



PROCESSO Nº 1016032021-6 - e-processo nº 2021.000120788-7

ACÓRDÃO Nº 124/2023

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: EBF VAZ DISTRIBUIDORA E LOGÍSTICA LTDA.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - ALHANDRA

Autuante: FERNANDO JOSÉ CRUZ CORDEIRO

Relator: CONS.º EDUARDO SILVEIRA FRADE.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - GARANTIDO
FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL.
INFRAÇÕES CONFIGURADAS. AUTO DE INFRAÇÃO
PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- *A existência de faturas em aberto evidencia Falta de Recolhimento do ICMS - Garantido. In casu o contribuinte não trouxera aos autos elementos hábeis a afastar a acusação*
- *Configurada a infração referente a falta de recolhimento do imposto estadual pelo aproveitamento indevido do crédito do imposto, por inobservância de Cláusula do TARE nº 2017.000071.*

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 desprovido, para manter inalterada a decisão de primeira instância que julgou procedente o auto de infração de ICMS nº 93300008.09.00001073/2021-99 (fls. 2 e 3), lavrado em 22 de junho de 2021, contra a empresa, EBF VAZ DISTRIBUIDORA E LOGÍSTICA LTDA, IE 16.291.836- 4, CNPJ 15.542.510/0002-49, condenando-a ao recolhimento do crédito tributário no valor R\$ 970.583,03 (novecentos e setenta mil, quinhentos e oitenta e três reais, três centavos centavos), sendo R\$ 485.462,57 (quatrocentos e oitenta e cinco mil, quatrocentos e sessenta e dois reais, cinquenta e sete centavos), de ICMS, fundamentado nos artigos Art. 3º, XV, 14, XII e art. 106, do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97, e R\$ 485.120,46 (quatrocentos e oitenta e cinco mil, cento e vinte reais, quarenta e seis centavos), de multa por infração de multa, com base no art. 82, II, "e" e V, "h" da Lei 6.379/96.



Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.I.

Tribunal Pleno, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 28 de março de 2023.

EDUARDO SILVEIRA FRADE
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros do Tribunal Pleno, LEONARDO DO EGITO PESSOA (SUPLENTE), LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA, PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON, SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA, JOSÉ VALDEMIR DA SILVA, LARISSA MENESES DE ALMEIDA E MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA
Assessor



E-PROCESSO Nº 2021.000120788-7

PROCESSO Nº 1016032021-6

TRIBUNAL PLENO

Recorrente: EBF VAZ DISTRIBUIDORA E LOGÍSTICA LTDA.

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição preparadora: UNIDADE DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - ALHANDRA

Autuante: FERNANDO JOSÉ CRUZ CORDEIRO

Relator: CONS.º EDUARDO SILVEIRA FRADE.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - GARANTIDO
FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL.
INFRAÇÕES CONFIGURADAS. AUTO DE INFRAÇÃO
PROCEDENTE. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- A existência de faturas em aberto evidencia Falta de Recolhimento do ICMS - Garantido. In casu o contribuinte não trouxe aos autos elementos hábeis a afastar a acusação
- Configurada a infração referente a falta de recolhimento do imposto estadual pelo aproveitamento indevido do crédito do imposto, por inobservância de Cláusula do TARE nº 2017.000071.

RELATÓRIO

Trata a presente demanda de Recurso Voluntário que se insurge contra decisão de primeira instância que julgou procedente o auto de infração de estabelecimento nº 93300008.09.00001073/2021-99 (fls. 2 e 3), lavrado em 22 de junho de 2021, contra a empresa, EBF VAZ DISTRIBUIDORA E LOGÍSTICA LTDA, IE 16.291.836-4, CNPJ 15.542.510/0002-49, em que constam as seguintes acusações:

0338 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-GARANTIDO >> O contribuinte deixou de recolher, no prazo legal, o ICMS Garantido.

NOTA EXPLICATIVA >> A EMPRESA DEIXOU DE RECOLHER EM AGOSTO, OUTUBRO/2018 E JANEIRO, FEVEREIRO/2019 O ICMS GARANTIDO/ANTECIPADO.

0325 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL >> O contribuinte reduziu o recolhimento do imposto estadual, por ter se utilizado de apropriação indevida do crédito fiscal.

NOTA EXPLICATIVA >> FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS, DECORRENTE DO APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITOS PRESUMIDOS ORIGINÁRIOS DO TARE, PELA INOBSERVÂNCIA DA



CLÁUSULA DECIMA TERCEIRA (RECOLHIMENTO MÍNIMO MENSAL) DO TARE 2017.000071 RELATIVO AO PERÍODO DE 2017 A 2019

Por esta infração a autuada ficou sujeita ao lançamento do crédito tributário de R\$ 970.583,03 (novecentos e setenta mil, quinhentos e oitenta e três reais, três centavos centavos), sendo R\$ 485.462,57 (quatrocentos e oitenta e cinco mil, quatrocentos e sessenta e dois reais, cinquenta e sete centavos), de ICMS, e R\$ 485.120,46 (quatrocentos e oitenta e cinco mil, cento e vinte reais, quarenta e seis centavos), de multa por infração, tendo como base as infrações cometidas e as penalidades propostas de acordo com os dispositivos legais informados na tabela abaixo:

Descrição da Infração	Infração Cometida – Dispositivos Legais	Penalidade Proposta – Dispositivos Legais
0338 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-GARANTIDO	Art. 3º, XV,, Art. 14, XII,, do RICMS-PB, aprov.p/Dec. n. 18.930/97	Art. 82, II, "e", da Lei nº 6.379/96
0325 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL	Art. 106, do RICMS, aprov. pelo Dec. 18.930/97	Art. 82, V, "h", da Lei n.6.379/96

Cientificada por meio de AR – Aviso de Recebimento, nº BR 22167809 BR, nº BR 22167808 4 BR, em 19/8/2021 (fls. 14 a 19), a autuada veio aos autos apresentar peça reclamatória, protocolada em 15/9/2021, às fls. 14 a 45, por meio da qual impugna o auto de infração, com base nas seguintes alegações:

a) Inicia fazendo um breve relato dos fatos, informando a tempestividade da defesa, além de alegar que o auto de infração não deve prosperar, por não atender requisitos mínimos do art. 14 da Lei 10.094/2013; o AI não pode exigir a glosa dos créditos presumidos; as multas estão em patamar que representam confisco

Preliminar:

b) Alega ser nula a infração por ausência de documentos capazes de comprovar a ocorrência da infração, tendo a Reclamante recebido apenas uma via do auto, sendo genérica a descrição e sem informações para o entendimento suficiente da acusação, o que viola princípios constitucionais como Devido Processo Legal, Contraditório e Ampla Defesa.

c) A título de exemplo informa que com o AI não veio a apuração mensal do crédito presumido supostamente apropriado, não sabendo assim quais as operações compõem os créditos fiscais apropriados,



inviabilizando a defesa e sendo esse motivo de nulidade nos termos do art. 14 da Lei do PAT.

Mérito:

d) Quanto a indevida cobrança do crédito presumido, observa que a ausência da notícia da apuração mensal do crédito presumido firmado do TARE nº 2017.000071 que revela se houve a apropriação de crédito indevido é motivo de nulidade

e) Alega que o presente AI só poderia exigir o ICMS mínimo garantido, não todo o imposto estadual mais o crédito presumido, já que a infração cometida teria sido a ausência do recolhimento mínimo mensal deste imposto, tendo o Agente Fiscal, além do que permite sua discricionariedade, acumulado o lançamento de todo ICMS e glosa dos créditos, sendo nulo o AI pela forma equivocada no cálculo.

f) Informa que o AI deve ser improcedente frente a ausência da apuração do crédito nos autos, ou caso esteja, a ausência do envio a impugnante, somada a impossibilidade de ser cobrado todo o ICMS mais o crédito presumido.

g) Da natureza confiscatória da multa, assentando que caso o julgador não entenda pelo afastamento do auto de infração, deve a multa ser reduzida devido a sua natureza confiscatória, em consonância ao art. 150, IV da CF/88, por serem os percentuais de 50% e 100% ilegais e exorbitantes conforme entendimento do STF, conforme elucidado às fls. 7 a 11 da defesa

Ao fim pugna pela nulidade da acusação, reconhecendo o cerceamento da defesa ou, não sendo esse o entendimento do julgador, que o auto de infração seja julgado improcedente tendo em vista não poder ser exigido todo o ICMS mínimo e garantido mais o crédito presumido, bem como seja determinada a redução dos percentuais das multas frente a ofensa ao princípio da capacidade contributiva e da vedação ao confisco.

A defesa protesta juntar novos documentos e declaração não colacionados em função da exiguidade do tempo e volume envolvido, bem como produzir provas, como perícias, ofícios, declarações e diligências em atendimento ao princípio da verdade material.

Apenso aos autos consta Processo nº 2021.000120800-5, referente a RFFP – Representação Fiscal para Fins Penais.

Remetidos os autos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais – GEJUP, estes foram distribuídos à julgadora fiscal Graziela Carneiro Monteiro, que entendera pela procedência da autuação fiscal, nos termos sintetizados na ementa que abaixo se expõe:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS – GARANTIDO FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL. INFRAÇÕES CONFIGURADAS.



Falta de Recolhimento do ICMS – Garantido

- Confirmado o não recolhimento do ICMS Garantido, conforme informa as faturas em aberto.

Falta de Recolhimento do Imposto Estadual

- Configurada a infração referente a falta de recolhimento do imposto estadual pelo aproveitamento indevido do crédito do imposto, por inobservância de Cláusula do TARE nº 2017.000071.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Devidamente notificada da decisão em 03/06/2022, via Aviso de Recebimento (fls. 63 a 64) e via Dt-e em 07/06/2022 a autuada apresentara, tempestivamente, em 30/06/2022 Recurso Voluntário por meio do qual, em síntese, repisa as razões apresentadas em sede de impugnação.

Remetidos os autos ao Conselho de Recursos Fiscais, estes foram, nos termos regimentais, distribuídos à esta relatoria para apreciação e julgamento.

Eis o relatório

VOTO

O auto de infração em epígrafe traz duas acusações, ambas confrontadas em sede de Recurso Voluntário, quais sejam: i) falta de recolhimento do ICMS-Garantido e; ii) Falta de recolhimento do imposto estadual. Neste sentido, cuida-se em aparta-las, assim como o argumento assentado pela recorrente quanto a iii) a inconstitucionalidade da multa, para fins de melhor análise.

Não obstante, cuida-se em destacar, preliminarmente, que inexistem vícios nos autos, seja de ordem formal ou material, nos termos dos artigos 14 a 17 da Lei nº 10.094/2013 os quais sejam hábeis a macular a exigência do crédito tributário.

Ademais, cumpre destacar que, nos termos do tema 490 de Repercussão Geral, do STF, restou assentada a tese de que “o estorno proporcional de crédito de ICMS efetuado pelo Estado de destino, em razão de crédito fiscal presumido concedido pelo Estado de origem sem autorização do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), não viola o princípio constitucional da não cumulatividade”.

Em outras palavras, o Plenário do STF validou a glosa pelo Estado de destino dos créditos presumidos de ICMS concedidos pelo Estado de origem das mercadorias sem a aprovação do CONFAZ, por entender que tal medida não afronta o princípio constitucional da não cumulatividade.

Foi ressaltado, pois, que o estorno proporcional é válido porque o direito ao crédito de ICMS demanda o efetivo recolhimento do imposto na etapa anterior.

Com isso, foram reputadas legítimas as normas estaduais que autorizam a glosa nas operações interestaduais dos créditos presumidos concedidos unilateralmente pelo Estado de origem, assim como também restam autorizadas as



glosas de créditos presumidos relativamente às operações internas quando assentadas em norma própria.

Isto posto, portanto, não merece prosperar a preliminar alegada pela Recorrente de que auto de infração não pode exigir a glosa dos créditos presumidos.

Ademais, importa destacar que, como bem assentado pela instância singular de julgamento, nos termos do artigo 50, II da Lei nº 10.094/13, c/c art. 700 do RICMS/PB, a autuada, ora Recorrente, poderia ter requerido “vistas” do processo, bem como solicitado sua cópia integral, conforme previsão do artigo 64 da Lei n 10.04/13, motivos pelos quais não haveria que se falar em nulidade do auto de infração por prejuízo aos princípios do contraditório e ampla defesa.

Com isto, passa-se à análise de mérito

ACUSAÇÃO 01: FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS-GARANTIDO

A presente acusação refere-se à falta de recolhimento do ICMS-Garantido nos meses de agosto e outubro de 2018, bem como de janeiro e fevereiro de 2019, consorte bem destacado pelo r. auditor fiscal, em nota explicativa.

Com efeito, a presente acusação refere-se ao não pagamento das faturas de nº Controle/Lançamento de Origem 3016258773, 3016399762, 3019957293 e 3017418954, Códigos de Receita 1145 e 1154.

Como bem destacado pela instância monocrática de julgamento, a Recorrente admite não ter feito o recolhimento do ICMS, mas argumenta que “o presente AI só poderia exigir o ICMS mínimo garantido, não todo o imposto estadual mais o crédito presumido, já que a infração cometida teria sido a ausência do recolhimento mínimo mensal deste imposto, tendo o Agente Fiscal, além do que permite sua discricionariedade, acumulado o lançamento de todo ICMS e glosa dos créditos, sendo nulo o AI pela forma equivocada no cálculo”.

Cumprе esclarecer, todavia, que não consta dos autos comprovações quanto ao pagamento do ICMS-Garantido pelo substituto tributário e, sendo a Recorrente substituída, lhe competirá o pagamento do ICMS devido ao erário estadual, quando não verificado o pagamento pelo substituto.

Isto posto, compete à Recorrente o pagamento do ICMS em sua integralidade, consorte acertadamente exigido pelo r. auditor fiscal.

ACUSAÇÃO 02: FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO ESTADUAL



Em que pese o auto de infração em comento ter assentado a falta de recolhimento do ICMS com fundamento no artigo 106 do RICMS/PB, sem maiores indicações de incisos e/ou outros dispositivos legais infringidos, verifica-se o r. auditor fiscal cuidou em, expressamente, enunciar que restaria violada a Cláusula Décima Terceira do Termo de Acordo nº 2017.000071, transcrita a seguir, que trata do recolhimento mínimo mensal:

Regime Especial de Tributação. Concessão de crédito presumido do ICMS IMPORTAÇÃO. Dispensa de retenção na fonte do ICMS – ST. Dilação do prazo de validade da Nota Fiscal. Diferimento do ICMS Diferencial de Alíquota nas aquisições de bens para o ativo imobilizado. Redução da carga tributária sobre o ICMS Garantido e ICMS Antecipado. Celebração do Termo de Acordo nº 2017.000071

(...)

CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA - O tratamento tributário de que trata o presente Termo de Acordo não poderá resultar, a título de ICMS NORMAL, ICMS GARANTIDO, ICMS ANTECIPADO e ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, em recolhimento mensal menor que 4% (quatro por cento) do valor das saídas internas e 1% (um por cento) do valor das saídas interestaduais de mercadorias tributáveis, não podendo o mesmo ser inferior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

§ 1º - O ICMS NORMAL, ICMS GARANTIDO, ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA e ICMS IMPORTAÇÃO apurados na forma deste Termo de Acordo serão recolhidos separadamente, através de Documento de Arrecadação – DAR, nos prazos previstos no Regulamento do ICMS.

§ 2º - O recolhimento mínimo estabelecido no caput poderá ser atualizado no mês de julho de cada ano com base na variação da Unidade Fiscal de Referência da Paraíba – UFR-PB do período, mediante Notificação da Secretaria de Estado da Receita.

§ 3º - O direito à utilização do crédito presumido mensal de que trata o presente Termo de Acordo ficará condicionado ao pagamento do ICMS NORMAL, ICMS GARANTIDO, ICMS ANTECIPADO, ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA e ICMS IMPORTAÇÃO nos prazos estabelecidos e a apresentação dos arquivos eletrônicos de que trata o inciso II da Cláusula Vigésima.

§ 4º - Ocorrendo atraso no recolhimento do ICMS devido no mês, o crédito presumido deverá ser aproveitado proporcionalmente em relação ao valor recolhido fora do prazo e ao número de dias de atraso, devendo ser deduzido 1/30 (um trinta avos) por cada dia de atraso e vedada a utilização do benefício quando o atraso for superior a 30 (trinta) dias.

§ 5º - O recolhimento mínimo nominal em reais fixado no caput desta cláusula, somente será exigido a partir do 4º mês de vigência do presente Termo de Acordo.



Desta sorte, o contribuinte, para vir a ter materializado o benefício referente ao crédito presumido, deveria efetuar o recolhimento mínimo do ICMS explicitado nos termos da Cláusula Décima Terceira.

Assim, não tendo efetuado o probo recolhimento do ICMS, dado as fraturas em aberto, já elucidadas anteriormente, há de ser afastado o benefício previsto no citado Termo de Acordo, de sorte a dever ser cobrado o tributo em sua totalidade, sem o permissivo da redução da base de cálculos e créditos presumidos.

Neste sentido, observa-se que o r. auditor fiscal atuara com fundamento na determinação legal, ao afastar o Termo de Acordo em comento e exigir-lhe o tributo em sua totalidade, outrossim, excluindo do montante exigido o *quantum* já recolhido pela autuada, mesmo porque resta assentado às fls. 6 e 7 dos autos demonstrativos da reconstituição da conta corrente de ICMS do período autuado, os quais evidenciam o aproveitamento indevido do crédito, não havendo que se falar, pois, em nulidade da acusação nos termos do artigo 14 da Lei nº 10.094/13.

DA NATUREZA CONFISCATÓRIA DA MULTA

No tocante aos alegados efeitos confiscatórios, cumpre observar que o r. auto de infração restou devidamente fundamentado em dispositivos legais vigentes.

Ademais, cumpre observar que não compete a este e. Conselho de Recursos Fiscais, afastar a aplicação de lei com fundamento em inconstitucionalidade, mesmo porque o controle de constitucionalidade das normas foge à sua competência.

Este, inclusive, é entendimento sumulado deste e. Conselho de Recursos Fiscais, conforme se pode observar:

SÚMULA Nº 03 - DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE -
A declaração de inconstitucionalidade de lei não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos. (Acórdãos nºs: 436/2019; 400/2019; 392/2019; 303/2019; 294/2018; 186/2019; 455/2019).

Com estes fundamentos,

VOTO, pelo recebimento do Recurso Voluntário, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter inalterada a decisão de primeira instância que julgou procedente o auto de infração de ICMS nº 93300008.09.00001073/2021-99 (fls. 2 e 3), lavrado em 22 de junho de 2021, contra a empresa, EBF VAZ DISTRIBUIDORA E LOGÍSTICA LTDA, IE 16.291.836- 4, CNPJ



15.542.510/0002-49, condenando-a ao recolhimento do crédito tributário no valor R\$ 970.583,03 (novecentos e setenta mil, quinhentos e oitenta e três reais, três centavos), sendo R\$ 485.462,57 (quatrocentos e oitenta e cinco mil, quatrocentos e sessenta e dois reais, cinquenta e sete centavos), de ICMS, fundamentado nos artigos Art. 3º, XV, 14, XII e art. 106, do RICMS/PB, aprovado pelo Dec. nº 18.930/97, e R\$ 485.120,46 (quatrocentos e oitenta e cinco mil, cento e vinte reais, quarenta e seis centavos), de multa por infração de multa, com base no art. 82, II, "e" e V, "h" da Lei 6.379/96.

Tribunal Pleno, sessão realizada por videoconferência em 28 de março de 2023.

Eduardo Silveira Frade
Conselheiro Relator