

A. I. Nº - 269130.0023/20-3
AUTUADO - PORTO BRASIL AGRÍCOLA EIRELI
AUTUANTE - MIRIAM BARROSO BARTHOLO
ORIGEM - DAT SUL / INFAS OESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 27/06/2022

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0078-03/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO EM DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O Autuado não logra êxito em elidir a acusação fiscal, pois não apresenta provas que se contraponham ao levantamento fiscal. Negado o pedido de cancelamento ou redução da multa aplicada. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/06/2020, exige crédito tributário no valor de R\$ 22.307,05, acrescido da multa de 60%, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01. 01.02.40 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, em valor superior ao destacado no documento fiscal, nos meses de fevereiro a setembro de 2015, abril a julho de 2016, janeiro, abril e outubro de 2017.

O autuado impugna o lançamento fls.12/21. Resume os fatos autuados. Registra que a defesa é tempestiva. Afirma que vem diante da lavratura do Auto de Infração em epígrafe, apresentar impugnação, pelas razões expostas a seguir.

Observa que é pessoa jurídica de direito privado, com sede na cidade de Barreiras, Estado da Bahia, representada pelo seu proprietário, vem pleitear a impugnação e nulidade do Auto de Infração, recebido através de ciência “eletrônica” em 06/07/2020, pelos motivos que expõe a seguir.

Repete a irregularidade que lhe foi imputada e diz que o Agente Fiscal, constatou esses fatos por meio da análise de documentos e registros em livros fiscais, cujos demonstrativos e documentações correspondentes estão anexos.

Aduz que a empresa adota o regime de Tributário Federal na forma do Lucro Real, e o PIS e COFINS na forma da Não Cumulatividade, já na esfera estadual do imposto sobre circulação de mercadorias “ICMS” adota o sistema de conta gráfica.

Diante disso, entende que a tributação da empresa, relativo ao imposto sobre circulação de mercadorias “ICMS”, se dá na composição da diferença entre os débitos por saídas e os créditos por entradas, ou seja, do montante de vendas menos o total das aquisições. E, como a Constituição Federal, em seu artigo 155, § 2º, XI e artigo 13, parágrafo 2º da Lei Complementar 87/1996, dispõe que são fatos geradores da base de cálculo dos impostos sobre circulação de mercadorias “ICMS” o montante da operação, agregando-se o imposto sobre industrialização “IPI” nas operações finais do comércio varejista, entre contribuintes inscritos e contribuintes não inscritos.

Salienta a inobservância do Agente Fiscal quanto aos fatos, em seu desejo exacerbado de autuação, quando não verificou que nas apurações dos impostos sobre circulação de mercadorias “ICMS” das saídas, utilizou para compor o valor do débito, o valor total das operações, sem considerar as reduções das bases de cálculos, visto que no período de 2015 à 2017, para o registro das vendas se utilizava unicamente, da máquina emissora de cupom fiscal, e até mesmo pela inexistência de um sistema adequado as necessidades básicas legais.

Isso fica evidente, uma vez que teve suas operações fiscalizadas nos períodos de 01/01/2015 à 31/12/2019, e a autuação realizada pelo Agente Fiscal foi somente nas operações dos períodos de 01/01/2015 até 31/12/2017, exatamente os períodos que antecedem a exigência da utilização da nota fiscal do consumidor eletrônica “NFC-e”.

Somente a partir de 1º de março de 2018, passou a existir a obrigatoriedade da emissão da nota fiscal do consumidor eletrônica “NFC-e” a todos os estabelecimentos de contribuintes que apuram o “ICMS” pelo regime de conta corrente fiscal, conforme determinou o decreto nº 17.988/2017, foi quando se adequou à nova legislação, com aquisições de sistema e equipamentos personalizados às obrigações fiscais tributárias.

Assim, diz que em respeito ao princípio da eventualidade e conforme o exposto, entende que não houve uma correta subsunção fática do Agente Fiscal em relação a natureza da infração, o que enseja a sua declaração de nulidade pleiteada.

Salienta ser descabida a cominação exacerbada que lhe foi imposta, por meio do auto de infração, visto que não incorreu em prejuízos de carga tributária, e tão somente a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação, uma vez que tributou as saídas, na mesma proporção em que se creditou das entradas, ambos pelo valor da operação, sem considerar as reduções nas bases de cálculo, já que não se dispunha de mecanismo para quantificar, qualificar e calcular as reduções nas operações de saídas, caso contrário estaria incorrendo em prejuízos descomunal contra si própria.

Entende ter cometido um verdadeiro *judicans judicia* injusta o Auditor Fiscal, quando afirma que se utilizou indevidamente dos créditos fiscais de ICMS, em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nas conformidades legais dos artigos 29 e 31 da Lei 7.014/96 C/C artigo 309, § 6º do RICMS/BA, sem considerar que as saídas que geraram débitos, foram tributadas na mesma forma e proporção.

Afirma que devem observar os julgadores, as provas juntadas e relacionadas, que arcou com o valor do imposto sobre circulação de mercadorias “ICMS” que era devido, utilizou uma forma errônea de apuração para poder continuar seu labor, que caso contrário estaria prejudicado diante da ineficácia de instrumentos operacionais.

Observa que o princípio do contraditório é assegurado pelo artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal “*audiatur et altera pars*”.

In casu, inobstante o auto de infração, não se comprova a existência de qualquer prejuízo fiscal tributário. Além disso, a narrativa lastreou-se de conjunto fático-probatório, estando embasada em fatos e documentos juntados a sua contestação.

Com base no conjunto fático-probatório, diz que no caso em comento, não é possível extrair má-fé do contribuinte, quanto à forma errônea da apuração do imposto estadual, o que requer a análise da responsabilidade infracional com temperamentos, por força do princípio hermenêutico *in dubio pro contribuinte* (art. 112 do CTN). Logo, não se evidencia qualquer prejuízo fiscal tributário ao Estado. Por conseguinte, não é razoável impor penalidade pecuniária em decorrência de mera formalidade de cálculo, sem repercussão no resultado.

Sobre o tema cita decisões do “STF”, relativas às necessidades de demonstrações de prejuízos, o que importa dizer que a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação, somente poderá implicar ato de infração, quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado.

Questiona ainda, a aplicação da multa na proporção de 60% (sessenta por cento,) que entende demasiada, exorbitante e abusiva, assumindo, assim, características confiscatórias, vedadas pelo ordenamento jurídico, considerando que a posição antológica do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 81.550, que reduziu multa de 100% para 30%, por considerar confiscatória a multa de valor igual ao imposto, por mera falta de recolhimento do tributo, sem circunstâncias de sonegação ou de má-fé.

Outra não é a posição do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao decidir recurso de apelação de remessa oficial tributária, multa moratória de 50% pelo não recolhimento do tributo, sem que tenha

havido grave ofensa à ordenança tributária, padece de razoabilidade, de configuração de confisco, vedado pelo artigo 150, IV, da lei fundamental.

Não obstante, diz que considera o auto de infração, como de caráter insuportável a sua sobrevivência econômica e financeira, diante da árdua situação que assola o país, em decorrência desse fenômeno abominável “COVID 19” de repercussão desastrosa para a atividade do comércio, que já atingiu uma queda acentuada de 69% (sessenta e nove por cento), do seu faturamento bruto.

Assevera a vista das narrativas expostas, a insubsistência do auto de infração e assim, requer que seja acolhida a sua impugnação de nulidade e cancelamento, com lastro de arquivamento.

Não sendo esse o entendimento destes Julgadores, que a multa sobre a nova composição dos débitos que por ventura venham a existir, seja reduzida ao mínimo estabelecido.

A Autuante presta informação fiscal fl.39 a 43. Repete a infração imputada ao autuado. Sintetiza os termos da defesa. Diz que foi apresentada pelo contribuinte, tempestivamente, através do seu representante legal, devidamente identificado. Afirma que presta a seguir, informação fiscal, onde são discutidas as razões de defesa do contribuinte.

Explica que justamente porque o valor do ICMS devido pela empresa é o saldo entre créditos e débitos, é que é de suma importância que os valores considerados espelhem com a máxima fidelidade os valores encontrados nos documentos fiscais que acobertam a saída de mercadorias.

Informa que o presente auto de infração questiona justamente, os valores destacados nas NFe quando de sua escrituração. A EFD apresenta valores maiores que os encontrados nas notas fiscais. A conclusão é que o cálculo final do imposto a recolher foi prejudicado, uma vez que o montante de créditos ficou maior, que o valor realmente aplicável. O presente processo visa corrigir esse erro ao cobrar ICMS, o valor da diferença que foi apropriada em favor do contribuinte.

Neste auto, salienta que não se questiona o cálculo do ICMS a ser creditado, até porque as reduções de base de cálculo cabíveis foram aplicadas pelos remetentes, como pode ser visto nas observações referentes a cada item das notas fiscais autuadas (tabela _01_EFD_ItensEntrada). Questiona a correção da cópia de seu valor. Não há razão, portanto, para se falar, que a redução de base de cálculo não foi considerada.

Esclarece que como se trata de entrada de mercadorias no estabelecimento, tampouco cabe discutir, se a empresa dá saída através de cupons fiscais ou NFe *ao Consumidor*.

Frisa que houve sim, prejuízo à carga tributária, na medida em que, a parcela a ser abatida do valor do ICMS a recolher foi inflada por erros de transcrição de valores. Afirma que justamente em atenção aos arts. 29 e 31 da Lei do ICMS é que esse auto foi lavrado. O contribuinte faz jus ao crédito, mas apenas no montante destacado na NFe de entrada da mercadoria. O Estado da Bahia respeita o direito do contribuinte, mas exige o cumprimento estrito da legislação tributária.

A propósito da multa, a fiscalização lembra que seu trabalho é vinculado, não cabendo discutir o percentual determinado pela Lei.

A fiscalização sustenta a cobrança integral do valor do auto de infração.

VOTO

Preliminarmente, o defendente afirmou que houve inobservância da Agente Fiscal quanto aos fatos, em seu desejo exacerbado de autuação, quando não verificou que na apuração do imposto sobre circulação de mercadorias “ICMS” das saídas, utilizou para compor o valor do débito, o valor total das operações, sem considerar as reduções das bases de cálculos. Assim, entendeu que não houve uma correta subsunção fática em relação à natureza da infração, o que ensejaria a declaração de nulidade do Auto de Infração.

Não acato este argumento defensivo, por falta de sustentação fática. Cabe ressaltar, por importante, que o presente Auto de Infração não cobra imposto sobre mercadorias por redução indevida de base de

cálculo, e sim, devido a valores de créditos fiscais registrados em sua Escrituração fiscal Digital/EFD em valores maiores do que aqueles destacados nos documentos fiscais.

Observo que a irregularidade apurada está devidamente demonstrada no levantamento fiscal que serve de base ao Auto de Infração. O contribuinte tomou conhecimento de que seria fiscalizado conforme “*Termo de Início*” fl. 06, ciência dia 01.06.2020, Termo de Entrega dos demonstrativos 07 a 10. Consta ainda o demonstrativo analítico fl. 08, com número da nota fiscal, chave de Acesso, CNPJ do emitente, valor creditado na EFD, valor destacado na nota fiscal, e a diferença ora exigida, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa. A apuração da irregularidade se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

Por isso, importa consignar que o Autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreveu a infração, fundamentando com a indicação dos documentos e livros fiscais, demonstrativos e relatórios, seus dados e cálculos, assim como, indicou o fundamento jurídico.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrentes, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação. Dessa forma, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada direta ou indiretamente pelo impugnante.

No mérito, observo que em ação fiscal, foi constatado pela Autuante no período fiscalizado, que o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal.

O defendente não contestou objetivamente a acusação fiscal imputada pela fiscalização. Justificou a irregularidade apurada, sob a alegação de que ocorreu equívoco do Agente Fiscal quanto aos fatos, quando não verificou que nas apurações dos impostos sobre circulação de mercadorias “ICMS” das saídas, teria utilizado para compor o valor do débito, o valor total das operações, sem considerar as reduções das bases de cálculos, visto que no período de 2015 à 2017, para o registro das vendas se utilizava unicamente, da máquina emissora de cupom fiscal, e carecia de um sistema adequado as necessidades básicas legais.

Observo que esse argumento não possui o condão de elidir a irregularidade apurada, considerando que a infração ora analisada é de outra natureza, e nada tem a ver com as saídas registradas pelo Autuado. Os documentos utilizados para compor a infração são notas fiscais de aquisições de mercadorias, portanto, notas fiscais de entradas. Ressalto que o Autuado registrou na sua EFD valores de ICMS maiores que os destacados nos documentos relacionados no levantamento fiscal.

O defendente disse ainda, que com base na narrativa que lastreou o conjunto fático probatório, não é possível extrair má-fé do contribuinte, visto que a própria descrição dos fatos declara que o imposto foi devidamente recolhido.

Não deve prosperar esta alegação defensiva de suposta ausência de prejuízo ao Estado. Ademais, no presente caso, a alegação de boa-fé pelo defendente, não o exclui da obrigatoriedade de cumprir as regras estabelecidas na legislação tributária, nos termos do art. 136 do CTN, *in verbis*:

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

O defendente alegou também que não é possível extrair do lançamento de ofício, irregularidade e má-fé do contribuinte, o que requer análise da sua responsabilidade infracional com temperamentos, por força do princípio *in dubio pro contribuinte* (art.112 do CTN).

Cabe registrar, no presente caso, que não existem dúvidas a respeito da responsabilidade infracional do autuado, que recolheu imposto a menos que o devido ao Erário estadual.

Observo que o contribuinte tem direito, de a qualquer tempo, no curso do processo administrativo fiscal apresentar documentos que são analisados em homenagem ao princípio da verdade material, o que não ocorreu no presente caso.

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.

O impugnante arguiu ainda, que a multa que lhe foi imposta se revela confiscatória, irrazoável e desproporcional, violando princípios consagrados pela Constituição Federal de 1988.

Não acato o pedido de cancelamento ou redução da penalidade aplicada requerido pelo defendant, visto que a multa aqui discutida, se encontra prevista em Lei, cuja irregularidade apurada enquadraria-se corretamente no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96. 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. Sendo assim, evidencia-se também a impossibilidade legal para atendimento a este pleito do defendant por este Órgão Julgador.

De igual forma, observo que esta Junta de Julgamento Fiscal não possui competência para apreciar a constitucionalidade 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269130.0023/20-3**, lavrado contra **PORTO BRASIL AGRÍCOLA EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 22.307,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso VII, alínea “a”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 27 de maio de 2022.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR