

PROCESSO - A. I. N° 269274.0008/20-0
RECORRENTE - REDE BRASIL DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JFJ nº 0162-04/22-VD
ORIGEM - DAT SUL / IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17.04.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJP Nº 0067-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA; **b)** MERCADORIAS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES SUJEITAS A ISENÇÃO DO IMPOSTO; **c)** FALTA DE ESTORNO. MERCADORIAS INGRESSADAS COM UTILIZAÇÃO DO CRÉDITO FISCAL, CUJAS SAÍDAS POSTERIORES OCORRERAM COM ISENÇÃO. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. **a)** SAÍDAS DE MERCADORIAS COM ALÍQUOTA “ZERO” INDEVIDAMENTE; **b)** SAÍDAS DE MERCADORIAS EM DESACORDO COM O INCISO XXIII DO ART. 264 DO RICMS/BA. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE NATUREZA ACESSÓRIA. **a)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS; **b)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Sujeito passivo se limitou a arguir nulidades para o lançamento tributário, os quais foram insuficientes para elidir as acusações. Indeferido pedido de diligência. Mantidas as multas aplicadas e os acréscimos moratórios. Silêncio do autuado quanto ao mérito das acusações, as quais ficaram mantidas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 29/12/2020 para reclamar crédito tributário no montante de R\$ 99.348,84, mais multas, em face das seguintes acusações:

Infração 01 - 01.02.06 – “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por substituição tributária. Segue planilha demonstrativa em anexo”. Valor lançado R\$ 2.208,65, mais multa de 60% com previsão no Art.42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - 01.02.26 – “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Crédito indevido de ICMS no valor de 5% do valor da mercadoria correspondente as operações de saídas de milho de pipoca com tributação reduzida de 7%. Contribuinte lançou crédito do ICMS no valor de 12% referente às transferências interestaduais de mercadorias. Segue planilha demonstrativa em anexo”. Valor lançado R\$ 5.516,18, mais multa de 60% com previsão no Art.42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 - 01.05.01 – “Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto. Contribuinte não estornou crédito de ICMS das entradas de mercadorias correspondentes às operações de saídas internas isentas do ICMS dos seguintes produtos: arroz, feijão, farinha de milho, fubá de milho e sal (cozinha e churrasco). Segue planilha demonstrativa em anexo”. Valor lançado R\$ 16.768,75, mais multa de 60% com previsão no Art.42, inciso VII, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 - 02.01.03 – “Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não

tributáveis, regularmente escrituradas. Contribuinte realizou diversas operações de saídas de mercadorias tributadas com alíquota zero, como se não fossem tributadas ou já tivessem encerradas as suas fases de tributação. Nota-se que muitas das mercadorias listadas já tinham saído do enquadramento da substituição tributária no período auditado. Segue planilha demonstrativa em anexo” Valor lançado R\$ 13.245,45, mais multa de 60% com previsão no Art.42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 - 02.01.03 – “Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Operações de saídas de preservativos não atenderam às condições previstas no inciso XXIII do Art. 264 do RICMS/BA. “Art. 264. São isentas do ICMS, podendo ser mantido o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações ou prestações: XXIII - as operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da NBM/SH, desde que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal (Conv. ICMS 116/98)”. Neste caso, não houve abatimento do preço da mercadoria, nem indicação expressa no documento fiscal. Segue planilha demonstrativa em anexo”. Valor lançado R\$ 61.384,71, mais multa de 60% com previsão no Art.42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 - 16.01.01 – “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Segue planilha demonstrativa em anexo”. Penalidade aplicada no total de R\$ 161,60, com previsão no Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

Infração 07 - 16.01.02 – “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Segue planilha demonstrativa em anexo”. Penalidade aplicada no total de R\$ 63,50, com previsão no Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

VOTO

O presente Auto de Infração foi expedido para reclamar crédito tributário no montante de R\$ 99.348,84, mais multas, em face da imputação de 07 (sete) infrações à legislação tributária, sendo as cinco primeiras relacionadas a exigência de imposto - (obrigação principal), enquanto as duas últimas referem-se a penalidades por descumprimento de obrigações de natureza acessória.

O autuado iniciou sua peça defensiva pugnando a nulidade das infrações 01 a 05, sob o argumento de que houve insegurança na determinação das infrações além de cerceamento ao seu direito de defesa.

Da análise levado a efeito nas peças constitutivas destes autos vejo que não assiste razão ao autuado em seus argumentos. Isto porque o lançamento, em todas as infrações, está consubstanciado através de planilhas analíticas e sintéticas que apontam os fatos apurados de forma clara, possibilitando ao autuado os mais amplos meios para defesa, a qual, a rigor, não foi exercida em sua plenitude, por opção do próprio autuado.

Portanto, dúvidas não restam que o lançamento atende ao quanto estabelecido pelo Art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN, e, também, ao Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, não havendo, pois, que se cogitar de insegurança na determinação das infrações, posto que indicadas de forma correta, com citação das respectivas motivações, não havendo, desta maneira, sustentação ao argumento de cerceamento de defesa.

Não se sustenta ainda o argumento de que o autuante agiu com insegurança na determinação das infrações vez que não houve fato gerador criado pelo mesmo de forma presumida ou de maneira amostral mínima. Ao contrário, os fatos se encontram devidamente comprovados e não foram descaracterizados pelo autuado, não havendo por que se cogitar de violação ao Princípio da Verdade Material, que, a rigor, não foi comprovado pelo autuado.

Também não pode ser acolhido o argumento de que “entre o início da fiscalização e a autuação ocorreu transcurso de prazo superior a 60 (sessenta) dias, não havendo termo de prorrogação”, posto que, a fiscalização foi iniciada em 04 de novembro de 2020, devidamente cientificado ao autuado conforme assinatura aposta no doc. fl. 15, e foi concluída em 29/12/2020 com ciência ao autuado em 20/01/2021, portanto, dentro do prazo regulamentar de 90 (noventa) dias estabelecido no § 1º do Art. 28 do RPAF/BA, não havendo, portanto, necessidade de se notificar o autuado acerca de prorrogação da fiscalização já que não houve tal prorrogação.

Foi suscitada também a nulidade das infrações 06 e 07 sob o argumento de que se tratam de notas fiscais idôneas e referem-se a aquisições de materiais de consumo, devoluções, simples remessas, etc., situação esta que não geram créditos o que torna a ausência dos seus registros sem qualquer influência na apuração do tributo.

O que se percebe aqui é uma clara confirmação e confissão pelo autuado de que não processou o registro de tais aquisições. Não se discute idoneidade dos documentos fiscais, mas, penalidade por falta de escrituração de documentos fiscais, que, por força do contido no Art. 217, I do RICMS/BA que obriga o contribuinte a escriturar

no livro Registro de Entradas “as entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento”. Portanto, independe da natureza da aquisição ou da repercussão na apuração do imposto, o fato é que o contribuinte está obrigado, por força regulamentar, a escriturar todas as aquisições que efetuar, independente da natureza da operação.

O autuado também suscitou nulidade do Auto de Infração em função da aplicação da multa no percentual de 60%, a qual considera de natureza confiscatória e por ofensa ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade cancelamento/redução das multas consignadas pelas infrações 06 e 07 em 50%.

No que diz respeito a alegação de que o autuante incorreu em ofensa aos princípios do não-confisco, razoabilidade e proporcionalidade, também não há como se sustentar, pois o que há de verdadeiro no presente caso é aplicação da legislação tributária do Estado da Bahia a fatos concretos.

Assim é que, apesar de respeitar os relevantes argumentos jurídicos apresentados pelo autuado, considero que o autuante agiu estritamente em consonância que o regramento previsto pela legislação tributária posta, em pleno vigor, da qual, tendo em vista sua atividade vinculada, não poderia ignorar, situação esta a que também se submete o órgão julgador administrativo, consoante se depreende da leitura do art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, verbis:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I – a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III – a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Diante do quanto acima exposto, entendo que foge da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta.

Também não há como atender ao pleito do defendente, de cancelamento ou redução da penalidade, em face da incompetência legal deste órgão julgador para apreciá-lo, visto que, o § 7º do Art. 42 da Lei nº 7.014/96, citado pelo autuado, foi revogado pela Lei nº 14.183 de 13/12/2019.

No tocante ao argumento defensivo relacionado a “aplicação de juros e correção superiores a SELIC – entendimento do STF”, a legislação tributária deste Estado segue rigorosamente ao entendimento do STF, obedecendo a fixação dos acréscimos moratórios tomando como parâmetro a SELIC, consoante determina o § 2º, Art. 102 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, c/c o Art. 51 da Lei nº 7.014/96, portanto, mais uma vez não se sustenta o argumento defensivo.

Isto posto, deixo de acolher todos os argumentos defensivos relacionados a nulidade do Auto de Infração, inclusive o pedido de diligência inerentes as questões também de nulidade, visto que não possuem qualquer sustentação ou motivação fática.

Por fim, considerando que o autuado não apresentou quaisquer argumentos relacionados ao mérito da autuação, apesar do pedido de julgamento pela improcedência do Auto de Infração, voto pela sua PROCEDÊNCIA no valor de R\$ 99.348,84.

Inconformado, o contribuinte ingressou com o presente Recurso Voluntário.

Ocorre que tal decisão não merece prosperar pelos motivos que passaremos a expor.

DA INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO E DO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Tal lançamento, se mostra totalmente desproporcional e desarrazoado. Relaciona as infrações de 01 a 05. Diz que que tal levantamento está equivocado ao apontar diversos erros, tais como: NCM errado e que não consta do Anexo I; desconsideração de estorno, devoluções, cancelamentos, divergência na análise dos CFOP's, produtos com operação sujeito a substituição tributária, transferência entre as mesmas empresas.

Há que se destacar que empresa possui uma série de produtos que comercializa na região. Como se não bastasse, também, no levantamento efetuado, desconsiderou o Auditor a especificidade de cada um, sua alíquota, se isento na época ou não, se gozava do benefício ou não.

A infração 06 consta que: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

E por fim, a infração 07 em que deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal.

Verificando as notas fiscais juntadas aos autos, IDÔNEAS, observa-se se tratarem de BENS DE USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO, DEVOLUÇÕES, SIMPLES REMESSA, dentre outros.

Tais produtos, ainda lançados fossem, não geram créditos escriturais de I.C.M.S, o que torna a ausência de seu registro fato sem qualquer influência à apuração do tributo estadual, inexistindo omissão de recolhimento de imposto.

No presente caso, entre o início da fiscalização e a autuação ocorreu transcurso de prazo superior a 60 (sessenta) dias, não havendo termo de prorrogação.

Tais fatos levam à conclusão de que os auditores agiram com insegurança na determinação da infração e houve cerceamento do direito de defesa do impugnante.

A verdade da inocorrência do fato gerador, presumidamente criado pelos autuantes, foi sustentado de forma amostral mínima, não podendo ser considerado o todo, face ao princípio da Verdade Material.

Destarte, somente em diligência ampla e específica o fisco teria condições de provar que ocorreu o fato gerador da obrigação tributária, e assim, especificá-la na forma do Art. 142, do Código Tributário Nacional;

Conclui-se que, em atenção a Verdade Material e a boa-fé, razoabilidade e proporcionalidade, motivo pelo qual pugna pela nulidade da presente autuação.

A nulidade é patente, face a comprovada insegurança na determinação da infração.

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO - A MULTA APLICADA É CONFISCATÓRIA – OFENSA A RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - CANCELAMENTO/REDUÇÃO DA MULTA FORMA NAS INFRAÇÕES 06 E 07 EM 50%

A nulidade existente é em virtude de estar sendo exigida MULTA ILEGAL E CONFISCATÓRIA, conforme passaremos a esposar.

A multa aplicada é de 60% do valor do tributo.

E a multa não pode ter o caráter confiscatório, conforme estabelece nosso ordenamento jurídico. Uma multa excessiva ultrapassando o razoável para dissuadir ações ilícitas e para punir os transgressores (caráter punitivo e preventivo da penalidade) caracteriza, de fato, uma maneira indireta de burlar o dispositivo constitucional que proíbe o confisco (*SACHA CALMON, em Infrações Tributárias e Suas Sanções, Ed. Resenha Tributária*).

Como se pode ver, deve a presente autuação ser totalmente cancelada, vez que nulo o débito exigido, **já que traz multa nitidamente confiscatória, totalmente desproporcional, conforme julgados colacionados.**

Caso o julgador não entenda pelo cancelamento total da execução, o que colocamos como suposição e afastada hipótese, requer que seja retirada da cobrança essa multa inconstitucional, reduzindo-a para 20% do valor do tributo exigido.

OUTROSSIM, QUANTO A MULTA FORMAL, HÁ QUE SE DESTACAR O QUE DISPÕE A LEGISLAÇÃO ESTADUAL (LEI Nº 7.014/96):

Art. 42 - Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

§ 7º - As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Da mesma forma consta do RPAF (Lei nº 7.629/99):

Art. 158. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.

No caso das infrações 06 e 07, além de não incorrer em prejuízo ao erário, a autuada ainda deixou de aproveitar o ICMS sobre tais mercadorias devolvidas. Como se não bastasse, ainda está sendo penalizada com aplicação de multa.

Restou provado, nestas linhas, que estamos tratando de bens de uso e consumo e devolução, consequentemente, não houve ausência de recolhimento do imposto e, tão pouco houve a prática dolosa ou fraudulenta, motivo pelo qual pugna pela nulidade do Auto de Infração pela ausência de prejuízo ao erário fiscal.

Na remota hipótese de não ser cancelada, há que ser reduzida em, no mínimo 50%. Senão vejamos o recente entendimento do CONSEF:

EMENTA: ICMS. LIVROS FISCAIS. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE ENTRADAS TRIBUTÁVEIS NO LIVRO PRÓPRIO. Não restam dúvidas de que tal fato deve ser considerado como descumprimento de obrigação acessória, sendo cabível a aplicação da redução da penalidade, com base no art. 42, parágrafo 7 da Lei n. 7.014/96, bem como art. 158 do RPAF/99, uma vez que a empresa recorrente não incorreu em fraude nome prejuízo ao Erário, já que eram operações sem incidência do imposto. Infração reduzida em 50% do valor julgado pela decisão de piso. Acolhida a solicitação de redução de multa. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Modificada a decisão recorrida. Recurso de ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime. (AI N. 232884.0014/17-1 2 CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, ACÓRDÃO CJF N. 0127-12/19, 10/07/2019)

DA APLICAÇÃO DE JUROS E CORREÇÃO SUPERIORES A SELIC – ENTENDIMENTO DO STF

Em sede de Repercussão Geral, o STF definiu que não podem ser exigidos juros e correção monetária pelos Estados em percentuais superiores aos estabelecidos pela União. Senão vejamos:

Recurso extraordinário com agravo. Direito Financeiro. Legislação de entes estaduais e distrital. Índices de correção monetária e taxas de juros de mora. Créditos tributários. Percentual superior àquele incidente nos tributos federais. Incompatibilidade. Existência de repercussão geral. Reafirmação da jurisprudência da Corte sobre o tema.

1. Tem repercussão geral a matéria constitucional relativa à possibilidade de os estados-membros e o Distrito Federal fixarem índices de correção monetária e taxas de juros incidentes sobre seus créditos tributários.

2. Ratifica-se a pacífica jurisprudência do Tribunal sobre o tema, no sentido de que o exercício dessa competência, ainda que legítimo, deve se limitar aos percentuais estabelecidos pela União para os mesmos fins. Em consequência disso, nega-se provimento ao recurso extraordinário.

3. Fixada a seguinte tese: os estados-membros e o Distrito Federal podem legislar sobre índices de correção monetária e taxas de juros de mora incidentes sobre seus créditos fiscais, limitando-se, porém, aos percentuais estabelecidos pela União para os mesmos fins.

(ARE 1216078, Plenário, Dje 25-09-2019)

Assim, os índices de correção e juros não podem ser exigidos em percentual superior a SELIC.

O PEDIDO

Ante o exposto, requer-se seja recebido o presente recurso para que seja o mesmo provido no sentido de que seja julgado improcedente a autuação, declarando nulo o Auto de Infração tendo em vista a existência de insegurança na determinação da infração e aplicação de multa confiscatória. E, na remota hipótese de não ser acatada tal nulidade, requer seja a multa reduzida para 20%. Nas aplicações de multa formal, pugna pelo seu cancelamento e, não entendendo desta forma, pela redução em 50% e, ainda, seja aplicada a correção que não extrapole a SELIC, nos termos acima expostos.

Pugna por todos os meios de prova, tais como pericial, documental.

VOTO

O recorrente inicialmente reproduz o texto das cinco primeiras infrações dizendo não haver proporcionalidade e razoabilidade, sem citar quaisquer erros no lançamento, exceto a infração 05 que diz que a NCM está errada e não está no anexo 1, havendo desconconsideração de estorno, devoluções, cancelamentos, divergências na análise de CFOP, produtos da substituição tributária,

contudo sem apresentar quaisquer exemplos ou provas, o que inviabiliza o julgador fazer a apreciação.

Quanto às infrações 06 e 07, descumprimento de obrigações acessórias, por falta de registro de notas fiscais, alega que são operações que não geram créditos e que a ausência de registro não influencia a apuração do imposto inexistindo falta de recolhimento.

Em verdade a infração 06 decorre de mercadorias tributáveis e a 07 de não tributáveis, ambas com multa de 1%. O fato de não existir prejuízos à Fazenda Pública (na infração 07) não impede a multa por descumprimento de obrigação acessória.

No mais, contesta as multas, como sendo inconstitucionais por considerar confiscatórias, sendo na hipótese de não haver cancelamento, fazer redução para 20%, e que há aplicação de juros superior à taxa Selic, embora não apresente provas disso. Tal argumentação foge à competência deste Conselho de Fazenda para julgamento, pois é vedada a apreciação de inconstitucionalidades e nem mesmo há autorização legal para se aplicar reduções de multas.

No pedido, o recorrente chega a pedir a nulidade por falta de segurança na determinação da infração, contudo sem adentrar quaisquer elementos que possa assentar o seu argumento de “ falta de segurança. Denego o pedido de nulidade.

Face ao exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269274.0008/20-0, lavrado contra **REDE BRASIL DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 99.123,74**, acrescido das multas de 60% previstas no Art. 42, incisos VII, alíneas “a”, “b” e II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas pelo descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$ 225,10** previstas no inciso IX do mesmo dispositivo legal citado, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de março de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS