

PROCESSO	- A. I. N° 278904.0001/22-6
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- ALTERF IMPORTADORA DE ARTIGOS DE ARMARINHO LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0224-01/22-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 15/05/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0137-12/23-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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício previsto no art. 169, I, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, interposto em face da Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF - Acórdão JJF N° 0224-01/22-VD (fls. 205/209) – que, por unanimidade, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/12/2021, concernente à exigência de ICMS no valor histórico de R\$ 1.263.489,26, mais multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

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.

Dos autos, verifica-se que o autuado apresentou **Impugnação** (fls. 60/76) e documentos de suporte (fls. 77/136), na qual esclareceu, inicialmente, tratar-se de pessoa jurídica exercentes de atividades empresariais voltadas ao comércio atacadista, a exemplo de artigos de armário, artigos de escritório e papelaria, livros, jornais e outras publicações, brinquedos e artigos recreativos, cosméticos e produtos de perfumaria, dentre outros.

Em sede preliminar, apresentou a tese de nulidade do auto de infração pela existência de vício material (lesão aos artigos 18, do RPAF e 142 do CTN), por entender que: **a)** não restou comprovada pela fiscalização que houve creditamento indevido em operações com mercadorias sujeitas a substituição tributária; **b)** o cálculo do ICMS-ST originalmente efetuado levou em consideração o ICMS devido na operação normal, tendo sido feito o respectivo estorno do crédito dentro do livro fiscal, fato ignorado pela fiscalização; e **c)** cerceamento do direito à ampla defesa e contraditório.

No mérito, reproduziu substancialmente o cerne da tese preliminar, registrando, em acréscimo, que: **a)** necessidade de extinção definitiva do crédito tributário pelo pagamento de parte do crédito exigido, no valor histórico total de R\$ 11.161,46; **b)** incorreção de creditamento indevido, reafirmando a lisura da sua conduta e escrita fiscal na medida em que o imposto a ser antecipado foi apurado considerando a sujeição dos produtos objeto da autuação à tributação normal, termos em que promoveu o estorno do crédito, conduta que afirma ter se reproduzido, mês a mês, durante os exercícios objeto da autuação, exemplificando com o produto PRANCHETA A4 LE CY2231S; **c)** enriquecimento ilícito do estado em caso de manutenção da infração, pois resultará em cobrança de imposto já apurado e recolhido; **d)** caráter confiscatório e desproporcional da multa aplicada.

Ao final, protestou pela realização de revisão do lançamento por fiscal estranho ao feito

(Assessoria Técnica do CONSEF), e, sucessivamente, pelo acolhimento da preliminar de nulidade do auto de infração, e, no mérito, pelo julgamento totalmente improcedente da autuação, com expurgação dos juros e da multa aplicada. Protestou ainda pela remessa de todas as intimações referentes ao PAF ao endereço dos Patronos da Autuada constante no rodapé da peça defensiva.

Na sequência, aos autos foram juntadas as peças de **Informação Fiscal** (fls. 140/145) e anexos (demonstrativos analíticos fls. 146/151 e documentos às fls. 152/195-A), na qual a autuante, inicialmente, rechaça as preliminares suscitadas sob o argumento de regularidade formal e material do auto de infração conforme lavrado e ilustrado, nos termos do art. 39 do RPAF.

No mérito, contudo, manifestou-se no sentido do acolhimento de 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, concluindo pela existência de valores remanecentes do ICMS devido, no valor histórico de R\$ 36.578,90 e acréscimos legais cabíveis, nos termos a seguir detalhados:

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

Apesar de devidamente intimado (fl. 197), o autuado não apresentou manifestação em derredor dos fatos e documentos reportados/produzidos pela autoridade fiscal, conforme atestado por declaração administrativa competente de fl. 199.

O pronunciamento colegiado recorrido (fls. 205/09) foi assentado nos seguintes termos:

“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 comprehensível, 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 Venc	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"

Considerando que o pronunciamento colegiado foi parcialmente favorável ao contribuinte, com exoneração de montante de débito superior R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), a 1ª JJF interpôs o presente Recurso de Ofício.

Devidamente intimado do resultado do julgamento, bem como da interposição de recurso de ofício (fls. 216/217), o autuado não apresentou manifestação.

Os autos foram distribuídos à minha relatoria em 10/03/2023 e, por considerá-los aptos a julgamento, solicitei ao Sr. Secretário a inclusão em pauta de julgamento.

Feito pautado para a sessão de 25/04/2023.

Registra-se a presença na sessão de videoconferência, Dra. Pérola de Abreu Farias Carvalho – OAB/BA nº 23.785, no qual acompanhou o julgamento.

É o relatório.

VOTO

Como visto, o pronunciamento colegiado recorrido, oriundo da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF - Acórdão JJF Nº 0224-01/22-VD (fls. 205/209), votou-se à Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, datado de 30/12/2021 e lavrado contra o recorrido, desonerando-o da obrigação tributária outrora lançada que remontava, antes do julgamento, ao valor atualizado de R\$ 2.312.528,87, mas que passou ao importe de R\$ 67.418,38, circunstância que confere cabimento à remessa necessária, na forma do art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Cumpre-me registrar, inicialmente, que o presente julgamento se cinge exclusivamente a análise da parte da decisão objeto do Recurso de ofício, sendo prevalente, para todos os efeitos, a aplicação do art. 173-A do RPAF, tendo em vista o silêncio qualificado do contribuinte registrado nos documentos administrativos de fls. 216/217.

No que pertine à questão preliminar de nulidade do auto de infração pela existência de vício material, entendo que a pretensão do Autuado não merece prosperar. De fato, observa-se que a lavratura do auto de infração ocorreu conforme determina a norma de regência quanto aos aspectos obrigatórios contidos no art. 39 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) e 142 do CTN, sendo certo, quanto ao ponto, que possibilitou tanto a perfeita compreensão das arguições acusatórias quanto a apresentação das razões e provas pertinentes ao seu vergaste, obtendo-se como visto posteriormente, procedência em parte dos pleitos ofertados.

Ademais, não há o que se enfrentar em relação ao ponto, até porque as demais matérias arguidas quanto à correção da escrita fiscal e respectivo recolhimento do ICMS foram completamente absorvidas (e vencidas) quando do momento do deslinde meritório, porque totalmente compatíveis, não havendo que se perquirir de vícios procedimentais na forma do artigo 154 RPAF. Portanto. Rechaçada a preliminar.

Em frente, tem-se que a infração imputada ao sujeito passivo foi descrita em seu núcleo fático como utilização indevida de 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.

A acusação, todavia, não resistiu a uma segunda análise efetuada pela própria autoridade autuante sobre o mesmo conjunto probatório primitivo, acrescido, na hipótese, pelos documentos contidos no anexo 02 da peça de impugnação (fls. 80/84), indicativos de que a conduta empreendida pela fiscalização não havia considerado a existência e conformidade dos estornos de crédito lançado para os períodos objeto da acusação, ocasião em que refluíu do seu entendimento ao constatar que adotou premissa parcialmente equivocada, assim descrevendo a conduta consequente:

"(...) cumpre registrar 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. Todavia, 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 DANFE trazidos em anexo:

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-ID	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

Em outras palavras, ao acolher o cerne da pretensão do Autuado, o Autuante reconheceu a existência de equívocos na extensão da infração apontada, ocasião em que promoveu o refazimento dos demonstrativos fiscais contendo o registro da existência de estornos de crédito não considerados na auditoria primitiva e a inclusão no rol dos créditos indevidos de diversos poucos produtos cujas saídas se deram de forma tributada.

E assim procederam, **acertadamente**, os julgadores de piso, pois consideraram íntegra e conforme a conduta do Autuante nos pontos recorridos, devidamente documentados nos demonstrativos e levantamentos reelaborados e alicerçados nas provas da demonstração dos fatos aguidos na exata proporção da sua incidência.

Quanto ao ponto, inclusive, não houve manifestação do contribuinte acusado, o que corrobora, ainda que tacitamente, com a pretensão do legislador positivo quanto à concreção do princípio da verdade material na perspectiva da adequada aplicação da lei pela autoridade administrativa, indistintivamente, reconhecendo os fatos conforme ocorreram.

O acerto da decisão de piso se manteve quanto à análise da multa imputada ao Recorrente. Há que se reverberar que não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade de norma, nos precisos termos do art. 167, I do RPAF, sendo certo que o comando se aplica, obviamente, ao art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96).

Portanto, sendo certificada a regularidade parcial da autuação, deve ser mantida a decisão que reconheceu remanescente da imputação ao sujeito passivo na forma abaixo explicitada:

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

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, devendo ser homologado os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **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 recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 36.578,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de abril de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOÃO FELIPE FONSECA OLIVEIRA DE MENEZES – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO - REPR. DA PGE/PROFIS