

PROCESSO - A. I. Nº 274068.0019/17-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA
RECORRIDOS - MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0131-05/18
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 28/02/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0334-11/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOR. O autuante reconhece erro na apuração da base de cálculo, em decorrência de informação de dados equivocados na Escrituração Fiscal Digital – EFD, o que diminuiu o valor do ICMS originariamente exigido. Não acolhidas as arguições de nulidades. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 5ª JJF nº 0131-05/18, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 04/10/2017, e Recurso Voluntário interposto pelo Contribuinte, que, inconformado com a referida decisão, nos termos no Art. 169, I, alíneas “a” e “b” do RPAF. O Auto foi lavrado para exigir o ICMS no valor de R\$306.641,58, e multa de 60%, em decorrência de ter efetuado o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação.

Após impugnação apresentada pelo autuado (fls. 35 a 42) e informação fiscal prestada pelo autuante (fls. 66 a 70), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 5ª JJF que optou pela Procedência em Parte do Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

Inicialmente nego o pedido de diligência pois os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação de meu convencimento, na qualidade de julgadora deste processo administrativo fiscal, consoante Art. 147, I, “a” do RPAF/99.

Ressalto a previsão legal do Art. 19 do RPAF/99, no qual está estabelecida que “A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.”

Destaco inicialmente que o Auto de Infração em análise obedeceu às regras atinentes ao Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto 7.629/99, especificamente as ditadas no Cap. III, “Do Auto de Infração”, Arts. 38 a 47, contém a qualificação do autuado, a descrição dos fatos considerados infrações de obrigação tributária principal, o demonstrativo de débito tributário, com a data de ocorrência dos fatos geradores do imposto exigível, e outros detalhes necessários para o perfeito entendimento da acusação fiscal.

Percebe-se que a descrição fática é suficiente para o entendimento da imputação que está sendo feita ao contribuinte, foi feita de forma clara e com a indicação de dispositivos legais dados como infringidos, o que permitiu o conhecimento da acusação fiscal e a apresentação da impugnação por parte do sujeito passivo. Dessa forma não acolho a preliminar de nulidade quanto à suposta afronta aos princípios da legalidade, motivação, ampla defesa do contraditório e da segurança jurídica, pelas razões que analiso.

Os princípios da ampla defesa e do contraditório foram estritamente observados, consoante dispõe a Constituição Federal de 1988, em que os litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes. (CF, Art. 5º, inciso LV). Assim, a resolução deste conflito de interesses está tendo a participação dos interessados para

legitimar o seu resultado final. Em todos os atos processuais, desta lide, houve a participação e o conhecimento dos interessados, os quais articularam as suas pretensões com vistas à comprovação dos fatos sobre os quais, ao final querem ver asseguradas a manutenção ou a reforma do Auto de Infração.

Deste modo, o princípio do contraditório, embora não se confunda com a ampla defesa, pode ser considerado um desdobramento desta, segundo o qual deve ser dada ciência às partes do que se faz ou que se pretende que seja feito no processo, abrindo-se então a possibilidade de cooperar e de contrariar. Tudo visando ao máximo equilíbrio da decisão final, ou da sentença.

Outrossim, embora o defendente reclame, verifico que os anexos foram entregues ao contribuinte, conforme fls. 07 a 26, bem como arquivos, fls. 30 e 31. As planilhas são claras e objetivas, contêm diversas informações, tais como data, número do documento, código e descrição do produto, preço e tudo o necessário para a demonstração da infração. As informações constantes do arquivo magnético estão nas fls. 30 e 31, sendo que os valores reclamados na autuação estão baseados nas notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital – EFD, documento gerado pelo próprio autuado.

Como ressalta a autuante, ao prestar a informação fiscal, também foi entregue um DVD contendo os anexos, EFD, NF-e e livros ao Sr. Humberto Dias, preposto da empresa, conforme procuração de fl. 32, mediante recibo, fl. 31 no momento da ciência do Auto de Infração.

Inobstante o sujeito passivo tenha reclamado quanto à base de cálculo do imposto exigido, constata-se que a fiscalização baseou-se nos dados existentes na Escrituração Fiscal Digital – EFD, e neste caso, o auditor fiscal ressalta que a impugnante a escriturou com equívocos, acrescentando indevidamente ao valor do produto, o valor do ICMS-ST, o que implicou em erro de cálculo. O valor do ICMS-ST deve ser informado em outro campo. Esclarece que o erro de cálculo ocorreu face aos dados indevidos, informados pelo impugnante. Refez os cálculos, conforme Anexos 3.7 a 3.10, fls. 71 a 77.

Acompanho os valores da infração que foram retificados pelo auditor fiscal, consoante demonstrativo resumo de antecipação recolhida a menor, de fl. 71, e planilhas de fls. 72 a 77, e que perfaz o valor de R\$213.491,05, consoante o demonstrativo de débito abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

DATA OCORR.	DATA VENCTO	MULTA	DEMONST. PÓS JULG.
31/01/2013	09/02/2013	60%	0
28/02/2013	09/03/2013	60%	20.978,25
31/03/2013	09/04/2013	60%	9.042,97
30/04/2013	09/05/2013	60%	12.954,11
31/05/2013	09/06/2013	60%	12.841,79
30/06/2013	09/07/2013	60%	30.392,35
31/07/2013	09/08/2013	60%	17.788,53
31/08/2013	09/09/2013	60%	29.028,17
30/09/2013	09/10/2013	60%	11.909,68
31/10/2013	09/11/2013	60%	12.400,34
30/11/2013	09/12/2013	60%	41.733,00
31/12/2013	09/01/2014	60%	14.421,86
TOTAL		60%	213.491,05

Saliento que o sujeito passivo não se manifestou ao ser cientificado dos valores que foram retificados pelo autuante. (A.R. fl. 285).

Quanto à multa aplicada, está tipificada no Art. 42, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, sua base legal, e destaco que este órgão julgador não tem competência para apreciar questões de ilegalidade ou de inconstitucionalidade de lei e de atos normativos.

Destaco que o sujeito passivo requer que todas as intimações/publicações sejam feitas em nome dos advogados Sergio Farina Filho (OAB/SP nº 75.410) e João Alberto Pereira Lopes Junior (OAB/BA nº 11.972), com endereço na Avenida da França, 164, Edifício Futurus, 7º andar, Salvador, Bahia, CEP, 40.010-000.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

O Auto de Infração em questão, lavrado em 04/10/2017, teve como pressuposto exigir crédito tributário no valor de R\$306.641,58 e multa de 60%, em decorrência de ter efetuado o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, no período de Janeiro a Dezembro de 2013.

Nas razões apresentadas na defesa (fls 35 a 42), o sujeito passivo, através de advogado, procuração fl.45, registra a tempestividade da defesa. Em preliminar, alega que o Auto de Infração

está sujeito a nulidade, tendo em vista que foi lavrado sem qualquer indicação quanto às circunstâncias dos fatos apontados como infracionais, que evidenciariam a alegada ilegalidade, alega que o *“Auto de Infração não contém os requisitos e informações básicas para sua lavratura, como a indicação das circunstâncias que culminaram com a alegada infração. Em outras palavras, à Requerente restou a insólita missão de “adivinhar” os fundamentos e os fatos suscitados pela Fiscalização como causas da autuação”*.

O autuado também questiona erro na indicação da base de cálculo utilizada pelo autuante, por considerar o custo final das mercadorias com a inclusão do ICMS ST recolhido pelo fornecedor.

Questiona ainda a multa aplicada por considerá-la totalmente desproporcional, importando em verdadeiro confisco.

Em informação fiscal, fls. 66 a 70, prestada pelo autuante, após relatar as razões da autuada, rebate-as no sentido de que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

A 5ª JJF, após análise da defesa apresentada pelo autuado e informações prestadas pelo autuante, julga Procedente em Parte, reduzindo o valor para R\$213.491,05, acrescido da multa de 60%, prevista Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, razão que ensejou o Recurso de Ofício nos termos do Art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99.

Inconformada com a decisão da 5ª JJF, o autuado apresentou Recurso Voluntário (fls 302 a 309), reiterando o pedido de Nulidade do Auto de Infração por vício material e a redução da multa aplicada, por considerá-la abusiva.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, nº 0131-05/18, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 04/10/2017 e Recurso Voluntário (Fls. 302 a 309), interposto pelo Contribuinte, nos termos no Art. 169, I, alíneas “a” e “b” do RPAF. O referido auto foi lavrado para exigir o ICMS no valor de R\$306.641,58 e multa de 60%, em decorrência de ter efetuado o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação.

Inicialmente, analiso o Recurso de Ofício interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal.

Verifica-se que o Recurso de Ofício é pertinente, tendo em vista que o julgamento de 1ª instância desonerou parcialmente o presente Auto de Infração, no valor de R\$149.040,85, montante superior ao valor de R\$100.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a”, do RPAF/99, vigente à época da Decisão ora recorrida.

A desoneração é decorrente da decisão de piso ter acolhido a retificação dos valores da base de cálculo utilizada pelo auditor fiscal, conforme demonstrativo resumo de antecipação recolhida a menor, de fl. 71, e planilhas de fls. 72 a 77, o que perfaz o total de R\$213.491,05.

Portanto, uma vez demonstrado o equívoco no valor da base de cálculo em função de erro na escrituração fiscal do autuado, que escriturou o ICMS ST em outro campo indevido, mas que foi acatado pelo autuante, que refez os cálculos e reduziu o valor do ICMS devido, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, devendo ser mantida inalterada a Decisão recorrida.

Em análise ao Recurso Voluntário (fls. 302 a 309), verifico que o autuado roga pela Nulidade, alegando que o auto não contém qualquer indicação quanto às corretas circunstâncias que culminaram na alegada ilegalidade, não se mencionando ou indicando explicitamente as operações que ensejaram em irregularidade.

Quanto ao pedido de Nulidade por alegações de que o auto não dispõe de requisitos formais, não se assevera, pois obedeceu ao previsto no RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, arts. 38 a 47, e contém a qualificação do autuado, a descrição dos fatos considerados infrações de obrigação

tributária principal, o demonstrativo de débito tributário, com a data de ocorrência dos fatos geradores do imposto exigível, e outros detalhes necessários para o perfeito entendimento da acusação fiscal.

Em seu recurso, discorda ainda da aplicação da multa de 60%, por entender que “A aplicação de multa tão exorbitante, além de não se coadunar com princípios constitucionais implícitos reconhecidos amplamente pela doutrina e pela jurisprudência pátria, quais sejam, os da proporcionalidade e da razoabilidade, violam frontalmente o disposto no artigo 150, inciso IV, da CF/88, que consagra o princípio constitucional da vedação do confisco, aplicável não apenas aos tributos, mas também às penalidades por infrações à legislação tributária”.

Cabe ressaltar que a multa aplicada, no auto em questão, está prevista no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96:

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

...
II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

...
d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;

Quanto à redução da multa solicitada pelo contribuinte, baseado no Art. 45, as multas previstas nos incisos II, III e VII do Art. 42 poderão ser reduzidas em até 35%, se pagas antes de inscrição em Dívida Ativa ou 25%, se pagas antes do ajuizamento da ação de execução do crédito tributário.

Considerando que não há motivos que ensejam a Nulidade do Auto e a cobrança, inclusive da multa, deu-se pela falta de recolhimento do ICMS ST, 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** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **274068.0019/17-5**, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$213.491,05**, acrescido da multa de 60%, prevista art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de novembro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS