos, para as conclusões acerca da lide. No mérito apreciou que:

No mérito, o autuado foi acusado de ter utilizado antecipadamente, crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias, objeto de antecipação parcial, antes do respectivo recolhimento, com repercussão, realizando abatimentos em sua EFD, nos meses de março a junho, agosto a dezembro de 2017.

Sobre o ICMS antecipação parcial, a matéria encontra-se estabelecida no § 6º, do art. 12-A da Lei 7014/96:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

§ 6º O valor do imposto antecipado parcialmente pelos contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração, nos termos do art. 12-A, poderá ser escriturado a crédito, conforme dispuser o regulamento.

Por sua vez, a regra do inciso II, do art. 309 do RICMS/2012, assim determina:

Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

(...)

II - o valor do imposto antecipado parcialmente pelos contribuintes cujo imposto seja apurado pelo regime de conta-corrente fiscal, cabendo a sua escrituração no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos” do Registro de Apuração do ICMS, no período em que ocorrer o recolhimento;

Da leitura dos dispositivos reproduzidos, dúvida não há, que a legislação aplicável ao caso concreto, condiciona o pagamento do imposto para que o contribuinte possa utilizar tais valores como crédito em sua conta corrente fiscal.

Analizando os elementos que compõem o presente lançamento, constato que o Autuante, a partir da data dos valores lançados na EFD (Escrituração Fiscal Digital) do Autuado, a título de ICMS antecipação parcial, comparou com as datas dos respectivos recolhimentos, constatando dessa forma a irregularidade ora discutida, ou seja, o lançamento a crédito na conta corrente fiscal, antes de efetivar o pagamento.

Nas razões de defesa, o autuado não apresenta qualquer elemento com o condão de extinguir ou modificar a autuação fiscal. Limitou-se a arguir, que foi requerida e deferida pelo Juízo da Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, o processamento de sua Recuperação Judicial (1070860- 05.2020.8.26.0100), conforme despacho proferido em 10 de agosto de 2020.

Sobre estas alegações, observo que a recuperação judicial deferida ao contribuinte, em nada afeta o poder do Fisco na constituição e lançamento do crédito tributário. Ademais, o lançamento de ofício deve ser realizado, para assegurar a futura exigibilidade do crédito tributário, evitando que seja fulminado pela decadência. Importante lembrar, dos privilégios e garantias de que se reveste o crédito tributário, conforme dispõe o art. 184 do CTN, reproduzido a seguir:

Art. 184. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis.

Da leitura dos dispositivos retromencionados, resta evidente, que caberia ao autuado trazer aos autos, a prova de que não utilizou os referidos créditos intempestivamente, o que não ocorreu até esta fase do presente PAF.

Registro que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento. Assim, entendo que a infração resta devidamente caracterizada.

O defendente requereu, que na hipótese desta JJF não deliberar pela improcedência do auto de infração, deve ser cancelada ou mesmo reduzida a multa aplicada, por considerá-la desproporcional e confiscatória.

Não acato o pedido de cancelamento ou redução da multa aplicada, visto que se encontra prevista em Lei, cuja irregularidade apurada enquadra-se corretamente no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7014/96. É importante destacar, que o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e o art. 158 do RPAF/99, que tratavam da competência para redução ou cancelamento da multa foram revogados. (O § 7º, do art. 42 foi revogado pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19). Sendo assim, evidencia-se também, a impossibilidade legal para atendimento a este pleito do defendente, por este Órgão Julgador.

De igual forma, observo que esta Junta de Julgamento Fiscal não possui competência para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria, objeto da contenda (art. 167, I RPAF/99).

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário inteposto (fls. 82 a 96) através dos advogados Marco Aurélio Veríssimo OAB/SP 279.144 e Roberto Carlos Keppler OAB/SP 68.931 inicialmente ressaltam a tempestividade do recurso, discorre sobre a infração e multa, defesa e julgamento que entendem deva ser reformado.

Salientam que a situação financeira é delicada, visto que requereu e foi deferida Recuperação Judicial (1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais nº 1070860-05.2020.8.26.0100) em 10/08/2020, com intuito de preservar a propriedade privada, assegurar sua função social, manter empregos, impostos que movimentam a economia diante da realidade administrativa e financeira, atendendo normas de segurança do trabalho, *compliance*, etc., visando regularizar dívidas, diminuindo o quadro de funcionários, mantendo seus maquinários, visando otimizar o lucro e superar a momentânea crise.

Pondera que a realização de quaisquer atos executórios prejudica imensamente a continuidade do processo de recuperação judicial, colocando em risco, por prejudicar a saúde financeira da empresa, frustrando o interesse dos credores habilitados na aludida recuperação judicial.

No mérito, afirma que a exigência fiscal recai sobre a utilização de crédito fiscal da antecipação parcial antes do seu recolhimento, o que não constitui uma verdade absoluta.

Discorre sobre o princípio da verdade real que se alicerça em provas de materialidade que conduz o Processo Administrativo Fiscal, conforme preconiza doutrinadores, visto que o ato administrativo do lançamento é plenamente vinculado, não podendo ficar a mercê de uma autuação que declara apenas o valor do débito em uma planilha gravada em mídia digital apartada do auto de infração.

Diante da situação financeira que se encontra e dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e hipóteses de lançamento previsto no art. 148 do CTN, requer que seja promovida “*diligência para constatação da ocorrência da infração capitulada, bem como de sua mensuração, caso ela de fato ocorra*” diante de complexo planejamento de cálculo e verificação da existência de infração tributária e sua mensuração na hipótese de ocorrência, para adequação dos elementos fáticos à norma geral e abstrata tributária diante das garantias previstas no art. 150, I da Constituição Federal.

Afirma que diante da sua boa-fé, a multa aplicada não pode ultrapassar o princípio da razoabilidade, resultando em dívidas impagáveis, levando a falência de empresas, que no seu caso encontra-se em processo de recuperação judicial, não podendo a Administração Pública aplicar multas punitivas com efeito de confisco nos termos do art. 150, IV da CF e decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (RE 833.106/GO), além de outras decisões que limitaram o percentual da multa entre 20% e 30% sobre o valor do tributo principal.

Transcreve ementas de diversas decisões judiciais neste mesmo sentido e texto de doutrinadores, para reforçar o seu posicionamento de que a multa aplicada de caráter confiscatório deve ser excluída ou reduzida a patamares razoáveis em função da equidade, ante a manifesta injustiça e caráter confiscatório da multa aplicada, conforme carreadas aos autos.

Conclui requerendo que seja conhecido o recurso para: a) reconhecer a necessidade da conversão do processo em diligência; b) decretar a nulidade da multa imposta; c) caso não acolhidos os argumentos esposados, que a multa aplicada seja reduzida.

VOTO

Inicialmente, cabe apreciar o pedido de realização de diligência fiscal, para apurar “*todas as operações realizadas pela Recorrente no período da apuração fiscal*”. Constato que na situação presente, a fiscalização descreveu a infração que acusa utilização antecipada de crédito do ICMS antecipação parcial, tendo como suporte o demonstrativo de fls. 7 a 9, que relacionam os valores pagos do ICMS antecipação parcial, com DAEs e códigos 2175 e 1755, totalizado por mês que foi confrontado com o lançado no livro de Apuração do ICMS (EFD), de fls. 10 a 24, cujo montante foi sintetizado no demonstrativo de fl. 6, e confrontado com o lançado na EFD, que resultou nas diferenças devidas e exigidas.

Pelo exposto, constata que os dados que dão suporte ao lançamento foram coletados na escrituração fiscal (EFD), e DAEs de pagamento efetuado pelo próprio estabelecimento autuado, cujas provas são de sua posse, e poderiam ser carreadas aos autos. Por isso, fica indeferido o pedido de realização de diligência, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, e que os fatos vinculados à escrituração fiscal e documentos, são de posse do requerente, e a prova poderia ter sido por ele juntada aos autos, nos termos do art. 147, I, “a” e “b” do RPAF/BA.

No mérito, o recorrente reapresentou os mesmos argumentos da impugnação inicial, requerendo verificação na sua escrita fiscal, conforme acima apreciado, no indeferimento da diligência fiscal.

A infração acusa utilização antecipada do crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias, objeto de antecipação parcial, antes do respectivo recolhimento, com repercussão, deduzidos na EFD, em diversos meses (2017).

Pela análise dos elementos contidos no processo, a exemplo do mês de março/2017, constato

que:

- a) O demonstrativo de fl. 7, relaciona o número e data de pagamentos efetuados em diversos dias totalizando R\$146.563,49 do ICMS antecipação parcial.
- b) O demonstrativo de fl. 6, indica que naquele mês foi deduzido na EFD o valor de R\$186.557,97 e exigido a diferença de crédito a maior de R\$39.994,48.
- c) O Registro de Apuração (EFD) daquele mês, juntado à fl. 10, indica lançamento do “ICMS ANTECIPADO EM TRÂNSITO” de R\$186.557,97.
- d) O mesmo procedimento se repete nos meses de abril a dezembro de 2017.

O § 6º, do art. 12-A da Lei nº 7014/96, estabelece:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

§ 6º O valor do imposto antecipado parcialmente pelos contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração, nos termos do art. 12-A, poderá ser escriturado a crédito, conforme dispuser o regulamento.

Pelo exposto, conforme disposto no inciso II, do art. 309 do RICMS/2012, a compensação com o tributo devido para fins de apuração do imposto a recolher, com relação ao valor do imposto antecipado parcialmente pelos contribuintes que apuram o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal, deve ser indicado na escrituração no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos” do Registro de Apuração do ICMS, no período em que ocorrer o recolhimento.

Portanto, não tendo apresentado qualquer prova em contrário, restou comprovado que foi lançado crédito fiscal em montante superior ao que foi recolhido antecipadamente no mês, o que comprova a infração imputada, e correta a Decisão recorrida pela procedência da infração.

Com relação ao pedido de cancelamento ou redução da multa aplicada, por julgar desproporcional e confiscatória, observo que em que pese a empresa encontrar-se em situação de Recuperação Judicial, a multa aplicada de 60%, é prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, portanto, é legal, e de acordo com o artigo 167, I do RPAF/BA, não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária. Também, não tem competência para apreciar questão de cancelamento ou redução da multa por descumprimento de obrigação principal.

Alem disso, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito (fl. 2 e 3), se atendidas as condições estabelecidas no art. 45 do mencionado diploma legal, a multa aplicada poderá ter redução de até 70%, o que, a depender da atitude tomada pelo estabelecimento autuado, o ônus da multa, em termos efetivos, é menor do que o percentual de 60% grafado no Auto de Infração.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279459.0057/20-4**, lavrado contra a empresa **RN COMÉRCIO VAREJISTA S.A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.173.348,78**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS