

PROCESSO - A. I. Nº 274068.0026/18-0
RECORRENTE - MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0075-04/189
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/01/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0329-12/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. **a)** SAIDAS DE MERCADORIAS ATRAVÉS DE CUPOM FISCAL. **b)** SAIDAS ATRAVÉS DE NOTAS FISCAIS. De uma análise do Recurso Voluntário, nada se apresenta como efetiva contestação do lançamento, mediante provas, ou alegação de erros, mas apenas a de que as mercadorias tiveram o ICMS recolhido por substituição tributária, e outra parte, são isentas do imposto e portanto não justifica o lançamento, pela ausência de tributação. Contudo, de uma análise dos demonstrativos, verifica-se que são mercadorias com tributação normal. Indeferido o pedido de realização de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente do Auto de Infração que foi lavrado no dia 18.12.2018, sendo lançado crédito tributário no valor histórico de R\$ 118.227,80 pelo cometimento de 03 (três) infrações, contudo a terceira foi reconhecida, restando à lide, as infrações 1 e 2, abaixo discriminadas:

Infração 01 - 02.01.03- Falta de recolhimento do imposto, em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Exigido o valor de R\$110.051,18, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei no 7.014/1996. Consta ainda as seguintes informações: “Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAIDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS e Escrituração Fiscal Digital – EF, NF-e em meio magnético. Tudo conforme ANEXO 1 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR – CF – TRIBUTADO COMO NÃO TRIBUTADO, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.”

Infração 02 - 02.01.03. Falta de recolhimento do imposto, em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Exigido o valor de R\$8.104,26, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei no 7.014/1996. Consta ainda as seguintes informações: “Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAIDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS e Escrituração Fiscal Digital – EF, NF-e em meio magnético. Tudo conforme ANEXO 2 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR – NF – TRIBUTADO COMO NÃO TRIBUTADO, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.”

O autuado ingressou com impugnação às fls. 26/42, e a autuante prestou informação às fls. 66/71, a JF decidiu pela Procedência do Auto de Infração com os seguintes fundamentos:

VOTO

O Auto de Infração apura a falta de recolhimento do ICMS em decorrência do cometimento de irregularidades em três infrações à legislação baiana do imposto, todas elas em decorrência do contribuinte ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, sendo que a infração 03 foi totalmente reconhecida pelo contribuinte inclusive com o pagamento total do débito exigido, conforme se verifica no extrato emitido pelo Sistema Integrado de Gestão da Administração desta Secretaria às fls. 77 e 78.

Dessa forma, em razão de inexistir lide nesses lançamentos, a infração 03 subsiste em sua totalidade, com homologação dos valores recolhidos.

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 as infrações encontram-se devidamente demonstrada de forma analítica, cujas planilhas elaboradas contêm diversas informações, tais como data, número do documento, código do produto, descrição do produto, preço, alíquota, redução da base de cálculo e tudo o necessário para a demonstração da infração. As mesmas foram entregues ao autuado, mediante recibo assinado pelo preposto da empresa, conforme atesta o documento de fl. 22.

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 realização de operações de saídas de mercadorias tributadas como não tributadas, por meio de cupons e notas fiscais que relacionou nos demonstrativos que anexou aos autos. 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, verifico que as mercadorias objeto da autuação constam no “ANEXO 1 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR – CF – TRIBUTADO COMO NÃO TRIBUTADO” (infração 01); ANEXO 2 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR – NF – TRIBUTADO COMO NÃO TRIBUTADO (infração 02);

Inicialmente, 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; Também observo que na apresentação da defesa o contribuinte não se reportou, especificamente, sobre qualquer item de mercadoria arrolada na autuação, pois de forma genérica, apenas asseverou que parte dos valores exigidos foram devidamente quitados com base no recolhimento do ICMS-ST, e as demais dizem respeito a produtos isentos do imposto e não houve aproveitamento de crédito no momento de sua aquisição e informa estar anexado as devidas comprovações através do DOC 3.

Tal argumento não pode ser acatado, pois como bem esclareceu a autuante ao prestar a Informação Fiscal as mercadorias objeto das infrações são todas elas tributadas normalmente, no entanto, as mesmas não foram oferecidas à tributação pelo contribuinte. Do mesmo modo, coaduno com o entendimento da autuante quando diz que o documento anexado pelo sujeito passivo (DOC 03), na mídia de fl. 63, não comprova a alegação defensiva de que não deixou de recolher o tributo devido, pois os arquivos anexados são na verdade cópias de documentos eletrônicos e Escrituração Fiscal Digital inseridos na mídia gravada pela fiscalização, fl. 81.

Assim, constato que o defendente não se reportou, especificamente, sobre qualquer documento fiscal objeto da autuação, 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, a teor do 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, este Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para tal apreciação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Insatisfeito com o julgamento, o contribuinte ingressou com o presente Recurso, às fls. 99/105.

Alega que o v. acórdão recorrido deixou de observar que parte das operações apontadas tiveram a totalidade do tributo incidente recolhida na entrada das respectivas mercadorias como ICMS-ST pois submetidas ao regime de substituição tributária e, a parte restante, refere-se a operações com produtos cujas saídas são isentas do imposto e, portanto, não houve recolhimento de ICMS, tampouco aproveitamento dos respectivos créditos (doc. nº 03 da Impugnação).

Nota-se, portanto, a falta de tipicidade das condutas consideradas, ou seja, a Recorrente não cometeu as infrações das quais foi acusada porque apurou e recolheu todo o ICMS devido nas

operações indicadas pela D. Fiscalização Estadual.

Dessa forma, ao contrário do suscitado pelo v. acórdão recorrido, 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.

Conforme já exposto, a Recorrente efetuou o pagamento integral dos débitos consubstanciados na Infração nº 03 da presente exigência fiscal, corresponde ao montante de R\$ 72,36 (setenta e dois reais e trinta e seis centavos).

Tal fato foi devidamente reconhecido pelo v. acórdão recorrido, conforme se constata do seguinte trecho: *“sendo que a infração 03 foi totalmente reconhecida pelo contribuinte inclusive com o pagamento total do débito exigido, conforme se verifica do extrato emitido pelo Sistema Integrado de Gestão da Administração desta Secretaria às fls. 77 e 78.”*

Contudo, apesar do reconhecimento do pagamento integral dos débitos relacionados à Infração nº 03, o v. acórdão recorrido deixou de reduzir tal parcela do montante histórico exigido (R\$ 118.227,80), o qual corresponde às três infrações ora em cobrança.

Dessa forma, a Recorrente requer que este E. Conselho proceda à redução do valor integralmente pago, de forma que, caso não seja acolhida a argumentação acima exposta em relação as Infrações nºs 01 e 02, seja tal valor devidamente descontado do montante global em exigência.

O v. acórdão recorrido indeferiu o pedido da Recorrente de realização de diligência e de prova pericial por entender que *“os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação do meu convencimento, na qualidade de julgadora deste processo administrativo fiscal”*.

Contudo, ao contrário do que suscita o v. acórdão recorrido, é inequívoca a necessidade de realização de diligência e de prova pericial nos autos do presente Processo Administrativo, na medida em que, por meio da análise do sistema de controle de estoques e de livros fiscais, restará demonstrado que a Recorrente recolheu todo o ICMS a que estava obrigada.

Nesse sentido, ressalta-se ainda que a realização de diligências e de prova pericial é medida que se impõe para o estrito cumprimento dos princípios da verdade material, do contraditório e da ampla defesa. Dessa forma, requer-se que este E. Conselho reforme o v. acórdão recorrido, a fim de determinar a conversão do presente feito em diligências e prova pericial.

Além de manter integralmente a multa, o v. acórdão recorrido considerou que a análise de seu caráter confiscatório não estaria abarcada na competência dos órgãos julgadores administrativos, uma vez que não estariam autorizados a declarar a constitucionalidade ou, até mesmo, determinar a redução do percentual imposto pela D. Fiscalização Estadual.

De início, cumpre ressaltar que a pretensão da Recorrente não é a de que esse E. Conselho declare a inconstitucionalidade da multa aplicada. Conforme já apontado em sede de impugnação, o que se busca é apenas e, tão somente, a redução da penalidade para um patamar razoável e proporcional.

Ocorre que, em que pese os argumentos suscitados pelo v. acórdão recorrido, tem-se que a redução da penalidade é medida que se impõe a esse E. Conselho. Isso porque, sob qualquer ângulo que se observe a questão, é preciso admitir que a multa imposta no patamar de 60% é manifestamente desproporcional, na medida em que corresponde a mais da metade do valor do próprio tributo o qual foi corretamente extinto pelo instituto da remissão.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que o art. 150, IV, da CF/88 determina que é vedado à União, Estados, Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco. Nessa mesma linha, vale lembrar que o art. 3º do CTN estabelece que o tributo é uma prestação pecuniária que não constitui sanção por ato ilícito.

Conforme já demonstrado pela Recorrente em sua impugnação, o entendimento jurisprudencial do E. STF firmou-se no sentido de que configura intuito confiscatório a multa aplicada em alíquota acima de 30% do valor do imposto não recolhido

Resta demonstrada a abusividade da penalidade imposta, tendo em vista a sua clara violação aos princípios constitucionais e à jurisprudência dos Tribunais pátrios, razão pela qual a Recorrente requer, não a decretação de sua inconstitucionalidade, mas, tão somente, a sua redução para patamares razoáveis e proporcionais.

Diante do exposto, a Recorrente pleiteia seja DADO INTEGRAL PROVIMENTO a este Recurso Voluntário, para que, reformando-se o v. acórdão recorrido JJF nº 0075-04/19, seja o presente auto de infração integralmente cancelado por este E. Conselho.

Subsidiariamente, caso não seja acolhido o pedido formulado acima, o que se admite apenas a título de argumentação, a Recorrente requer a redução do valor referente à Infração nº 03 no montante de R\$ 72,36 (setenta e dois reais e trinta e seis centavos), na medida em que foi integralmente quitado, conforme reconhecido pelo v. acórdão recorrido.

Subsidiariamente, a Recorrente também pugna pela redução da multa imposta, no percentual de 60%, a um patamar razoável e proporcional, na linha do entendimento adotado pela jurisprudência pátria.

Por fim, em respeito ao princípio da verdade material, a Recorrente pleiteia 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

Trata-se de lançamento de 3 infrações, sendo que a terceira, por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis (CFOP 5.910 - remessa em bonificação, doação ou brinde), no valor de R\$72,36 foi reconhecida pelo Recorrente, restando as infrações 1 e 2, sendo a primeira, também por haver praticado operações tributáveis como não tributáveis, por meio de emissão de cupons fiscais, e a segunda pela mesma razão, contudo por meio de notas fiscais.

Inicialmente, aprecio o pedido de diligência, já negado em Primeira Instância, mas sem apresentar nenhuma razão concreta, que justifique a conversão do auto para ser periciado. Os demonstrativos anexados estão claros, assim como as infrações, com perfeita descrição.

De uma análise do Recurso Voluntário, nada se apresenta como efetiva contestação do lançamento, mediante provas, ou alegação de erros, mas apenas a de que as mercadorias tiveram o ICMS recolhido por substituição tributária, e outra parte, são isentas do imposto e portanto não justifica o lançamento, pela ausência de tributação. Contudo, de uma análise dos demonstrativos, verifica-se que são mercadorias com tributação normal.

O anexo 1, referente à infração 1, encontra-se às fls. 15/16, relacionando mercadorias como arroz, algodão, amendoim, soda cáustica, tapete colorido, trena tramontina, etc, todas mercadorias tributáveis. O anexo 2, referente à infração 2, fls. 17/18, também relaciona mercadorias tributadas, como arroz, chá de boldo, camomila, etc, saco de lixo, café, todas também tributadas, porém com imposto sem destaque nos documentos fiscais.

Quanto à abusividade das multas, e sua inconstitucionalidade, não está na competência deste Conselho de Fazenda, nem a exclusão ou redução, nem tampouco apreciar questões de constitucionalidade da legislação baiana (art. 167, I e III do RAPF-BA). Quanto à homologação dos valores reconhecidos, já foi feito no próprio voto recorrido.

Face ao exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário. Auto de Infração PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 274068.0026/18-0, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$118.227,80**, acrescido da multa de 60%, prevista Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor devidamente recolhido.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS