



GOVERNO DE RORAIMA

"AMAZÔNIA: PATRIMÔNIO DOS BRASILEIROS"

**CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL
DIVISÃO DE PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS FISCAIS
JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA-DECISÃO Nº 074/2021**

PROCESSO Nº: 1215/2019

AUTO DE INFRAÇÃO Nº: 001886/2019 - OS nº 001606/2018

SUJEITO PASSIVO: TIM CELULAR S/A

CGF: 24. 010482-2 - CNPJ: 04.206.050/0047-63

ENDEREÇO: Rua Coronel Pinto, nº 802 - Bairro: Centro -Boa Vista/RR

REPRESENTANTE LEGAL - GERENTE DE LOJA: LEIDIANE C. COUTINHO

ADVOGADOS: ANDRÉ GOMES DE OLIVEIRA - OAB-RJ - 85.266

DANIELA DUQUE ESTRADA - OAB-RJ Nº 112.454

GABRIEL MANICA MENDES DE SENA - OAB-RJ Nº 148.656

ANDRÉIA MARQUES DE ARAÚJO - OAB-RR Nº 998

ENDEREÇO: AV. RIO BRANCO, nº 110, - 14º ANDAR - CENTRO - RIO DE JANEIRO-RJ - CEP: 20040-0001 - Fone: (21) 2132.1855

AUDITORES FISCAIS AUTUANTES: Elenilzo de Oliveira Bonfim e Alberto Silva da Cruz.

EMENTA: ICMS - APROVEITAMENTO INDEVIDO DE "OUTROS CRÉDITOS" DO ICMS, EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. APURAÇÃO MEDIANTE LEVANTAMENTO FISCAL ADEQUADO. EXERCÍCIOS 2015 E 2016. DÉBITOS DECORRENTE DA DIFERENÇA DOS EXTRATOS E GIM'S CONSTANTES DO QUADRO DEMONSTRATIVO DE CÁLCULOS(FLS.04) E DO LEVANTAMENTO FISCAL-CD-MÍDIA(FLS.12). PATAMAR DA MULTA DENTRO DOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS PERMISSIVOS. CONTRIBUINTE DEVIDAMENTE CIENTIFICADO DE TODOS OS ATOS (FLS. 02, 03, 13, 14, 15 E 16). IMPUGNAÇÃO TEMPESTIVA (FLS. 21/43 E ANEXOS-FLS.44/129). ARGUMENTOS INCONSISTENTES. INFRAÇÃO CONFIGURADA. AUTO DE INFRAÇÃO Nº 001886/2019 PROCEDENTE.

RELATÓRIO

Trata-se de crédito tributário sobre a exigência do valor de R\$ 6.535.850,66 (seis milhões, quinhentos e trinta e cinco mil, oitocentos e cinquenta reais e sessenta e seis centavos) lançado por meio do **Auto de Infração Nº 001886/2019, lavrado em 30/07/2019**, a título de ICMS, multa e juros, em decorrência da **APROVEITAMENTO INDEVIDO DE "OUTROS CRÉDITO DO ICMS", EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, APURADOS ATRAVÉS DE LEVANTAMENTO FISCAL**, referentes aos EXERCÍCIOS 2015/2016, DÉBITOS CONSTANTES DO QUADRO DEMONSTRATIVO DE CÁLCULOS(FLS.04) E NAS PLANILHAS NO CD-MÍDIA(FLS.12), relacionados no referido **Auto de Infração(fls.02/03)**.

Foram indicados como dispositivos infringidos os artigos 47 a 54 do RICMS - Decreto 4.335-E/2001, com a aplicação da **penalidade prevista no artigo 69, inciso II, alínea "a", da Lei Nº 059/93, multa de 100% (cem por cento) sobre o valor do crédito indevido/imposto.**

Secretaria de Estado da Fazenda - SEFAZ/RR
Contencioso Administrativo Fiscal - CAF
Divisão de Procedimentos Administrativos Fiscais- DPAF
Av. Nossa Senhora da Consolata, 472 - Centro.
Boa Vista – Roraima – CEP: 69.301- 011

Constam anexados ao processo os seguintes documentos: Auto de Infração nº 001886/2019(fl.s.02/03), **Quadro Demonstrativo de Cálculos e Atualização Monetária de Valores a recolher(fl.s. 04)**, cópia da Ordem de Serviço nº 001606/2018(fl.s.05), Relatório de Execução de Ordem de Serviço(fl.s.06/11), cópia do CD-MÍDIA com os arquivos relativo à fiscalização(fl.s.12), cópia do Termo de Início de Fiscalização (fl.s.13), cópia do pedido e autorização de prorrogação da Ação Fiscal(fl.s.14/15), Termo de Encerramento de Fiscalização (fl.s. 16), encaminhamento do Auto de Infração nº 001886/2019, para a Agência de Rendas de Boa Vista(fl.s.17), cópias do Extrato e da FAC(em Processo de baixa) do Contribuinte (fl.s.18 e 19), Termo de Juntada da IMPUGNAÇÃO tempestiva do contribuinte/autuado (fl.s.20 e 21/43 e seus anexos - fl.s.44/129) e envio do autos à Divisão de Procedimentos Administrativos Fiscais-DPAF(fl.s.130).

Atentando que o contribuinte/autuado fora devidamente intimado do Auto de Infração nº 001886/2019 e de todos os atos do processo (fl.s. 02/03, 13, 14, 15 e 16) e IMPUGNOU o referido AI (fl.s.21/43) e anexos (fl.s.44/129), **arguindo em síntese o seguinte:**

III- PRELIMINARMENTE:

DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO EM RAZÃO DA INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO.

Assevera a IMPUGNANTE que não foi observado pela fiscalização os procedimentos do art. 142 do CTN, ou seja:

III-1. DA FALTA DE DISPONIBILIZAÇÃO DE DOCUMENTOS NECESSÁRIOS PARA ANALISAR A APURAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM EXIGÊNCIA - “Que a fiscalização não disponibilizou à impugnante os documentos necessários para analisar a apuração do crédito tributário, que tal conduta acabou por impedir que fosse elaborada uma defesa hábil a infirmar os créditos tributários exigidos, ocasionando cerceamento do direito de defesa da impugnante, e confia no reconhecimento da nulidade do auto de infração”.

III-2. DA INADEQUAÇÃO DA TIPIFICAÇÃO LEGAL - “Que os dispositivos indicados como infringidos (arts. 47 a 54, do RICMS/RR), não guardam coerência com a descrição dos fatos vez que constam apenas disposições genéricas e variadas sobre diversos temas relacionados ao recolhimento do ICMS/RR. Que falta de comprovação da existência de todos os elementos componentes do fato tributário no presente caso, não permite aferir da liquidez e certeza do crédito tributário em discussão, o que conduz, obrigatoriamente, à nulidade do auto de infração”.

III-3. - DA NECESSIDADE DE SE RECONHEER A NULIDADE MATERIAL DO AUTO DE INFRAÇÃO. - “Que o auto de infração é desprovido de requisito essencial para sua validade, como inclusive prevê o art. 41, caput, da Lei estadual nº 072/94, segundo os quais são nulos os autos de infrações que não contenham elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, bem como são nulos os atos praticados com preterição do direito de defesa do contribuinte.”

IV - DO MÉRITO

IV-1. DO APROVEITAMENTO DOS CRÉDITOS ICMS-DIFAL EM CONSONÂNCIA CO A LEGISLAÇÃO - “Que da simples comparação entre os valores das informações prestados nas GIM's relacionados ao saldo de ICMS, com os comprovantes dos DARES e os Livros Registros de Apuração do ICMS, não há divergências capazes de arrimar a pretensão da fiscalização. Que o ICMS é um imposto

não cumulativo conforme o disposto no **art.155, § 2º, inciso I, da CF/1998 e art. 19 da Lei Complementar nº 87/1996**. Que ao limitar o direito da impugnante ao aproveitamento de crédito do ICMS, a fiscalização contrariou ao princípio da não cumulatividade. Por esse motivo, pede o cancelamento dos débitos de ICMS.”

IV-2. DO CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA APLICADA - “Que é a multa aplicada possui nítido caráter confiscatório, pois equivale a 100%(cem por cento) do valor do imposto exigido, representando verdadeira expropriação do patrimônio do contribuinte, de modo que deve ser afastada, conforme orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal e art. 150, inciso IV, CF/1988, 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;”

IV-3. DA APLICABILIDADE DA PENALIDADE PREVISTA NO ARTIGO 69, INCISO I, ALÍNEA “A”, DA LEI ESTADUAL Nº 059/1993 - “Que ainda que se decida pela manutenção da cobrança da multa imposta de 100%, no auto de infração ora combatido, o que se admite somente por amor ao debate, impõe-se, no mínimo, a sua redução para o montante do equivalente a 50% do imposto apurado, sendo substituída pela prevista no art. 69, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 059/1993, inclusive em respeito ao art. 112, inciso IV, do CTN.

V - DOS PEDIDOS

“Que seja reconhecida a nulidade do auto de infração, e, caso as nulidades sejam afastadas, no mérito, seja julgado totalmente improcedente o auto de infração com o cancelamento dos débitos do ICMS e multa, ou ao menos, a multa seja cancelada, ou no mínimo, reduzida para o montante de 50% dos débitos exigidos, considerando que as operações e o imposto recolhido no período autuado foram devidamente escriturados.

Por fim, a Impugnante informa que os procuradores encontram-se estabelecidos na Avenida Rio Branco, nº 110, 14º Andar, Centro, Rio de Janeiro-RJ, CEP: 20040-0001, telefone(21) 2132.1855, **sendo que qualquer comunicação deve ser dirigida aos cuidados do Dr. André Gomes Oliveira, inscrito na OAB/RJ sob o nº 85.266, sob pena de nulidade.**”

Em síntese, é o relatório.

FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

Lastreados nos fundamentos de fato e de direito e no **LEVANTAMENTO FISCAL**, referentes a apropriação de “outros créditos” não pagos - exercício de 2015 e 2016, conforme demonstrados na **TABELA - QUADRO DEMONSTRATIVO DE CÁLCULOS(FLS.04)** e nas **PLANILHAS constantes no CD-MÍDIA(FLS.12)**, foi lavrado o **Auto de Infração nº 001886/2019**, sob a acusação de **APROVEITAMENTO INDEVIDO DE “OUTROS**

CRÉDITOS” DO ICMS, EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA, nos termos dos artigos 47 a 54, do RICMS de Roraima, aprovado pelo Dec. nº 4.335-E/2001, com a aplicação da multa de 100%(cem por cento) sobre o valor do crédito indevido/imposto, na forma do art. 69, inciso II, alínea “a” da Lei nº 059/93 - Código Tributário do Estado de Roraima in verbis:

DA SISTEMÁTICA DA APURAÇÃO DO IMPOSTO

“ART. 47 a 50” - trata da do Lançamento”

“Art. 47. O lançamento do imposto será feito nos documentos e nos livros fiscais com a descrição das operações ou prestações, na forma prevista neste Regulamento.

Parágrafo único. O lançamento é de exclusiva responsabilidade do contribuinte e está sujeito a posterior homologação pela autoridade fiscal.

“Art. 48.(...)”

“ART. 51 - trata da NÃO-CUMULATIVIDADE”

“Art. 51. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação ou prestação com o anteriormente cobrado por este ou outro Estado, relativamente à mercadoria entrada ou à prestação de serviço recebida, acompanhadas de documento fiscal hábil.

§ 1º. Para efeito deste artigo, considera-se:

(...)

“ART. 52 a 54 - trata do CRÉDITO do IMPOSTO”

“Art. 52. Para a compensação, será assegurado ao contribuinte, salvo disposição em contrário, o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado, nos termos do inciso II do § 1º do artigo anterior, relativamente à mercadoria entrada, real ou simbolicamente, em seu estabelecimento, ou a serviço a ele prestado, em razão de operações ou prestações regulares e tributadas.

§ 1º. Salvo disposição em contrário, o crédito deverá ser escriturado por seu valor nominal.

§ 2º. O direito ao crédito extingue-se após 5 (cinco) anos contados da data da emissão do documento fiscal.”

Art. 53.(...)

Art. 54. O direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade do documento e, se for o caso, à escrituração, nos prazos e condições estabelecidos na legislação.”

(...)

Ao passo que o “ART.69, INCISO II, ALÍNEA “a” da LEI Nº 050/93/1993, estabelece a PENALIDADE para os CASOS de APROVEITAMENTO de CRÉDITO INDEVIDO.

“Art. 69. O descumprimento das obrigações principal e acessórias, instituídas pela legislação do ICMS, sujeita o infrator às seguintes penalidades:

(...)

II - infrações relativas ao crédito do imposto:

a) crédito indevido, assim considerado todo aquele lançado na conta gráfica do imposto em desacordo com as normas legais e regulamentares que disciplinam a

não-cumulatividade do ICMS, ou que não corresponda a entrada de mercadoria no estabelecimento ou a aquisição de sua propriedade ou, ainda, a serviço tomado - multa de 100% (cem por cento) do valor do crédito indevidamente aproveitado, sem prejuízo da cobrança do imposto que deixou de ser recolhido em razão de sua utilização;"

(...).

Portanto, os referidos dispositivos, apenas descrevem a sistemática de apuração do imposto, inclusive as situações bem definidas e claras do LANÇAMENTO, da *NÃO-CUMULATIVIDADE, do CRÉDITO do IMPOSTO*" e a *PENALIDADE para os CASOS de APROVEITAMENTO de CRÉDITO INDEVIDO*.

Feita as considerações iniciais, passamos a análise das alegações arguidas pela IMPUGNANTE:

DO EXAME DA PRELIMINAR(ES)

QUANTO A ARGUIÇÃO DA PRELIMINAR DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO EM RAZÃO DA INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO, POR INOBSERVÂNCIA DOS PROCEDIMENTOS DO ART. 142, DO CTN, por falta de disponibilização de documentos necessários para analisar a apuração do crédito tributário exigido, da inadequação da tipificação legal e da necessidade de se reconhecer a nulidade material do auto de infração, descritos nos **ITENS: III, III.1, III.2 e III.3**, respectivamente acima citados pela defesa, sob o fundamento básico de que a fiscalização deixou de apresentar os elementos probatórios capazes de sustentar a autuação, em descumprimento ao art.142 do CTN, e que esta conduta acabou por impedir a autuante de **elaborar defesa hábil** a infirmar os créditos tributários, **não tem a menor procedência e não assiste razão a autuada pelos motivos a seguir demonstrados.**

Primeiro, porque a fiscalização teve o cuidado de cientificar a empresa autuada de todos os atos e procedimentos legais, como se pode verificar das (fls. 02, 03, 13, 14, 15 E 16), dos autos, tanto que apresentou defesa completa e irrestrita, abordando todos os aspectos relacionados ao objeto da autuação, não se vislumbrando, assim, nenhum prejuízo ao exercício da ampla defesa, **segundo**, porque o Auto de Infração, contém os elementos necessários e suficientes para que se determine com segurança a natureza da infração, a ocorrência do fato gerador da obrigação, a matéria tributável, o montante do imposto devido, a multa cabível e o sujeito passivo, tendo-se, pois, observados todos os requisitos formais e materiais, imprescindível à atividade do lançamento, em sintonia com o **art. 71 do Dec. Nº 856-E** e as disposições do **art. 142, do CTN**, in verbis:

DECRETO nº 856-E/1994 - art. 71 - "Regulamento do Contencioso Administrativo Fiscal".

"Art. 71 - O Auto de Infração ou Notificação de Lançamentos que instaurar o Processo Administrativo Fiscal conterá os seguintes elementos:

I – nome, razão social ou denominação do contribuinte ou responsável, seu endereço e números de inscrição no Cadastro Geral da Fazenda Estadual, no CGC/MF ou no CPF;

II – o local, a data e a hora da lavratura;

III – a descrição circunstanciada do fato punível ou dos fatos concretos que justifiquem a exigência do tributo;

IV – a indicação do exercício a que se refere a ação fiscal;

V – a indicação do ato administrativo que determinou a ação fiscal;

VI – o período fiscalizado, indicando, quando for o caso, no seu histórico ou nas informações complementares que lhe for anexada a discriminação, mês a mês, das importâncias que constituem o tributo reclamado;

VII – o domicílio fiscal do contribuinte;

VIII – a intimação para a efetivação do programa ou apresentação de defesa, com menção dos prazos correspondentes e eventuais benefícios para o sujeito passivo;

IX – os dispositivos legais infringidos e os que lhe cominem a sanção ou justifique a exigência do cumprimento da obrigação;

X – assinatura, número da matrícula e a indicação do nome por extenso, cargo ou função do autuante;

XI – assinatura do contribuinte ou responsável, seu mandatário ou preposto.

§ 1º. O Agente Fiscal autuante deve anotar, nas informações complementares ao auto de infração, o nome, endereço e o número do CPF dos co-responsáveis pela empresa autuada.”

ART.142 DO CTN: “DO LANÇAMENTO”

“**Art. 142** - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.”

Por tais razões e à luz dos dispositivos retrocitados, rejeita-se as nulidades apontadas pela defesa, por ausência de cerceamento de defesa e porque o lançamento atendeu os requisitos legais pertinentes.

IV - DO MÉRITO

IV-1. DO APROVEITAMENTO DOS CRÉDITOS ICMS-DIFAL EM CONSONÂNCIA CO A LEGISLAÇÃO - “Que da simples comparação entre os valores das informações prestados nas GIM’s relacionados ao saldo de ICMS, com os comprovantes dos DARES e os Livros Registros de Apuração do ICMS, não há divergências capazes de arrimar a pretensão da fiscalização. Que ao limitar ao direito da impugnante ao aproveitamento de créditos de ICMS que incidiu sobre aquisição de

bem destinados ao ativo permanente, a Fiscalização Estadual agiu contrariamente ao princípio da não cumulatividade e as disposições constitucionais e legais. Que o ICMS é um imposto não cumulativo conforme o disposto no **art.155, § 2º, inciso I, da CF/1998 e art. 19 da Lei Complementar nº 87/1996**. Que ao limitar o direito da impugnante ao aproveitamento de crédito do ICMS a fiscalização contrariou ao princípio da não cumulatividade. Por esse motivo, pede o cancelamento dos débitos de ICMS.”

Inicialmente, antes de discorrer sobre este **ITEM IV.1**, vale registrar que a acusação oficial, na verdade refere-se a **APROVEITAMENTO de CRÉDITO de CRÉDITOS**” de ICMS em **DESACORDO** com a **LEGISLAÇÃO**, ou seja, o sujeito passivo apropriou-se indevidamente de **“outros créditos”** em valores superiores aos recolhidos via pagamentos de DARES de Diferencial de Alíquotas, referentes aos períodos de 2015 e 2016, no valor do imposto atualizado de **R\$ 2.654.121,99**, que acrescidos de multa e juros perfaz o total de **R\$ 6.535.850,66**, correspondente ao Auto de Infração nº 001886/2019(fl.s.02/03).

Vale registrar que a própria fiscalização não identificou quaisquer menções a respeito do aproveitamento de crédito em importância superior aos pagamentos de DARES relativo ao DIFERENCIAL de ALÍQUOTA em si. Ou seja, o Auto de Infração sub examine, reporta-se a créditos apropriados indevidamente de **“outros créditos”** pela autuada decorrentes de valores superiores aos recolhidos por DARES pagos de DIFAL. Portanto, não há que se confundir com os legítimos créditos de diferencial de alíquota, seja relativo ao ativo permanente, seja a outra situação permissiva e legal.

A Constituição Federal no **art. 155, § 2º, inciso I** e a **Lei Complementar nº 87/1996**, em seu **art. 19**, estabelecem as diretrizes da **NÃO-CUMULATIVIDADE** do IMPOSTO, nas operações regulares relativas à circulação de mercadorias ou prestação de serviços, na forma abaixo descrita:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988

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

I - (...)

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;

LEI COMPLEMENTAR Nº 87, DE 13 DE SETEMBRO DE 1996

“Art. 1º (...)

Art. 19. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado”.

Contudo, faz-se necessário a citação de algumas outras normas inerentes ao APROVEITAMENTO e VEDAÇÃO de CRÉDITOS para um melhor entendimento da matéria em destaque, como veremos adiante.

DECRETO Nº 4.335-E/2001 – REGULAMENTO DO ICMS/RR:

DA VEDAÇÃO DO CRÉDITO

Art. 58. Salvo disposição em contrário, fica vedado o crédito relativo à mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviço a ele feita, nas seguintes hipóteses:

I – (...)

IX – quando a mercadoria for considerada já tributada nas demais fases de comercialização;

XI – às empresas industriais e comerciais, relativos aos serviços de comunicações, incluídas as telecomunicações, excetuadas as exportadoras, de 1º de agosto de 2000 até 31 de dezembro de 2010; (redação dada pelo Decreto nº 9.894-E de 24/03/09).

“Art. 29. A base de cálculo do ICMS é: (artigo 29, §4º, inciso II, alínea “a”, e §10º do RICMS-RR, do Decreto nº 4.335-E/2001).

(...)

§ 4º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso V do “caput” deste artigo:

(...)

II – o valor correspondente a:

a) seguro, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bonificações, bem como desconto condicionado;

(...)

§ 10. Integram a base de cálculo do ICMS incidente sobre a prestação de serviços de comunicação os valores cobrados a título de acesso, adesão, ativação, habilitação, disponibilidade, assinatura e utilização dos serviços, bem assim àqueles relativos a serviços suplementares e facilidades adicionais que otimizem ou agilizem o processo de comunicação, independentemente da denominação que lhes seja dada.”

Extraí-se, pois, das disposições legais e regulamentares acima, especificamente do art. 58, inciso, XI, do RICMS/RR, que não há distinção entre as operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária ou por diferencial de alíquotas, quando se referir a aproveitamento de “**outros créditos**”, inclusive veda ao crédito relativos aos serviços de comunicações e telecomunicações, como se infere do regramento acima citado.

Portanto, os argumentos da impugnante são inconsistentes, pois, o que ficou provado nos autos, é que a empresa autuada aproveitou-se indevidamente de “**outros créditos**” de ICMS, em valores superiores aos recolhidos relativos aos pagamentos de DARES de DIFERENCIAL de ALÍQUOTAS, deixando de pagar ICMS por aproveitamento indevido do imposto. Desta feita, por deixar a contribuinte de observar as determinações legais dos artigos 47 a 54 do RICMS/RR-

Decreto 4335-E/01, sujeitou-se à penalidade do art.69, inciso II, alínea a da Lei n 059/93, insculpida corretamente no Auto de Infração nº 001886/2019.

IV-2. DO CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA APLICADA - “Que a multa aplicada possui nítido caráter confiscatório, pois equivale a 100%(cem por cento) do valor do imposto exigido, representando verdadeira expropriação do patrimônio do contribuinte, de modo que deve ser afastada, conforme orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme disposições do art. 150, inciso IV, CF/1988, 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;”

A respeito deste **ITEM IV-2**, acima, vale esclarecer que a penalidade estabelecida para as situações de **APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO DO ICMS, EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA**, está prevista na Lei nº 059/93, em seu art. 69, inciso II, alínea “a”, correspondente à 100% do valor do crédito indevido/imposto.

O percentual da MULTA de 100% sobre o valor do crédito indevido/imposto, portanto, está em consonância com o entendimento do STF no sentido de que a MULTA só é INVALIDADA se ULTRAPASSAR o VALOR do PRÓPRIO TRIBUTO - Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ, relator Ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 14 de fevereiro de 2003, e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, relator ministro Gilmar Mendes, julgado sob o ângulo da repercussão geral em 18 de maio de 2011, Diário da Justiça de 18 de agosto de 2011. Referida posição já vem sendo adotada pelo Conselho de Recursos Fiscais do Estado de Roraima-CRF, conforme **RESOLUÇÕES nºs 63/2018 e 64/2018**, dentre outras, **ao adequar a multa de 40% do valor da operação para até 100% do valor do imposto**, ou seja, o STF admite que o patamar da multa tributária não deve ultrapassar o valor do imposto devido.

Desta feita, no caso dos presentes autos a MULTA de 100% do valor do crédito indevidamente apropriado/IMPOSTO, corresponde apenas a metade do ICMS, portanto, legal, constitucional e não configura confisco.

Por fim, apesar dos vastos argumentos apresentados pela empresa autuada na impugnação e seus anexos, são insuficientes e não têm o condão de desconstituir a presente autuação.

Verifica-se com certa clareza, através dos documentos constantes dos autos e do CD-MÍDIA, que a acusação oficial que originou o Auto de Infração nº 001886/2019(fl.s.02/03), restou devidamente comprovada, devendo ser mantida a exigência fiscal.

IV-3. DA APLICABILIDADE DA PENALIDADE PREVISTA NO ARTIGO 69, INCISO I, ALÍNEA “A”, DA LEI ESTADUAL Nº 059/1993 - “Que ainda que se decida pela manutenção da cobrança da multa imposta de 100%, no auto de infração ora combatido, o que se admite somente por amor ao debate, impõe-se, no mínimo, a sua redução para o montante do equivalente a 50% do imposto apurado, sendo substituída pela prevista no art. 69, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 059/1993, inclusive em respeito ao art. 112, inciso IV, do CTN.

A respeito deste **ITEM IV-3**, vale dizer que a atividade do servidor público, essencialmente do Auditor Fiscal é plenamente vinculada, não podendo se afastar em hipótese

nenhuma dos preceitos constitucionais e legais, não existe margem de subjetividade ou valoração, mas apenas a averiguação da conformidade do ato com a lei. No presente caso, a fiscalização por meio de Auditor Fiscal, há de cumprir fielmente as disposições do art. 142 do CTN, sob pena de comprometer a eficácia do ato. Vejamos a seguir art. 142, do CTN, in verbis:

ART.142 DO CTN:

“Art. 142 - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.”

A presente autuação refere-se a aproveitamento indevido de “outros crédito” de ICMS, em desacordo com a legislação tributária, especialmente as descritas nos artigos 47 a 54 do RICMS/RR, cuja penalidade só pode ser a do art. 69, inciso II, alínea “a” da Lei nº 059;/93, por se tratar de **INFRAÇÕES RELATIVAS AO CRÉDITO INDEVIDO DO IMPOSTO** e não de **FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS**.

Portanto, não há possibilidade discricionária por parte do auditor, de alterar a penalidade insculpida do art. 69, inciso II, alínea “a”, para a do art. 69, inciso I, alínea “a”, porque esta última trata de **falta de recolhimento de imposto e não de crédito indevido**.

Por tais razões, à luz dos dispositivos retrocitados, tem-se que tanto a cobrança do imposto, quanto a aplicação da multa atenderam os ditames constitucionais e legais pertinentes, o que impossibilita a alteração da penalidade aplicada.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, com base nas fundamentações de fato e de direito acima citadas, e consubstanciados nas provas colacionadas aos autos, restou devidamente configurada a infração, decorrente da **APROVEITAMENTO INDEVIDO DE “OUTROS CRÉDITOS” DO ICMS, EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA**, referentes aos **EXERCÍCIOS 2015/2016**, e, como não há nos autos comprovação de recolhimento do débito, **julgo procedente o Auto de Infração Nº 001886/2019**, decidindo pela manutenção da cobrança do imposto, da multa e dos acréscimos legais do referido AI(fls.02/03).

INTIMAÇÃO

Intime-se o contribuinte nos termos do artigo 54, § 2º da Lei nº 72, de 30 de junho de 1994, combinado com o artigo 89, § 2º, e na forma do artigo 87, § 5º, ambos do Decreto nº 856, de 10 de novembro de 1994, entregando-lhe cópia da presente decisão para seu conhecimento.

Boa Vista (RR), 19 de julho de 2021.


Jarbas Medeiros de Albuquerque
Julgador de Primeira Instância
Mat. 050001668