

**A. I. Nº** - 295309.0007/21-1  
**AUTUADO** - XL MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI  
**AUTUANTE** - CONCEIÇÃO MARIA SANTOS DE PINHO  
**ORIGEM** - DAT NORTE / INFAZ RECÔNCAVO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 24/02/2022

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

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0019-04/22-VD**

**EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL.** Comprovado que os registros na EFD indicam o uso do crédito maior que o destacado no documento fiscal. Item subsistente. **2. DOCUMENTO FISCAL. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO.** Comprovado que os registros na EFD apontam desencontro entre o imposto recolhido e o escriturado na escrita fiscal. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÃO EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. MATERIAIS DESTINADOS AO CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO.** Comprovado que os registros na EFD apontam a falta de recolhimento do ICMS DIFAL. **3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO.** Comprovado que os registros na EFD apontam a falta de recolhimento do ICMS ST. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/06/2021, constitui crédito tributário no valor de R\$59.989,08, conforme demonstrativos acostados às fls. 8 a 15 dos autos, constante do CD/Mídia à fl. 16, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

**INFRAÇÃO 1 – 001.002.040:** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais nos anos de 2017 e 2018, conforme demonstrativo de fls. 9 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 16. Lançado ICMS no valor de R\$1.384,16, com enquadramento no art. 29 e 3, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 309, § 6º, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

**INFRAÇÃO 2 – 003.001.001:** Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto no ano de 2017, conforme demonstrativo de fls. 11 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 16. Lançado ICMS no valor de R\$103,12, com enquadramento no art. 24 a 26, da Lei 7.014/96, c/c art. 305, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60%, aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96.

**INFRAÇÃO 3 – 006.002.001:** Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento no ano de 2018, conforme demonstrativo de fls. 13 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 16. Lançado ICMS no valor de R\$818,47, com enquadramento no art. 4º, inciso XV, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, §4º. Inc. III, alínea “a”, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 – 007.001.002: Efetuou recolhimento a maior do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior nos anos de 2017 e 2018, conforme demonstrativo de fls. 15 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 16. Lançado ICMS no valor de R\$57.683,33, com enquadramento no art. 8º, inciso II, e § 3º; art. 23, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo, às fls. 19/28 dos autos apresenta defesa administrativa, pelas razões que a seguir passo a expor:

Diz ser uma pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 05.960.795/0001-01 e com Inscrição Estadual nº 62.683.341, com sede na Rodovia BA 001, KM 9, s/n, Barra do Gil, Vera Cruz/BA, CEP 44470-000, vem, por intermédio das seus procuradores infra firmados, regularmente constituídos mediante instrumento particular de mandato em anexo (**Doc. 02**), com base no que dispõe o art. 123 do Decreto nº 7.629/99 (RPAF/BA), bem como nos fundamentos de fato e de direito, apresentar tempestiva impugnação aos termos da exigência fiscal em comento, em vista dos fatos e fundamentos expostos a seguir.

#### *I. DA AUTUAÇÃO*

Diz que atua por delonga data no ramo de comercialização de materiais de construção em geral, sempre estimando em sua atuação presteza, boa-fé e desembaraço quando se refere ao relacionamento com os seus clientes, se preocupando sempre em prestar um serviço de referência e de excelência, revestindo-se, assim, da condição de contribuinte do ICMS.

Em 30 de Junho de 2021, tomou conhecimento da lavratura de auto de infração em seu desfavor, por meio do qual o ilustre auditor fiscal, pretende exigir-lhe suposto débito a título da exação, em tela, nos termos da inicial.

Registra que o referido Auto de Infração não merece prosperar, tendo em vista que basta uma simples leitura do auto para constatar que não há elementos caracterizadores do fato gerador, ou seja, a forma como foi lavrado o auto, inclusive dificulta a elaboração da presente Impugnação, pois não é possível identificar como a autoridade administrativa apurou a infração, ônus que lhe competia para respaldar o seu posicionamento.

Outrossim, verifica-se que foram aplicadas multas pelo ente fiscal no percentual de 60%, claramente confiscatórias, ocasionando o aumento absurdo do débito, prejudicando o seu adimplemento pela autuada, justificando a sua imediata revisão.

Neste panorama, cumpre demonstrar que às referidas infrações aplicadas, bem como a multa, estão em total desconformidade com legislação de regência do ICMS, o instituto da compensação tributária, bem como também as decisões jurisprudenciais emanadas pelos Tribunais Superiores pátrio.

#### *I. DO DIREITO*

##### *II.1 Da Necessidade de Conversão em Diligência – Cerceamento de Defesa*

De análise das infrações acostadas, verifica-se que não restou claro como o ilustre fiscal chegou aos valores requeridos, não evidenciando a metodologia utilizada, se restringindo tão somente a afirmar que a infração foi cometida e indicar os valores, mas não demonstrando como de fato encontrou os valores constantes nas infrações ora discutidas.

Neste sentido, diz que se faz imperioso que este C. Órgão Julgador determine a conversão do presente feito em diligência, nos termos do art. 7º, §2º, do Decreto nº 7.629/99, para que as autoridades fiscais procedam a uma análise mais apurada do auto em discussão.

Isto porque, a análise profunda da natureza das operações que ensejaram a glosa dos créditos pela D. Fiscalização não pode ser feita por mero cruzamento de dados ou investigação desprovida

de fundamentação e lastro probatório, como pretende a D. Fiscalização. Faz-se necessária a realização de uma análise mais criteriosa das operações realizadas, por meio da conversão do feito em diligência e, se necessário, da produção de provas com a juntada de documentos de recolhimento do ICMS.

Pontua que o presente Auto de Infração resultou, de uma auditoria, que não consta de quais livros, documentos fiscais analisados, realizada a glosa dos créditos os quais, por si só, não são suficientes para comprovar infração cogitada.

Consigna que, para demonstrar cabalmente a infração, a Fiscalização deveria ter realizado diligência ao estabelecimento da Impugnante, ou – no mínimo – a intimado para prestar esclarecimentos, com a finalidade de averiguar corretamente o pagamento do tributo cobrado.

Diz que a Fiscalização, contudo, escolheu o caminho mais cômodo, tendo se limitado a presumir – repise-se, apenas com base nas informações equivocadas – lançando sobre a Impugnante o ônus de provar sua inocência.

Destaca que a não conversão do feito em diligência implicará em evidente cerceamento de defesa, visto que a impugnante está sendo atuado por valores que não restaram claros e devidamente fundamentos, o que prejudica sua defesa e consequente exercício do contraditório, violando os termos do inciso LV do art. 5º da CF/88.

Diante do exposto, protesta pela conversão do feito em diligência para que o ilustre fiscal discrimine a metodologia utilizada, evidenciando como chegou nos valores requeridos, permitindo a impugnante o seu exercício do seu direito de ampla defesa e contraditório previsto na carta magna brasileira.

## *II.2 Do Caráter Confiscatório da Multa de 60%*

Diz que o débito cobrado se constitui, para além dos montantes referentes às supostas irregularidades no recolhimento do ICMS, ocasionando multas no importe de 60% sobre o valor supostamente devido, que possui inegável caráter confiscatório.

Como cediço, a Constituição Federal vedou a utilização de tributo com efeito confiscatório (art. 150, inciso IV), impondo aos entes tributantes à impossibilidade de invasão ilícita no patrimônio do contribuinte, absorvendo-o pela carga tributária a ponto de comprometer-lo injustamente ou até mesmo de privar-lhe o gozo de determinados direitos.

Após descrever entendimentos de estudiosos do Direito e Decisões do STF, diz que resta incontestável que as multas no caso sob apreciação são confiscatórias, na medida em que supera em muito o valor principal exigido, devendo, portanto, ser extirpada da cobrança do processo fiscal ora combatido, considerando-se absolutamente inconstitucional o dispositivo de lei que lhe dá supedâneo.

Ante o exposto, tendo em vista a incidência de multas superiores aos previstos legalmente, haja vista a afronta ao princípio do não confisco, requer a redução das multas cobradas, limitando a multa punitiva e a multa moratória ao percentual de 20% com base no entendimento majoritário do STF acerca do tema.

## *II. DOS PEDIDOS*

Neste diapasão, requer que:

- a) seja o feito administrativo convertido em diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas no tocante aos valores auferidos pelo Sr. Fiscal aos anos relacionados, comprovando as alegações de erro na apuração aqui alocadas.
- b) acaso seja mantida a exigência do crédito fiscal, requer também a redução da multa, face à necessidade de aplicação da razoabilidade, para 20%.

Outrossim, requer que as intimações pela Imprensa Oficial sejam feitas, exclusivamente, em

nome de seu advogado Nicolai Trindade Mascarenhas OAB/BA 22.386, sob pena de nulidade processual.

O Autuante desenvolve Informação Fiscal às fls. 1.655/1.664, que a seguir passo a descrever:

Diz que o autuado apresentou impugnação às fls. (19 a 28) do PAF. Alega que não há elementos caracterizadores dos fatos geradores no Auto de Infração pois não é possível identificar como a autoridade administrativa apurou as infrações o que dificultou, inclusive, a elaboração da presente impugnação. Além disso, por considerar confiscatória, questiona a multa no percentual de 60%.

Pontua que, conforme documentos constantes no processo às fls. (01 a 15) e CD à (fl.16) foram observados todos os requisitos, que devem compor o Auto de Infração, previstos no art. 39 e art. 41 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF).

Ademais, como podemos verificar à fl. (44 e 45), o contribuinte no dia 29/06/2021 foi cientificado via Mensagem DT-e da Lavratura do Auto de Infração e dos demonstrativos com os levantamentos elaborados necessários à demonstração dos fatos geradores presentes na exigência fiscal.

Quanto à multa cabível, diz que o percentual de 60% está previsto no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Ressalta que, de acordo Termo de Ciência à fl. (06), o autuado deu ciência expressa à Mensagem DT-e no dia 30/06/2021.

Assim, diante do exposto diz manter a autuação.

À fl. 47, verso, tem-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

## VOTO

Preliminarmente, diz verificar o sujeito passivo, que não restou claro como o ilustre agente Fiscal chegou aos valores requeridos, não evidenciando a metodologia utilizada, se restringindo tão somente a afirmar que a infração foi cometida e indicar os valores, mas não demonstrando como de fato encontrou os valores constantes nas infrações ora discutidas.

Neste sentido, diz que se faz imperioso que este C. Órgão Julgador determine a conversão do presente feito em diligência, nos termos do art. 7º, § 2º do Decreto 7.629/99, para que as autoridades fiscais procedam a uma análise mais apurada do auto em discussão.

Isto porque a análise profunda da natureza das operações que ensejaram a glosa dos créditos pela D. Fiscalização, não pode ser feita por mero cruzamento de dados ou investigação desprovida de fundamentação e lastro probatório, como pretende a D. Fiscalização.

Não é o que vejo da análise das peças processuais. Primeiramente, não se trata o Auto de Infração, de apenas glosa de crédito. Aliás, do presente lançamento fiscal de exigência de ICMS no valor de R\$59.989,08, têm-se apenas a infração 1 que se relaciona à glosa de crédito, no montante de R\$1.384,16, por creditamento na escrita fiscal, de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal, conforme demonstrativo “*CruzNfeEfd\_EntrCredMaior*” constante do CD/Mídia de fl. 16, entregue ao sujeito passivo, via DT-E, nos termos do expediente de fl. 7 dos autos.

As demais infrações são outras irregularidades concernentes à legislação do ICMS, todas também suportadas por demonstrativos elucidativos, constantes do citado CD/Mídia de fl. 16 dos autos, extraídos da Escrita Fiscal Digital – EFD, enviadas pelo próprio sujeito passivo ao repositório nacional do SPED e acessado pelo agente Fiscal Autuante no curso da ação fiscal, objeto da presente lide.

Portanto, vejo que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, mais especificamente o que orienta o art. 39 na constituição do lançamento fiscal, onde não foi constatada qualquer violação ao devido processo legal, sendo os

impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos/demonstrativos acostados aos autos, o que considero suficientes para formação de minha convicção e dos demais julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova, na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Indefiro então o pedido de diligência fiscal do presente PAF, passo assim à análise do mérito.

No mérito, o Auto de Infração em tela, lavrado em 22/06/2021, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditora Fiscal lotada na unidade Fazendária INFAZ RECONCAVO, em que no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 501492/21, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de ICMS no valor de R\$59.989,08, decorrente de quatro irregularidades, sendo a infração 01, por ter utilizado indevidamente crédito fiscal em valor superior ao destacado no documento fiscal; a infração 02, por ter recolhido a menor em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto; a infração 03, por ter deixado de recolher o imposto relativo à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação; e a infração 04, por ter efetuado o recolhimento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outros Estados, todas amparadas por demonstrativos analíticos e sintéticos constantes do CD/Mídia de fl. 16, entregues ao Contribuinte Autuado via DT-e, na forma do documento impresso à fl. 7 dos autos.

Não vejo da análise da peça de defesa qualquer arguição de mérito. Há apenas arguição do caráter confiscatório da multa de 60%, consubstanciado no art. 150, inciso IV da CF/88, associado, caso mantida a exigência do crédito fiscal, ao pedido de redução ao patamar de 20%. Há de ressaltar, que nos termos do art. 140 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico, se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Considerando portanto que os requisitos de constituição do lançamento estabelecidos através do art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estão corretamente atendidos para caracterização da atuação, vejo restar subsistente o Auto de Infração nº 295309.0007/21-1 em tela, na totalidade das imputações, onde o agente Fiscal Autuante agiu nos estritos termos da legislação.

Em relação à alegação da defesa, de inconstitucionalidade da multa aplicada, visto que a mesma foi fixada em patamares de 60%, que tornam sua cobrança confiscatória, sendo vedado o confisco, sob pena de violação aos direitos mais básicos assegurados pela Constituição Federal, verifico que não pode ser acatada. Observo que a sua aplicação neste processo é prevista em dispositivo legal, no caso específico das infrações, objeto em análise, art. 42 da Lei nº 7.014/96, sendo que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como a apreciação de decisão do Poder Judiciário, conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/99.

Quanto ao pedido de redução da multa imposta no patamar de 20% sobre eventual valor residual do lançamento fiscal, ora em análise, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não mais possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação acessória ou principal, em conformidade dos §§ 7º e 8º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que foram revogados através da Lei nº 14.183, de 12/12/19, D.O.E. de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19, e pela Lei nº 12.605, de 14/12/12, D.O.E. de 15 e 16/12/12, efeitos a partir de 15/12/12, respectivamente.

Sobre a pretensão de que todas as intimações e notificações relativas ao presente processo ocorram em nome de seu advogado Nicolai Trindade Mascarenhas OAB/BA 22.386, sob pena de nulidade processual, há de se registrar que não existe nenhum óbice em acatar o pedido, no entanto, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência do ato processual ao sujeito passivo encontra-se prevista

no artigo 108 do RPAF, em perfeita sintonia com o estabelecido no art. 127 do CTN.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em tela.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 295309.0007/21-1**, lavrado contra **XL MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$59.989,08**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a”, II, “b”, “f” e “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADORA