

PROCESSO - A I. Nº 274068.0027/18-6
RECORRENTE - MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JF nº 0055-04/19
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 03/09/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0197-11/19

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. A legislação prevê a exigência do imposto por solidariedade, em decorrência da falta de comprovação do recolhimento do valor do ICMS relativo à substituição tributária, não retido ou retido a menos, em operação de aquisição de mercadoria sujeita à substituição tributária. Infração subsistente. Rejeitada preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 18/12/2018, o qual traz a exigência do ICMS no valor de R\$1.137.338,74, e multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS devido por Responsabilidade Solidária, nas entradas decorrentes de operações ou prestações interestaduais, junto a contribuinte substituto, por força de Convênio ou Protocolo, nas hipóteses regulamentares.

Consta ainda as seguintes informações: “Anexos: *REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRDAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS e Escrituração Fiscal Digital – EF, NF-e em meio magnético. Tudo conforme ANEXO 1 - DEMONSTRATIVO DE ANTECIPAÇÃO SOLIDARIEDADE - 2014, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.*”

Após a devida instrução processual, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, pelos seguintes argumentos abaixo colacionados:

VOTO

O Auto de Infração em lide versa sobre a acusação fiscal de que o contribuinte deixou de recolher o ICMS devido por Responsabilidade Solidária, nas entradas decorrentes de operações ou prestações interestaduais, junto a contribuinte substituto, por força de Convênio ou Protocolo.

Não acolho os argumentos defensivos relacionados ao pedido de nulidade do Auto de Infração, visto que as acusações estão postas de maneira clara, sendo possível identificar os fatos que ensejaram a autuação; o sujeito passivo; a base de cálculo; a alíquota aplicada; o montante do débito. O enquadramento legal da infração e respectiva penalidade foram feitos em conformidade com as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Ademais, constato que a infração encontra-se devidamente demonstrada, de forma analítica, cujas planilhas elaboradas contêm diversas informações, tais como data, número do documento, código e descrição do produto, preço, alíquota, base de cálculo, e tudo o necessário para a demonstração da infração. As mesmas foram entregues ao autuado, mediante recibo, conforme atesta os documentos de fls. 18 e 19.

Quanto à arguição de nulidade por ilegalidade da presunção como meio de prova, também não há como prosperar, pois não se trata de presunção. A Fiscalização embasada na legislação do ICMS e nas notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital – EFD apontou a falta de recolhimento do imposto devido por responsabilidade solidária, referente à aquisição interestadual de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Dessa forma, rejeito as preliminares de nulidade apresentadas nas razões de defesa.

No que concerne ao pedido de realização de diligência, considero que os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação de meu convencimento, na qualidade de julgadora deste processo administrativo fiscal, razão pela qual, tal pleito fica indeferido, com base no art. 147, inciso I do RPAF/99.

No mérito, em relação ao argumento defensivo de que não houve intimação prévia para esclarecimentos a respeito de eventuais indícios de irregularidades, como bem pontuado pela autuante, tal procedimento não foi adotado por inexistência de previsão legal;

Quanto ao argumento de que houve “arbitramento” de tributação à alíquota de 17%, constato que apesar de constar no Auto de Infração o percentual de 17%, no demonstrativo analítico (Anexo 1) as alíquotas internas foram aplicadas corretamente, inclusive considerando a redução da base de cálculo quando prevista, a exemplo de “ FILTRO DE OLEO LUXCAR 50”, LAMP COMP FLUO ESP GE 24W 127V, etc.

Sobre a afirmação de que a imposição da antecipação do recolhimento do imposto é ilegal e inconstitucional, dada à cobrança de pagamento do ICMS sobre operações que ainda não ocorreram, sem que haja regime de substituição tributária, é uma alegação que não prospera. A exigência diz respeito a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, listadas no Anexo 1 do Regulamento do ICMS, Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012, e adquiridas sem a retenção do imposto substituído.

Nesta condição, conforme previsto no art. 6º, XV da Lei nº 7.014/96, “são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais, o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra Unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário”. Nesta situação, caberia ao contribuinte trazer a comprovação de que o fornecedor possuía inscrição ativa neste Estado, o que não ocorreu.

Quanto à alegação de que todo o ICMS devido nas operações indicadas no AI foi destacado pelo fornecedor, não pode ser acolhida, pois não é o que observo no “Anexo 1”, referente ao demonstrativo elaborado pela fiscalização, inserido na mídia de fl.18. Tais recolhimentos, quando ocorridos, foram informados na coluna “F”, e abatidos do imposto calculado pela fiscalização.

Ademais, observo que o defendente não se reportou, especificamente, sobre qualquer documento fiscal objeto da autuação, haja vista que, de forma genérica, apenas sustentou que os valores em discussão foram devidamente quitados com base no recolhimento do ICMS-ST, no momento da entrada das mercadorias, contrariando o disposto no art. 141 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, que assim estabelece; “se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação”.

No que tange à arguição de desproporcionalidade, do caráter confiscatório e de inconstitucionalidade da multa, saliento que a multa aplicada, encontra-se prevista no artigo 42 da Lei nº 7.014/96, não cabendo a este órgão julgador administrativo a apreciação de questões relacionadas à constitucionalidade da legislação tributária estadual, de acordo com o disposto no art. 167, I do RPAF-BA.

Quanto ao pedido de dispensa da multa de 60%, cumpre observar que, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, esta Junta de Julgamento Fiscal, não tem competência para tal apreciação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Irresignado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação da decisão de primeiro grau, abordando os fundamentos abaixo:

Inicialmente, tece um breve resumo dos fatos e adentra nas preliminares de nulidade.

Entende que o Auto de Infração é nulo por conter vício material, uma vez que a descrição do fato gerador contida no mencionado Auto de Infração não deixa clara a razão que teria motivado a D. Fiscalização Estadual a demandar da Recorrente tão vultosa quantia, limitando-se a indicar sinteticamente a suposta omissão parcial de recolhimento de ICMS, o que viola frontalmente os arts. 142 do CTN e 129, §1º, III, do CTE.

Assim, defende que o Auto de Infração é manifestamente genérico e não contém qualquer indicação quanto às corretas circunstâncias que culminaram nas alegadas ilegalidades, não se mencionando ou indicando as operações que ensejaram em irregularidade.

Conclui que, em razão de vício material demonstrado e à luz do direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como da jurisprudência acima descrita, a Recorrente pugna pelo acolhimento da preliminar de nulidade absoluta do lançamento tributário consubstanciado no Auto de Infração

ora impugnado, pois, tanto o seu teor como a sua instrução carecem de descrição clara e precisa dos elementos de fato que teriam ensejado a autuação.

No mérito, explica que a D. Fiscalização Estadual alega que houve falta de recolhimento de ICMS antecipado por substituição tributária. Todavia, em verdade, as operações apontadas tiveram a totalidade do tributo incidente recolhida como ICMS-ST, uma vez que se percebe que possuem notas fiscais com o destaque do tributo pelo próprio fornecedor.

Ademais, aponta que a antecipação do recolhimento do imposto imposta pela D. Fiscalização Estadual à Recorrente é ilegal e inconstitucional, dada a cobrança de pagamento do ICMS sobre operações que ainda não ocorreram, sem que haja regime de substituição tributária. Com efeito, a referida exigência fiscal ofende os arts. 155, II, da CF/88 e 2º, I, e 12, I, da LC 87/96, que preveem expressamente que o ICMS incidirá sobre a circulação de mercadorias, considerando-se ocorrido o fato jurídico tributário na saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte.

Deste modo, defende a falta de tipicidade das condutas consideradas, ou seja, a Recorrente não cometeu a infração da qual foi acusada porque todo o ICMS devido nas operações indicadas pela D. Fiscalização Estadual foi destacado pelo fornecedor. E, exatamente por isso, não há de se falar em qualquer omissão de recolhimento de ICMS no referido período, tampouco em multa devida, na medida em que resta demonstrado que a presente autuação não tem mínimo fundamento que lhe possa dar sustentação, seja de ordem lógica, legal ou fática, devendo ser integralmente cancelada a exigência fiscal decorrente.

Seguindo, afirma que a lavratura de Auto de Infração contra contribuinte tem como pressuposto o procedimento de fiscalização prévia, por meio do qual a D. Fiscalização Estadual possui amplos poderes para requerer e o **dever de analisar todos os documentos** necessários à minuciosa verificação dos fatos alegados na autuação.

Ocorre que, no presente caso, a D. Fiscalização Estadual não solicitou da Recorrente qualquer apresentação de documentos fiscais e contábeis necessários ao procedimento de fiscalização, tampouco, solicitou esclarecimentos quanto às operações que poderiam ser facilmente sanadas apenas com a análise simples dos livros fiscais correspondentes.

Explica que após terem identificado supostas inconsistências no recolhimento do tributo incidente sobre operações realizadas entre janeiro e dezembro de 2014, ao invés de intimar a Recorrente para prestar esclarecimentos sobre meros indícios de irregularidade, a D. Fiscalização Estadual preferiu lavrar de imediato o Auto de Infração em questão, deixando a análise dos documentos para o momento da apresentação da impugnação.

Assim, assevera que não restam dúvidas de que o presente lançamento foi pautado apenas em indícios e que a D. Fiscalização Estadual se valeu de mera presunção para a sua formalização. Porém, como mencionado, não se admite lançamento baseado em mera presunção, sendo princípio basilar do Direito que o ônus da prova cabe àquele que formula a acusação.

Destaca, ainda, que a técnica de apuração tributária utilizada pela D. Fiscalização Estadual é manifestamente ilegal, na medida em que se deu por “arbitramento” de tributação à alíquota de 17% sobre a base de cálculo do valor da operação de entrada das mercadorias. Isto é, além de imputar a infração de omissão de recolhimento de tributo sem qualquer comprovação fática, a D. Fiscalização Estadual também simplesmente presumiu que ocorreram saídas de mercadorias tributáveis no referido período submetidas ao regime de tributação normal, incidindo a alíquota de 17%, indiscriminadamente.

Informa que não se pode presumir que todas as mercadorias vendidas pela Recorrente se submetem ao regime de tributação normal, tal como pretendeu a D. Fiscalização Estadual ao fazer incidir a alíquota de 17% sobre a base de cálculo do valor da operação de entrada das mercadorias em que ocorreu a suposta omissão de recolhimento de ICMS. Tal presunção equipara à tributação mais onerosa operações submetidas ao regime de substituição tributária ou operações com produtos cujas saídas são isentas do imposto ou são beneficiadas com redução da base de

cálculo, como os produtos que compõem a cesta básica e que, portanto, não estão submetidas à alíquota de 17% como imputado pela D. Fiscalização Estadual na presente autuação.

Ademais, manifesta-se sobre a abusividade da multa aplicada e a necessidade de realização de diligências para comprovar a veracidade das suas alegações apresentadas no presente Recurso Voluntário.

Por fim, pleiteia seja DADO INTEGRAL PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, para que, reformando-se o v. Acórdão recorrido JJF nº 0055-04/19, seja integralmente cancelado o Auto de Infração nº 2740680027/18-6, bem como lhe seja assegurado o direito à produção de todos os meios de prova em Direito admitidos, em especial a realização de diligência, bem como a posterior juntada de novos documentos.

VOTO

Inicialmente, cabe-nos apreciar a preliminar de nulidade aventada pelo contribuinte.

Afirma o recorrente que o Auto de Infração é nulo por conter vício material, uma vez que a descrição do fato gerador contida no mencionado Auto de Infração não deixa clara a razão que teria motivado a D. Fiscalização Estadual a demandar da Recorrente a infração em análise.

Confrontando tal afirmativa, observo que o Auto de Infração encontra-se devidamente constituído, tendo a autoridade fiscalizadora informado o enquadramento legal da autuação, bem como todos os documentos que ensejaram no crédito tributário em comento (anexo com o demonstrativo analítico contendo data, número do documento, código do produto, descrição do produto, preço, alíquota, base de cálculo e todas as informações da infração, além de mídia contendo o demonstrativo, EFD, Escrituração, intimação e notas fiscais eletrônicas, tudo encaminhado ao contribuinte, conforme fl. 19).

Assim, não há que se falar em Auto de Infração genérico. Pelo contrário. O Auto de Infração está claramente especificado, tendo a Fiscalização oportunizado o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório à recorrente.

Rejeitada a preliminar.

No mérito, a recorrente afirma que não há imposto a ser pago, uma vez que as operações apontadas tiveram a totalidade do tributo incidente recolhida como ICMS-ST, conforme demonstram as notas fiscais com o destaque do tributo pelo próprio fornecedor.

Todavia, tal afirmativa não prospera, eis que, como bem pontuou a fiscal autuante: a) as arrecadações realizadas pela própria impugnante foram abatidas do valor levantado no anexo 1, coluna “D”, do Auto de Infração nº 274.068.0030/18-7 e; b) o ICMS-ST recolhido pelos fornecedores foram abatidos dos cálculos, conforme anexo 1, coluna “F”, folhas 16 a 19 do PAF.

Compulsando o anexo 1, vislumbro que, de fato, os valores já foram considerados pela autuação. Outrossim, a recorrente já havia abordado tal assunto em sua impugnação inicial, tendo repisado em sede recursal sem trazer nenhum elemento específico que confrontasse efetivamente o trabalho fiscal realizado. Assim, conforme dispõe o art. 143 do RPAF/99: *A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

Quanto à afirmativa de que a cobrança do tributo em epígrafe seria inconstitucional, informo que este Órgão Colegiado não tem competência para tratar de inconstitucionalidade. É o que preceitua o art. 167, I do precitado Regulamento.

Ademais, o Auto de infração foi lavrado com base na irregularidade cometida pelo contribuinte, a qual se encontra devidamente tipificada no art. 6º, inciso XV da Lei nº 7.014/96. Vejamos:

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário.

Em relação à suposta presunção na autuação, como aduziu a recorrente, restou devidamente comprovado nos autos que a mesma não ocorreu. A fiscalização baseou-se nas notas fiscais eletrônicas (NF-e) e Escrita Fiscal Digital (EFD), tendo enviado, ao contribuinte, intimação (fl. 5/7), bem como e-mail solicitando informações (fl. 15).

Também não prospera a afirmativa do contribuinte de que a Fiscalização utilizou a alíquota de 17% sobre a base de cálculo do valor da operação de entrada das mercadorias em que ocorreu a omissão de recolhimento de ICMS, uma vez que o demonstrativo analítico apresenta o oposto do alegado. Nele, encontra-se evidenciado o valor de forma individualizada utilizado para calcular o imposto sobre a base de cálculo com alíquota e redução da base de cálculo.

Ademais, como já mencionado anteriormente, o contribuinte tão somente afirma sem trazer nenhum elemento que corrobore com sua alegação, sendo a simples negativa incapaz de elidir a acusação fiscal.

Quanto à abusividade da multa aplicada, este órgão administrativo não tem competência para apreciar a redução/cancelamento de multas ocasionadas por descumprimento de obrigação principal, motivo pelo qual tal item não pode ser apreciado.

Assim, por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a decisão de piso.

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 **274068.0027/18-6**, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.137.338,74**, acrescido da multa de 60%, prevista art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões CONSEF, 16 de julho de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS