

A. I. Nº - 278904.0001/22-6
AUTUADO - ALTERF IMPORTADORA DE ARTIGOS DE ARMARINHO LTDA.
AUTUANTE - JAYME BORGES DOMINGUES FILHO
ORIGEM - DAT METRO/IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 20/12/2022

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0224-01/22-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS AQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. O autuado comprova que grande parte da exigência fiscal tinha sido objeto de estorno ou não era operação sujeita a substituição tributária. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 30/12/2021, e lançado ICMS no valor histórico de R\$ 1.263.489,26, mais multa de 60%, em decorrência da seguinte infração à legislação do supracitado imposto:

Infração 01 - 001.002.005 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, referente aos meses de janeiro a novembro de 2018; janeiro a abril e junho a dezembro de 2019.

Enquadramento legal: art. 9º e art. 29, § 4º, II, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 290 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 06/01/2022 (DT-e à fl. 58) e ingressou com defesa administrativa em 09/03/2022, peça processual que se encontra anexada às fls. 60 a 76. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por sua advogada, a qual possui os devidos poderes, conforme instrumentos de procuração e substabelecimento, constante nos Autos às fls. 78/79.

Em sua peça defensiva, a Impugnante inicia abordando a tempestividade da mesma, além de fazer uma breve síntese dos fatos.

Em seguida argui como preliminar de nulidade a ocorrência de vício material.

Entende que ocorreram irregularidades na lavratura do Auto de Infração, que culminaram com o cerceamento ao direito de defesa do contribuinte e, conseqüentemente a nulidade da autuação como um todo.

Dentre outras coisas, cita como imprescindíveis em relação ao procedimento de fiscalização, por parte da auditoria, o cumprimento de etapas que seriam previstos no RPAF/99, aprovado pelo Dec. 7629/99, a exemplo de visita ao estabelecimento, buscar conhecer as atividades, bem como examinar documentos e livros, fiscais e contábeis, requerer esclarecimentos quando as informações apresentadas suscitem dúvidas ou forem insuficientes.

Considera que o Auto de Infração não observou as prescrições acima, na medida em que não logrou êxito na demonstração de que a empresa contribuinte se creditou indevidamente em operações com mercadorias sujeitas a substituição tributária, circunstância que diz viciar de forma absoluta o lançamento.

Alega que não houve creditamento indevido, pois o cálculo da ST teria considerado o ICMS devido na operação normal, como também teria sido feito o estorno do crédito dentro do livro

fiscal, e que a Fiscalização, por sua vez, se limitou ao exame das notas fiscais com indicação do suposto crédito.

Cita, como exemplo, o produto ESPELHO LE WALL 30X30CM SORT 3015-3030, NCM 83063000, o qual não estaria sujeito ao regime de substituição ou antecipação tributária. Cita ainda o Anexo 2 de sua peça de defesa, onde estariam listadas as mercadorias em relação às quais seria indevida a exigência fiscal.

Traz à colação o disposto no art. 142 do CTN e art. 18 do RPAF/Ba, bem como transcreve jurisprudência da CARF e alguns doutrinadores, visando sustentar sua tese, asseverando que a presente autuação padeceria de vício material pois, a seu ver, “a Fiscalização não logrou êxito na demonstração da utilização indevida de crédito fiscal”.

Conclui a preliminar aduzindo que a ação fiscal carece de elementos indispensáveis para se determinar com segurança a matéria tributável, e que o lançamento está eivado de vícios materiais insanáveis que inquinam de nulidade a peça acusatória, motivo pelo qual deve ser reconhecida a nulidade do Auto de Infração.

No mérito, inicialmente informa ter efetuado o pagamento de parte do crédito tributário exigido, no valor histórico total de R\$ 11.161,46.

Em seguida, pontua que a acusação fiscal é improcedente, haja vista que ao menos um produto, dentre os elencados, no caso a PRANCHETA A4 LE CY2231S, não estaria sujeita ao regime de antecipação tributária, razão pela qual não seriam devidos os créditos fiscais relacionados às aquisições da mesma. Acrescenta, ainda, que teria havido o estorno mensal dos créditos apropriados, não havendo impacto no ICMS a recolher no respectivo período.

Faz extensa abordagem sobre o que considera doutrina e jurisprudência, inclusive transcrevendo o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 147 do CTN, com o intuito de corroborar sua tese e concluir pela necessidade de diligência por fiscal estranho ao feito.

Abordando o item “do enriquecimento ilícito do estado”, argumenta que, caso mantida a infração, estaria o Erário estadual praticando o enriquecimento ilícito, uma vez que resultará em cobrança de imposto indevida, já que afirma ter procedido a apuração do imposto conforme disposto na legislação. Cita, ainda, em seu favor, doutrina que versa a respeito do tema para concluir pelo que chama de “justiça fiscal”, seja pelo julgamento improcedente da autuação, seja apelando pela redução da multa aplicada.

Em relação à multa mencionada, entende que sua aplicação tem caráter confiscatório e desproporcional.

Transcreve o disposto no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei 7.014/96 que prevê a aplicação de multa de 60% sobre o valor do imposto devidamente corrigido, para, a seguir alegar desproporcionalidade no referido percentual e suas feições de confisco, segundo disposto no art. 150, inciso IV da CF/88.

Faz longa exposição sobre o tema, trazendo à colação ensinamentos de alguns doutrinadores, bem como decisões de outros tribunais, com o fito de requerer pela aplicação de multa em percentual que não venha a representar confisco de seu patrimônio, e consequente enriquecimento ilícito do Fisco, alegando violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ao final, requer: a) que lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidas em direito, bem como a realização de revisão por fiscal estranho ao feito, através da Assessoria Técnica do CONSEF; b) que seja acolhida preliminar de nulidade do Auto de Infração em foco; c) que caso não seja esta acolhida, no mérito, seja julgada totalmente improcedente a autuação, expurgando ainda os juros e a multa aplicada; d) que todas as intimações referentes a este Processo Administrativo Fiscal sejam encaminhadas ao endereço dos Patronos da Autuada constante no rodapé da peça defensiva.

O autuante presta informação fiscal, às fls. 140 a 145, inicialmente rebatendo a preliminar de nulidade suscitada, dizendo que a infração apontada foi devidamente caracterizada, sendo possível determinar sua natureza, data de ocorrência, tipificação e o montante do débito tributário, nos termos do que dispõe o citado art. 39 do RPAF, aprovado pelo Dec. 7.629/99, e conforme verificado nos corpo do A.I. e documentos anexos (fls. 01 e 50).

Acrescenta que o Auto de Infração traz a reprodução fiel dos fatos verificados, consubstanciados pelas informações necessárias e suficientes à demonstração do fato arguido, detalhadas através de documentação anexa, em sua íntegra fornecidos à autuada por meio de arquivos em mídia, de igual teor, e trazida em anexo à fl. 51 do PAF.

No mérito, acata a alegação defensiva de que foram realizados estornos de créditos lançados nos respectivos períodos, e aduz que sua apropriação resultou na elaboração de novos demonstrativos de débito.

Também reconhece que dentre os produtos apontados pela Impugnante como não sujeitos à substituição tributária, listados no doc. 2 anexo, apenas os listados a seguir como TRIBUTADAS/DEVIDO, de fato, tiveram suas respectivas saídas tributadas. Acrescenta, ainda, que a maioria dos produtos apontados não tiveram suas saídas tributadas (NÃO TRIBUTADAS/INDEVIDO), não fazendo jus aos créditos pretendidos, conforme listado abaixo e comprovado por meio dos DANFES anexados ao PAF:

ANO	PRODUTOS	SAÍDAS	CRÉDITO
2018	ESPELHO LE WALL 30X30CM SORT 3015-3030	TRIBUTADAS	DEVIDO
2018	ESPELHO LE WALL 40X50CM SORT 3015-4050	TRIBUTADAS	DEVIDO
2018	ESPELHO LE CAMARIM 22,5X18CM YZ1011-7	NÃO TRIBUTADAS	DEVIDO
2018	ESPELHO LE CAMARIM 36X27CM LED-1D	NÃO TRIBUTADAS	DEVIDO
2018	KIT BANHEIRO C 4 LE CLEAR TL-1361-4	NÃO TRIBUTADAS	INDEVIDO
2018	KIT BANHEIRO C 4 LE CLEAR TL-2008-4	NÃO TRIBUTADAS	INDEVIDO
2018	PORTA ESCOVA C VENTOSA LE BATH TL-1923	NÃO TRIBUTADAS	INDEVIDO
2018	PORTA SABONETE LE COFFEE C VENTOSA TL-21	NÃO TRIBUTADAS	INDEVIDO
2018	PORTA SABONETE LE CLEAR TL-1947-3	NÃO TRIBUTADAS	INDEVIDO
2018	ESCOVA BANHEIRO LE BATH TL-1927	NÃO TRIBUTADAS	INDEVIDO
2018	ASSENTO PARA VASO DOBRAVEL 33016	NÃO TRIBUTADAS	INDEVIDO
2019	PRANCHETA A4 LE CY2231S	TRIBUTADAS	DEVIDO
2019	CJ BANHEIRO DEC LE TP-586	NÃO TRIBUTADAS	INDEVIDO
2019	SABONETEIRA SUCCAO LE PVC ST37452	NÃO TRIBUTADAS	INDEVIDO
2019	PORTA ESCOVA DENTE INFANTIL LE	TRIBUTADAS	DEVIDO
2019	ASSENTO PB P VASO SANITARIO BD33000	NÃO TRIBUTADAS	INDEVIDO
2019	KIT BANHEIRO C 4 LE CLEAR TL-2008-4	NÃO TRIBUTADAS	INDEVIDO
2019	ESCOVA BANHEIRO LE BATH TL-1927	NÃO TRIBUTADAS	INDEVIDO

No tocante a arguição do caráter confiscatório do percentual de multa aplicado, informa que o mesmo tem por base o disposto na alínea “a” do inc. VII do art. 42 da Lei 7.014/96, tendo sido aplicado por dever de ofício, não lhe cabendo qualquer manifestação acerca de sua finalidade, razoabilidade ou proporcionalidade.

Conclui, expondo que foi acolhida parte considerável dos argumentos trazidos pelo Impugnante, em relação à existência de estornos de crédito não considerados na auditoria, bem como a inclusão no rol dos créditos indevidos de alguns poucos produtos cujas saídas se deram de forma tributada.

Dessa forma, registra haver remanescido valor do ICMS devido, apenas conforme demonstrado a seguir e, de acordo com os demonstrativos analíticos anexados às fls. 146/151.

ANO	VL HISTÓRICO AUTUADO (R\$)	VL HISTÓRICO INF. FISCAL (R\$)
2018	753.440,95	28.860,62
2019	510.048,31	7.718,28
VL. TOTAL (R\$)	1.263.489,26	36.578,90

Ao final, mantém em parte os lançamentos trazidos no presente Auto de Infração, resultando no

valor histórico devido a título do ICMS de R\$ 36.578,90 e acréscimos legais cabíveis.

Foram encaminhados para o autuado os novos demonstrativos (fls. 146/151) apresentados pelo autuante, além da informação fiscal prestada, conforme intimação à fl. 197, porém o mesmo não se manifestou a respeito.

Na sessão de julgamento, por videoconferência, compareceu como ouvinte a advogada Dra. Ione Jaqueline Nascimento Freitas, OAB nº 49.087/BA.

VOTO

Preliminarmente constato que o Auto de Infração foi lavrado com a estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), a descrição dos fatos, considerados como infração das obrigações, foram apresentados de forma clara, precisa e sucinta, encontrando-se apta a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

O presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não sendo constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa. O imposto e sua base de cálculo foram apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Dessa forma, o Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, inclusive o relativo ao artigo 142 do CTN, não havendo do que se falar em nulidade do lançamento fiscal, pelo que passo à análise do mérito, como se segue.

Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir o ICMS, relativo à utilização indevida de crédito fiscal, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária.

Em relação à solicitação de realização de diligência, por parte do impugnante, fica rejeitado, com base no art. 147, inciso I, “a”, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide.

O autuado contestou a infração, alegando que alguns produtos não estariam sujeitos ao regime de antecipação tributária, bem como teria havido o estorno mensal dos créditos apropriados em relação aos demais.

O autuante reconheceu a existência de estornos de crédito não considerados na auditoria, bem como a inclusão no rol dos créditos indevidos de alguns poucos produtos cujas saídas se deram de forma tributada.

Dessa forma, elaborou novos demonstrativos às fls. 146/151, com os quais concordo, fazendo as exclusões acima apontadas, culminando na retificação do valor histórico devido, pelo autuado, para o montante de R\$ 36.578,90 e acréscimos legais cabíveis.

Vale ressaltar, que foram encaminhados para o autuado os novos demonstrativos (fls. 146/151) apresentados pelo autuante, por ocasião de sua informação fiscal, conforme intimação à fl. 197, porém o sujeito passivo não se manifestou a respeito, demonstrando sua concordância tácita com a retificação efetuada.

Quanto à tese da defendente de que a multa possui caráter confiscatório, diante do percentual aplicado, não pode ser acatada, uma vez que a mesma está definida em lei (art. 42, inciso VII, “a”, da Lei nº 7.014/96), e discussão de questões relativas à constitucionalidade de normas, foge, por determinação legal, a competência deste órgão julgador, à vista do artigo 167, I do RPAF/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo abaixo, devendo ser homologado os valores recolhidos:

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo (R\$)	Aliq %	Multa %	Valor Histórico (R\$)
31/08/2018	09/09/2018	160.336,78	18,00	60,00	28.860,62

31/01/2019	09/02/2019	32.014,44	18,00	60,00	5.762,60
31/03/2019	09/04/2019	7.240,06	18,00	60,00	1.303,21
31/08/2019	09/09/2019	3.624,83	18,00	60,00	652,47

TOTAL DA INFRAÇÃO**36.578,90****RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278904.0001/22-6**, lavrado contra **ALTERF IMPORTADORA DE ARTIGOS DE ARMARINHO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 36.578,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR