

A. I. N° - 278904.0003/18-0
AUTUADO - LOJAS LE BISCUIT S.A.
AUTUANTE - JAYME BORGES DOMINGUES FILHO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/05/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0073-04/23-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Reconhecido, pelo sujeito passivo, a procedência em parte da autuação, com a apresentação de Documento de Arrecadação Estadual (DAE) e comprovante de pagamento bancário. Acatado o pedido de extinção do valor efetivamente pago nos termos do disposto no art. 121, I, § 1º, II, RPAF/BA, aprovado pelo Decreto 7.629/99. As razões de defesa são suficientes para elidir por completo o saldo remanescente da infração, inclusive com reconhecimento do agente Autuante, em sede de Informação Fiscal. Infração subsistente parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 29/03/2018, exige o valor de R\$ 99.793,03, inerente aos anos de 2016 e 2017, em razão da seguinte irregularidade concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 01 – 01.02.40: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, em relação aos anos de 2016 e 2017, conforme demonstrativo e documentos acostados às fls. 3 a 67 dos autos, que fazem parte integrante do CD/Mídia de fl. 68. Lançado ICMS no valor de R\$ 99.793,03, com enquadramento no art. 29 e 31, 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.

Às fls. 79 a 90 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, na qual apresenta os seguintes esclarecimentos:

LOJAS LE BISCUIT S/A., inscrita no CNPJ sob o nº 16.233.389/0048-19, com endereço na Rod. Ba 535, s/n, Polo Petroquímico, Camaçari/Ba, CEP nº 42.810-200, vem, por suas advogadas (Doc. 01), com fundamento no art. 123 e seguintes do Decreto nº. 7.629/99, apresentar, sua impugnação ao Auto de Infração em epígrafe, pelas razões a seguir aduzidas, as quais requer sejam recebidas e processadas na forma da legislação vigente.

I. DA NULIDADE DA AUTUAÇÃO

Diz que, conforme restará comprovada, a presente autuação não merece acolhida, devendo ser extinta antes do julgamento do mérito, em vista de diversas irregularidades no momento de lavratura do presente auto de infração, que ocasionam o cerceamento ao direito de defesa do contribuinte e, consequentemente a nulidade da autuação como um todo, de acordo com o quanto previsto no artigo 18, inciso IV do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, que destaca.

Pontua que a falta de indicação de forma clara dos fatos que originaram o lançamento impede o exercício da ampla defesa constitucionalmente previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988, que também destaca.

Registra, então, que, diante da ausência de clareza, no que tange a descrição das supostas infrações, as LOJAS LE BISCUIT S/A., não pode se defender de algo que não está plenamente demonstrado. A empresa impugnante vê-se prejudicada para elaborar defesa, tendo em vista o auto de infração ter sido lavrado de forma incoerente.

Com o respeito devido a D. Fiscalização, chama a atenção não só para a descrição dos fatos supostamente infringidos, mas sim para autuação como um todo. Ao descrever os motivos da autuação, o Fiscal Autuante deixa a descrição da suposta infração confusa.

Assim, diz que, inexistindo clareza na autuação, ofende-se o contraditório e a ampla defesa do contribuinte, o que enseja a nulidade de todo procedimento fiscal, por não atender a regra prevista no artigo 2º do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, que descreve.

Destaca, nesse sentido, jurisprudência do Conselho de Fazenda deste Estado da Bahia, conforme se infere da leitura do julgado abaixo transcrito:

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. ARBITRAMENTO. CRÉDITO FISCAL INDEVIDO NAS OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE TRANSFERÊNCIA. Apuração do débito fiscal, por meio de arbitramento, fundamentado em porcentual de elementos de custos do estabelecimento matriz e não do estabelecimento remetente das mercadorias produzidas. **Falta de elementos nos autos que determinem, com segurança, o cometimento da infração, devendo ser renovada a ação fiscal, a salvo de falha. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.**

(Processo – AI nº 206891.0015/07-4. Recurso – Recurso de Ofício – Acórdão 4ª JF nº 0316-04/09. 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL. ACÓRDÃO CJF Nº 0317-11/09)

Conclui que, considerando que a ação fiscal ora atacada carece de elementos indispensáveis para se determinar com segurança as infrações apontadas uma vez que o lançamento está eivado de vícios insanáveis que inquinam de nulidade a peça acusatória, aduz, então, nesse cenário, que alternativa não resta aos Senhores Julgadores, diante da fragilidade e inconsistência da autuação, senão a decretação da improcedência parcial do Auto de Infração, no que tange às infrações que não foram reconhecidas pela empresa Impugnante.

No entanto, em que pese a falta de clareza do auto de infração, a Impugnante prosseguirá, buscando demonstrar a improcedência parcial da peça impositiva em relação aos valores lançados, em observância ao princípio da eventualidade, que nada mais é do que a obrigação da parte produzir de uma só vez, todas as alegações e requerimentos, ainda que estas razões sejam excludentes e incompatíveis umas das outras.

II. DO MÉRITO

II.1 - PAGAMENTO

Ressalta que procedeu ao pagamento de parte do crédito tributário exigido no presente AIIM, mais especificamente do montante de R\$ 5.419,82 (cinco mil quatrocentos e dezenove reais e oitenta e dois centavos), conforme DAE em anexo (Doc. 02).

Assim, requer seja declarada a extinção definitiva do crédito tributário ora exigido, nos termos do art. 156, I, do CTN, bem como a definitiva baixa e arquivamento dos autos deste processo administrativo.

II.2 - DA GLOSA INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL. EQUIVALÊNCIA ENTRE IMPOSTO DESTACADO E CRÉDITO TOMADO

O direito ao crédito de ICMS está garantido constitucionalmente, como decorrência do princípio da não-cumulatividade, no artigo 155, § 2º, inciso I, da Constituição Federal que assim dispõe:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...]

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no

exterior;

[...]

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

I - será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;

Diz extrair do comando constitucional o direito inquestionável ao crédito resultante de operação anteriormente tributada, por respeito ao princípio da não-cumulatividade.

Após trazer entendimentos de estudiosos do direito sobre a não-cumulatividade associado as disposições do art. 19 e 20 da LC 87/96, diz que a análise das notas fiscais que documentam as operações fiscalizadas, constantes da mídia em anexo (Doc. 03), permite concluir que a contribuinte impugnante obedeceu à sistemática não cumulativa adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, tendo se creditado do valor equivalente ao imposto destacado.

Diante do exposto e tendo em vista as notas fiscais acostadas à presente defesa, não há que se falar em crédito indevido de ICMS, vez que escriturou o crédito válido e proveniente do destaque das notas fiscais, motivo pelo qual a autuação deve ser julgada improcedente.

III. DO CARÁTER CONFISCATÓRIO E DESPROPORCIONAL DA MULTA APLICADA

Sem prejuízo do direito que socorre a Impugnante, diz que cumpre analisar, ainda, outros aspectos abusivos do presente auto de infração, ora impugnado.

Tendo em vista o cometimento de supostas infrações, foram aplicadas à Impugnante as penalidades previstas no artigo 42, e seus incisos, da Lei nº 7.014/96.

Registra que a Constituição Federal assim apregoa em seu artigo 150, inciso IV, in verbis:

Art. 150 – Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

IV – utilizar tributo com efeito de confisco;

Diz que, diante das alegações tecidas pela Autoridade Fiscal, cabe elucidar o alcance do dispositivo constitucional em tela, tendo em vista a inexistência de critério delimitador da atividade arrecadatória do Fisco, bem como a menção expressa de que o caráter predatório não será aplicado à cobrança de tributo, não sendo assim mencionada expressamente a penalidade decorrente do descumprimento das obrigações tributárias, quer principal, quer acessória.

Após, então, trazer várias outras considerações, aduz que, em que pese a suposta violação assinalada, ante os preceitos constitucionais, a previsão legal e a boa-fé da conduta da empresa Impugnante, cumpre à Autoridade Fiscalizadora aplicar multa em percentual que não represente confisco do patrimônio da mesma, sob pena de enriquecimento ilícito do Fisco e de violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

IV. CONCLUSÃO E PEDIDOS

Em vista do exposto, a empresa autuada requer lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidas em direito, requerendo, de logo, a juntada posterior dos documentos que se fizerem necessários, sob pena de cerceamento ao direito de defesa, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal, esperando por fim, que sejam comprovadas todas as razões apresentadas.

Em preliminar a Autuada requer que o Auto de Infração nº 278904.0003/18-0 seja julgado NULO.

Caso não seja acatada a preliminar de nulidade acima arguida, requer seja, no mérito, para as infrações que não foram reconhecidas, julgada totalmente improcedente a autuação, como efetivamente o é, dentro da fundamentação acima apresentada, expurgando os juros cumulativos e a multa em percentual confiscatória, utilizando-se o bom senso e aplicando-se a melhor norma

constante do RICMS, por ser medida de direito e justiça!!

Por fim, requer também que todas as intimações referentes a este Processo Administrativo Fiscal sejam encaminhadas ao endereço dos Patronos da Autuada constante no rodapé destas páginas, sob pena de nulidade.

O Autuante, ao prestar a informação fiscal, às fls. 116/120 dos autos, assim se posicionam quanto a defesa apresentada pelo sujeito passivo:

Primeiramente, diz que cabe registrar que a presente auditoria foi executada de forma regulamentar, com a devida ciência do ato fiscalizatório mediante termo de início conhecido em 01/11/2017 pela empresa autuada, através do Domicílio Tributário Eletrônico, relativa às movimentações sujeitas à incidência do Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, exercícios 2016 a 2017, bem como acerca de sua prorrogação, em 05/01/2018, nos termos do inc. I do § 3º do art. 108 do citado RPAF/99, e concluída com a lavratura do presente Auto de Infração em 29/03/2018, conforme visto entre as fls.01 e 11 do PAF.

Bem assim, as infrações apontadas foram devidamente caracterizadas, sendo possível determinar sua natureza, data de ocorrência, tipificação e o montante do débito tributário, nos termos do que dispõe o art. 39 do RPAF, aprovado pelo Dec. 7.629/99, conforme verificado no demonstrativo de débito trazido entre as folhas 01 e 05 do presente PAF.

Por sua vez, diz que o presente Auto de Infração traz a reprodução fiel dos fatos verificados, consubstanciados pelas informações necessárias e suficientes à demonstração do fato arguido, através dos demonstrativos fiscais anexados entre as folhas 60 e 66 do presente, bem como dos arquivos contendo a documentação fiscal (SPED/EFD) e demonstrativos de débito disponibilizados através de mídia cuja cópia se encontra anexada à folha 68 do PAF.

Desta forma, pontua que há que se repelir toda e qualquer tentativa de desqualificar a presente auditoria, afastando a preliminar de nulidade suscitada, por restar descaracterizada a alegação de cerceamento de defesa apresentada pela autuada através dos Itens I a III da defesa.

Considerando vencida a preliminar de nulidade, no tocante ao item IV.1, em relação ao pagamento efetuado, observa-se uma divergência entre os valores apresentados como reconhecidos e pagos, trazidos no demonstrativo acima, e aquele efetivamente recolhido através de Documento de Arrecadação Estadual – DAE em 30/05/2018, no total de no valor total de R\$ 5.926,29 (cinco mil, novecentos e vinte e seis reais, vinte e nove centavos), conforme comprovante de pagamento anexo entre as folhas 109 e 111 do PAF (Doc. 2).

Adentrando no mérito da autuação, diz que cabe asseverar que, no tocante à improcedência do lançamento, assiste razão à autuada uma vez que, reavaliando, após cotejamento da documentação fiscal apresentada, restou comprovando serem os créditos em tela, referentes às operações de entrada de mercadorias, lançados pela Impugnante, pertinentes.

No que concerne ao percentual de multa, contestado no item IV.3, registra que cabe esclarecer que esta foi aplicada, por dever de ofício, c/ fulcro no inc. II do art. 42 da Lei 7.014/96 aplicável às operações de movimentação de mercadorias sujeitas à tributação do ICMS, não cabendo na presente auditoria discussões acerca de sua pertinência ou proporcionalidade.

Enfim, no que tange aos pedidos formulados no item V, cabe registrar que a presente autuação teve como base auditoria realizada junto à escrituração digital apresentada pela autuada, levada a cabo segundo os limites legais estabelecidos, bem como com amplo direito de manifestação por parte da autuada, conforme visto entre as folhas 78/113 do PAF.

Diante do exposto, a critério deste Egrégio Conselho, opina pela Improcedência total da única infração colimada na presente exigência fiscal e demais acréscimos legais cabíveis.

À fl. 86, verso, têm-se novo despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

Trata-se do Auto de Infração, em tela, lavrado em 29/03/2018, resultante de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária IFEP COMÉRCIO, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 505712/17, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto por ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais nos anos de 2016 e 2017 na forma dos demonstrativos de fls. 60/66 dos autos, constantes do CD/Mídia de fl. 68. Lançado ICMS no valor de R\$ 99.793,03, com enquadramento no art. 29 e 31, 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.

Vê-se, da análise das peças que compõe o presente processo administrativo fiscal, arguição de nulidade, pelo sujeito passivo, por falta de clareza na constituição do lançamento fiscal; entretanto, com base no parágrafo único do art. 155 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto 7.629/99, ultrapasso a questão de nulidade, pois, há o reconhecimento, pelo sujeito passivo, da procedência em parte da autuação no valor de R\$4.937,80, com a apresentação de Documento de Arrecadação Estadual (DAE) e comprovante de pagamento bancário nas fls. 110 e 111 dos autos e a exigência fiscal remanescente, no mérito, não subsiste, podendo ser decidido ao seu favor.

Como destacado pelo defendente, em conformidade com o disposto no art. 121, I, § 1º, II, RPAF/BA, aprovado pelo Decreto 7.629/99, o processo administrativo fiscal será extinto pelo pagamento do crédito de forma tempestiva, que é o caso dos autos; isso no valor do principal de R\$ 4.937,80 que é o valor efetivamente pago e recolhido aos Cofres do Estado da Bahia, conforme demonstrativo “*Detalhe de Pagamento do PAF*” extraído do Sistema SIGAT acostado à fl. 122 dos autos. A lide resulta, então, no saldo remanescente do valor do principal correspondente ao montante de R\$ 94.855,23, com a exclusão dos valores pagos recolhidos, já lançados no Sistema SIGAT, conforme abaixo:

Data Ocorr	Valor Lançado	Valor Reconhecido	Valor Remanescente
31/01/2016	1.817,56	87,78	1.729,78
29/02/2016	5.393,31	261,19	5.132,12
31/03/2016	8.288,10	402,38	7.885,72
30/04/2016	7.697,20	374,68	7.322,52
31/05/2016	1.652,05	80,62	1.571,43
30/06/2016	9.348,69	457,561	8.891,13
31/07/2016	2.192,24	107,61	2.084,63
31/08/2016	5.936,52	292,23	5.644,29
30/09/2016	7.137,27	352,28	6.784,99
31/10/2016	14.699,40	727,73	13.971,67
30/11/2016	3.697,52	183,52	3.514,00
31/12/2016	1.454,18	72,37	1.381,81
31/01/2017	3.338,85	166,59	3.172,26
28/02/2017	2.795,94	139,89	2.656,05
31/03/2017	2.292,96	114,97	2.177,99
30/04/2017	1.067,26	53,65	1.013,61
31/05/2017	2.950,72	148,69	2.802,03
30/06/2017	3.165,52	159,89	3.005,63
31/07/2017	6.265,11	317,19	5.947,92
31/08/2017	1.895,65	96,14	1.799,51
30/09/2017	6.706,98	340,84	6.366,14
Total Infração 01	99.793,03	4.937,80	94.855,23

Adentrando, então, no mérito, em sede de defesa o sujeito passivo destaca que a análise das notas fiscais que documentam as operações fiscalizadas, constantes do CD/mídia em anexo (Doc. 03) de fls. 113, permite concluir que obedeceu à sistemática não cumulativa adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 155, § 2º, I, da CF/88; c/c artigos 19 e 20 da LC 87/96), tendo se creditado do valor equivalente ao imposto destacado.

Na Informação Fiscal de fls. 116 a 119 dos autos, têm-se, mais especificamente o seguinte trecho apontado pelo agente Fiscal: “*Adentrando no mérito da autuação, cabe asseverar que, **no tocante à improcedência do lançamento, assiste razão à autuada**, uma vez que, reavaliando, após cotejamento da documentação fiscal apresentada, **restou comprovando serem os créditos em tela, referentes às operações de entrada de mercadorias, lançados pela Impugnante, pertinentes.***”

Compulsando algumas das notas fiscais que documentam as operações fiscalizadas, constantes do CD/mídia de fls. 113 dos autos, vê-se tratar de operações tributáveis que geram créditos. Neste sentido, não vendo nada que desabone a afirmação do agente Fiscal Autuante de lançamento indevido das operações remanescente do Auto de Infração, em tela, voto pela subsistência parcial do lançamento no valor de R\$ 4.937,80 relativo aos créditos apropriados indevidamente reconhecidos e pagos pelo sujeito passivo na forma do demonstrativo “*Detalhe de Pagamento do PAF*” extraído do Sistema SIGAT acostado à fl. 122 dos autos

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 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 da infração, objeto em análise, art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei 7.014/96, sendo que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como 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.

Sobre à pretensão de que todas as intimações relativas ao presente processo sejam encaminhadas ao endereço dos Patronos da Autuada, mais especificamente Av. Tancredo Neves, 1632, Salvador Trade Center, Torre Sul, 19º andar – Caminho da Arvoes, CEP.:41830-020, Salvador, Bahia, e-mail: mmcz@mmcz.adv.br, 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, e, em perfeita sintonia com o estabelecido no art. 127 do CTN.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, em tela, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278904.0003/18-0**, lavrado contra **LOJAS LE BISCUIT S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 4.937,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologando os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de abril de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA