

PROCESSO Nº 1740812016-5

ACÓRDÃO Nº 0316/2022

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: ATHLETIC WAY COMERCIO DE EQUIPAMENTOS PARA GINÁSTICA E FISIOTERAPIA LTDA.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA.

Autuante: MARCELO DAMASCENO FERREIRA.

Relator: CONS.º ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JUNIOR

CRÉDITO INEXISTENTE. NULIDADE PARCIAL. VÍCIO FORMAL POSSIBILIDADE DE REFAZIMENTO DO FEITO. REFORMADA DE OFÍCIO A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Vedada a utilização de crédito não sendo indicado qual o documento gerador de crédito fiscal estava vinculado aos pagamentos.

Nulidade por vício formal de parte do lançamento, em razão de imprecisão na descrição da matéria tributável.

Possibilidade de refazimento do feito, nos termos do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, reformando de ofício a sentença monocrática para julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002698/2016-00, lavrado em 19/12/2016, contra a empresa ATHLETIC WAY COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS PARA GINÁSTICA E FISIOTERAPIA LTDA., inscrição estadual nº 16.184.170-8, já qualificada nos autos, declarando devido um crédito tributário no valor de R\$ 14.544,70 (quatorze mil, quinhentos e quarenta e quatro reais e setenta centavos), sendo R\$ 7.272,35 (sete mil, duzentos e setenta e dois reais e trinta e cinco centavos), de ICMS, por infração ao art.72, art. 73 c/c art. 77, todos, do RICMS-PB, e R\$ 7.272,35 (sete mil, duzentos e setenta e dois reais e trinta e cinco centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo cancelo o valor de R\$ 3.028,00 (três mil e vinte e oito reais), sendo R\$ 1.514,00 (um mil e quinhentos e quatorze reais), de ICMS e R\$ 1.514,00 (um mil e quinhentos e quatorze reais), de multa por infração.

Em razão de vício formal, ressalto que o crédito tributário pode vir a ser objeto de novo feito fiscal, nos termos do art. 173, II, do CTN.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, conforme legislação em vigor.

P.R.I.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 15 de junho de 2022.

ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JÚNIOR
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da, LARISSA MENESES DE ALMEIDA, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA E PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor

PROCESSO N° 174.081.2016-5
SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: ATHLETIC WAY COMERCIO DE EQUIPAMENTOS PARA GINÁSTICA E FISIOTERAPIA LTDA.
Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP.
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA.
Autuante: MARCELO DAMASCENO FERREIRA.
Relator: CONS.º ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JUNIOR

CRÉDITO INEXISTENTE. NULIDADE PARCIAL. VÍCIO FORMAL POSSIBILIDADE DE REFAZIMENTO DO FEITO. REFORMADA DE OFÍCIO A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

Vedada a utilização de crédito não sendo indicado qual o documento gerador de crédito fiscal estava vinculado aos pagamentos.

Nulidade por vício formal de parte do lançamento, em razão de imprecisão na descrição da matéria tributável.

Possibilidade de refazimento do feito, nos termos do CTN.

RELATÓRIO

No Auto de Infração de Estabelecimento n° 93300008.09.00002698/2016-00, lavrado em 7/8/2018, contra a empresa ATHLETIC WAY COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS PARA GINÁSTICA E FISIOTERAPIA LTDA., inscrição estadual n° 16.184.170-8, relativamente a fatos geradores ocorridos entre 1º/4/2013 e 31/5/2013, consta a seguinte denúncia:

0064 - CRÉDITO INEXISTENTE >> Contrariando dispositivos legais, o contribuinte utilizou crédito(s) de ICMS sem amparo documental, resultando na falta de recolhimento do imposto estadual.

Nota Explicativa:

CONTRARIANDO DISPOSITIVOS LEGAIS, O CONTRIBUINTE UTILIZOU CRÉDITO(S) DE ICMS SEM AMPARO DOCUMENTAL, RESULTANDO NA FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL.

Artigos infringidos:

Infração Cometida/Diploma Legal	Penalidade Proposta/Diploma Legal
Art.72, 73 c/c art. 77, todos, do RICMS-PB	Art. 82, V, "h", da Lei n° 6.379/96

Foi apurado um crédito tributário no valor de R\$ 17.572,70, sendo, R\$ 8.786,35, de ICMS e R\$ 8.786,35, de multa por infração.

Cientificada da ação fiscal, por via postal, em 2/2/2017 AR (fl. 27), a autuada apresentou reclamação, em 2/3/2017 (fls. 30-40).

Sem informação de antecedentes fiscais, os autos foram conclusos (fl. 84), e enviados para a Gerência Executiva de Julgamentos de Processos Fiscais – GEJUP, onde foi distribuído para o julgador fiscal, Heitor Collett, que decidiu pela *procedência* do feito fiscal. (fls.86-94).

Cientificada da decisão de primeira instância, através de edital, publicado no D.O.E., em 6/11/2019 (fl. 99), a autuada apresentou recurso voluntário, em 19/12/2019 (fls. 101-113), onde expôs o seguinte:

- Advoga a legitimidade do crédito tomado, declarando que advém de pagamentos do ICMS Antecipado, referentes ao exercício de 2012, cuja quitação se deu, em 30/4/2013, e que foi aproveitado nos meses de abril e maio de 2013.
- Aponta cunho confiscatório na multa aplicada e a ilegitimidade passiva dos sócios administradores, alegando inexistência de pressupostos para a atribuição de responsabilidade pessoal;
- Ao final, requer o recebimento do recurso voluntário, a exclusão dos sócios do polo passivo da relação tributária e o acolhimento e provimento do recurso, para que seja declarada a improcedência do lançamento fiscal.

Remetidos, a este Colegiado, os autos foram distribuídos a esta relatoria.

Considerando o pedido de sustentação oral requerido, solicitamos à Assessoria Jurídica desta Casa a emissão de parecer quanto à legalidade do lançamento, nos termos do art. 20, X, da Portaria nº 0080/2021/SEFAZ, o qual foi juntado aos autos

Este é o relatório.

VOTO

Em exame, o recurso *voluntário*, interposto contra decisão de primeira instância que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002698/2016-00, lavrado em 7/8/2018, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

CRÉDITO INEXISTENTE

A acusação trata de utilização de crédito fiscal sem amparo documental, onde a fiscalização, após efetuar a reconstituição da Conta Gráfica do contribuinte (fls. 14), apurou ICMS a recolher nos meses de abril e maio de 2013, consignando como infringidos o art. 72, art. 73 c/c art. 77, todos do RICMS/PB, abaixo transcritos:

Art. 72. Para fins de compensação do imposto devido, constitui crédito fiscal o valor do imposto relativo:

I - à entrada de mercadorias, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo fixo, ou ao recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, observado o disposto no § 1º deste artigo e § 4º do art. 85;

II - ao efetivamente recolhido a título de substituição tributária de operações anteriores e ao correspondente às entradas de mercadorias cujo imposto tenha sido retido pelo remetente, sempre que:

a) o contribuinte receber mercadoria não incluída no regime de substituição tributária, mas que, por qualquer circunstância, tiver sofrido cobrança antecipada do imposto;

b) não sendo o adquirente considerado contribuinte substituído, receber, com imposto pago por antecipação, mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária;

III - à repetição de indébito, quando autorizado por decisão final de autoridade competente; IV - às mercadorias recebidas para emprego na prestação de serviços, na hipótese dos incisos IV e V do art. 2º;

V - ao ICMS destacado e ao retido, quando o estabelecimento industrial receber mercadoria sujeita a substituição tributária para utilização em processo industrial de produto cuja saída seja tributada;

VI - às mercadorias recebidas com substituição tributária, por estabelecimento industrial, na forma do art. 76;

VII - ao efetivamente recolhido a título de substituição tributária, nas operações interestaduais com açúcar, água mineral e gelo (Protocolos ICMS 31/91, 33/91, 41/91 e 29/96);

VIII - ao efetivamente recolhido a título de substituição tributária nas operações com automóveis e motocicletas, observado o disposto no § 7º.

Art. 73. Fica ainda assegurado o direito ao crédito quando as 257 mercadorias, anteriormente oneradas pelo imposto, forem objeto de:

I - devolução por consumidor final, na forma e nos prazos previstos no art. 88;

II - retorno, por não terem sido negociadas no comércio ambulante e por não ter ocorrido a tradição real, conforme disposto no art. 89.

Art. 77. O direito de crédito, para efeito de compensação com débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos neste Regulamento.

Com efeito, o aproveitamento do crédito fiscal está condicionado ao valor do imposto consignado no documento fiscal, sendo este o instrumento que comprova a realização da operação, identificando sua natureza, a origem e destino das mercadorias, o regime de tributação e o valor da operação com o respectivo destaque do imposto, que será o valor a ser compensado como crédito fiscal.

Comprovada a irregularidade, sujeita-se o infrator a multa de 100% (cem por cento), conforme estabelece o art. 82, V, "h", da Lei nº 6.379/96, abaixo reproduzida:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

V - de 100% (cem por cento):

(...)

h) aos que utilizarem crédito indevido ou inexistente, desde que resulte na falta de recolhimento do imposto, sem prejuízo do estorno do crédito;

Mantida na instância singular, verifica-se que os valores glosados pela fiscalização se referem a pagamentos realizado em 30/04/2013 no valor de R\$ 1.239,49 (fls 69/70), R\$ 893,16 (71/72), R\$ 496,94 (73/74), R\$ 1.606,68 (75/76), R\$ 1.148,35 (77/78), R\$ 691,34 (79/80) e R\$ 1.196,39 (81/82), em DARs MOD 2 com especificação da receita ICMS GARANTIDO COMPLEMENTAR, não sendo indicado qual o documento gerador de crédito fiscal estava vinculado aos pagamentos, dessa forma sem amparo legal para gerar crédito de ICMS. Esses valores totalizaram o montante de R\$ 7.272,35, sendo estornado como crédito inexistente pela fiscalização.

Diante do que foi exposto, não resta outra alternativa a não ser acompanhar a decisão da primeira instância em relação a esse período.

NULIDADE POR VICIO FORMAL

No entanto, no caso de lançamento extemporâneo, o aproveitamento do crédito fiscal deve ser antecedido de prévia comunicação ao Fisco, observados os incisos I e II e Parágrafo Único do art. 84 do RICMS/PB, *verbis*:

Art. 84. Também não é admitido o crédito fiscal destacado em documento que não tenha sido escriturado no Registro de Entradas, no prazo fixado neste Regulamento, exceto se:

I - houver comunicação escrita do contribuinte à repartição fiscal de seu domicílio, narrando as causas determinantes do lançamento extemporâneo, consignada na coluna "Observações" do Registro de Entradas;

II - for feita pelo Fisco a reconstituição da escrita.

Parágrafo único. A comunicação referida no inciso I, deverá ser lavrada em duas vias, uma das quais será devolvida ao contribuinte, devidamente visada, para comprovação junto ao Fisco, quando necessário.

No caso dos autos, o contribuinte efetuou o recolhimento do valor de R\$ 1.514,00, em 01/06/2012 (fls 67/68), vindo a utilizar o crédito fiscal, apenas, no mês de abril de 2013, sem prévia comunicação ao Fisco, o que é vedado pela legislação.

Portanto, estamos a tratar de valor factível de ser utilizado como crédito fiscal, mas que foi indevidamente compensado, por não seguirem os preceitos exigidos pela legislação.

Assim, em face da diferenciação conceitual, estamos diante de situação de crédito indevido e não de crédito inexistente, logo, impõe-se a nulidade do lançamento fiscal, por vício formal, por imprecisão na descrição da matéria tributável, nos termos dos arts. 16 e 17, II, da Lei nº 10.094/2013, reproduzidos abaixo:

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

(...)

II - à descrição dos fatos.

Assim, divergindo da decisão de primeira instância, venho a considerar nula a acusação referente ao mês de abril de 2013, em razão de vício formal, ressaltando que o crédito tributário pode vir a ser recuperado através de novo lançamento fiscal, nos termos do art. 173, II, do CTN.

Diante das mudanças ocorridas, o crédito fiscal ficou assim definido:

INFRAÇÕES	PERÍODO FG		AUTO DE INFRAÇÃO			VALORES CANCELADOS			VALORES DEVIDOS		
	INÍCIO	FIM	ICMS	MULTA	TOTAL	ICMS	MULTA	TOTAL	MULTA	RECIDIVA	TOTAL
0064 - CREDITO INEXISTENTE	01/04/2013	30/04/2013	1.514,00	1.514,00	3.028,00	1.514,00	1.514,00	3.028,00			
0064 - CREDITO INEXISTENTE	01/05/2013	31/05/2013	7.272,35	7.272,35	14.544,70				7.272,35	7.272,35	14.544,70
TOTAIS			8.786,35	8.786,35	17.572,70	1.514,00	1.514,00	3.028,00	7.272,35	7.272,35	14.544,70

No tocante aos argumentos da recorrente de que a penalidade é de cunho confiscatório, cabe esclarecer que a fiscalização simplesmente aplicou o percentual previsto na legislação em razão do dever de ofício previsto no art. 142, parágrafo único, do CTN, *verbis*:

*Art. 142.
Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.*

De outro porte, foge da alçada dos órgãos julgadores a aplicação da equidade, bem com a análise da constitucionalidade da Lei, em face do que professa o art. 55, da Lei nº 10.094/2013, abaixo transcrito:

*Art. 55. Não se inclui na competência dos órgãos julgadores:
I - a declaração de inconstitucionalidade;
II - a aplicação de equidade.*

Ademais, cabe, ainda, considerar a decisão do Ministro Marco Aurélio, no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 833.106 GO, que graduou multa punitiva, em 100% (cem por cento) do valor do tributo, vejamos trecho do voto:

“A decisão impugnada está em desarmonia com a jurisprudência do Supremo. O entendimento do Tribunal é no sentido da invalidade da imposição de multa que ultrapasse o valor do próprio tributo”.

*“Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, **assentar a inconstitucionalidade da cobrança de multa tributária em percentual superior a 100%**, devendo ser refeitos os cálculos, com a exclusão da penalidade excedente, a fim de dar sequência às execuções fiscais”. (g.n.).*

Assim, fundamentado na legislação tributária e nas provas carreadas aos autos, venho a modificar os termos da decisão de primeira instância para considerar parcialmente procedente a acusação.

Por todo o exposto,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo seu *desprovemento*, reformando de ofício a sentença monocrática para julgar *parcialmente procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002698/2016-00, lavrado em 19/12/2016, contra a empresa ATHLETIC WAY COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS PARA GINÁSTICA E FISIOTERAPIA LTDA., inscrição estadual nº 16.184.170-8, já qualificada nos autos, declarando devido um crédito tributário no valor de R\$ 14.544,70 (quatorze mil, quinhentos e quarenta e quatro reais e setenta centavos), sendo R\$ 7.272,35 (sete mil, duzentos e setenta e dois reais e trinta e cinco centavos), de ICMS, por infração ao art. 72, art. 73 c/c art. 77, todos, do RICMS-PB, e R\$ 7.272,35 (sete mil, duzentos e setenta e dois reais e trinta e cinco centavos), de multa por infração, nos termos do art. 82, V, “h”, da Lei nº 6.379/96.

Ao mesmo tempo cancelo o valor de R\$ 3.028,00 (três mil e vinte e oito reais), sendo R\$ 1.514,00 (um mil e quinhentos e quatorze reais), de ICMS e R\$ 1.514,00 (um mil e quinhentos e quatorze reais), de multa por infração.

Em razão de vício formal, ressalto que o crédito tributário pode vir a ser objeto de novo feito fiscal, nos termos do art. 173, II, do CTN.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, conforme legislação em vigor.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 15 de maio de 2022.



ADERALDO GONÇALVES DO NASCIMENTO JUNIOR
Conselheiro Relator