

A. I. N° - 269193.0002/19-1
AUTUADO - LOJAS RIACHUELO S. A.
AUTUANTE - GERALDO BARROS RIOS
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 16/12/2020

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0235-04/20-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Considerações de defesa elidem em parte a autuação. Assim é que, o autuado, juntou algumas notas fiscais, acompanhadas das Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE, e seus respectivos comprovantes de pagamento, a fim de demonstrar a correta apuração e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes e outras Unidades da Federação, objeto da autuação. Com a apropriação dos valores apresentados pelo sujeito passivo na sua peça defensória, o agente Fiscal Autuante, em sede de Informação Fiscal, apresenta novo Demonstrativo de Débito da autuação, alterando o valor original de R\$177.910,12, para o valor de R\$150.238,53, conforme planilha que apresenta. Não vendo nada que desabone o novo demonstrativo de débito da autuação, com a apropriação das GNRE's apresentadas em sede de defesa, voto pela subsistência parcial da presente autuação. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 13/12/2019, exige ICMS no valor de R\$177.910,12, conforme demonstrativos e documentos às fls. 4 a 18, e CD/mídia à fl. 15, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 - 07.01.01: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS no valor de R\$177.910,12, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior no ano de 2017, conforme demonstrativo de fl. 17 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 15, com enquadramento no artigo 8º, inc. II, e § 3º, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289, do RICMS/BA, publicado pelo decreto 13.780/2012, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d” , da Lei nº 7.014/96.

Consta da descrição dos fatos, como informação complementar, de que, no ANEXO A desta infração têm-se o Demonstrativo Sintético e a “folha de rosto” do Demonstrativo Analítico, cujo conteúdo complete encontra-se no CD/Mídia de Anexos Eletrônicos pensado a este PAF, no arquivo “Antec. Tribut._2017”. Instado a se manifestar sobre o objeto da imputação, o contribuinte nada apresentou que pudesse elidi-la.

O Contribuinte Autuado apresenta defesa, às fls. 20/36 dos autos, pelos motivos que passo a expor:

Diz que é uma sociedade empresária inscrita no CNPJ sob o nº 33.200.056/0001-49, com sede na Rua Leão XIII, nº 500, Jardim São Bento, São Paulo – SP, CEP 02.526-000, vem, através de seus advogados legalmente constituídos, vem, respeitosamente, à presença deste Juízo Administrativo, com fulcro no art. 5º, LV, da Constituição Federal, nos termos dos arts. 145, I e 151, III, do CTN, apresentar, tempestivamente, a presente impugnação ao Auto de Infração de numeração em epígrafe (Doc. 02), lavrado em 26/12/2019, no valor histórico de R\$177.910,12, do qual teve ciência em 27/12/2019 (prazo de 60 dias na Intimação), baseando-se, para tanto, nas razões de fato e de direito a seguir elencadas.

I. SINOPSE FÁTICA DA AUTUAÇÃO

Pontua que é um conglomerado econômico nacional que mantém fortes raízes no Nordeste do Brasil, sendo sua praxe realizar todos os esforços para bem cumprir com as suas obrigações, especialmente no que se refere as de caráter tributário referentes ao ICMS, imposto dos que mais diretamente reverte-se em favor da população local.

Ocorre que, para sua surpresa, fora alvo de um Auto de Infração de ICMS no valor histórico de R\$177.910,12 lavrado por Autoridade da Secretaria de Estado da Fazenda do Estado da Bahia.

Registra que o débito exigido, segundo o Auto ora impugnado, no valor histórico de R\$177.910,12, se relaciona a supostas infrações envolvendo não recolhimento de ICMS, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior.

Todavia, diz que, conforme se verificará adiante, será demonstrado que todo o imposto em questão foi pago, de sorte que deve a presente Impugnação ser acolhida para que, consequentemente, seja o Auto de Infração aqui combatido julgado totalmente improcedente.

II. DAS PRELIMINARES:

II.1 – DA TEMPESTIVIDADE DO PRESENTE PETITÓRIO

Antes de adentrar as questões de direito que impõe o conhecimento e o provimento da presente Impugnação, aponta que foi científica do presente Auto de Infração em 27/12/2019 (sexta-feira), dispondo de 60 (sessenta) dias para quitar o débito fiscal ou apresentar defesa, conforme prazo expresso na Intimação recebida e disposição expressa no art. 41 da Lei Estadual nº 7.651/2013.

Sendo assim, o prazo para a presente defesa findou-se no dia 27/02/2020 (quinta-feira), sendo portanto, absolutamente tempestiva a Impugnação ora apresentada.

II.2 – RECLAMAÇÃO/DEFESA COM SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE. APLICAÇÃO IMEDIATA DOS ARTS. 151, III E 206 DO CTN.

Diz que, entre os vários direitos e garantias consagrados pela Constituição Federal de 1988, não por acaso conhecida como “*Constituição Cidadã*”, está o direito de petição ao Poder Público, o qual se compadria com o princípio do devido processo legal (*due process of law*), que se desdobra no direito à ampla defesa e contraditório.

Tais previsões estão no art. 5º, XXXIV, “a” e LV da CF/88, os quais são “*cláusulas pétreas*” (núcleo imutável da Constituição, não passível de alteração por intermédio de emendas constitucionais), nos termos do art. 60, §4º da mesma Carta Suprema, que destaca.

O significado dessas diretrizes constitucionais é, na prática, um direito que pertence a toda pessoa, física ou jurídica, de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou situação contra ele imputada e que lhe possa trazer dano patrimonial e/ou jurídico, podendo ter por objetivo o pedido de uma reorientação da situação.

Especialmente na presente esfera jurídico-tributária estadual, consigna que se constitui meio idôneo para suspender a exigibilidade do crédito tributário a apresentação de impugnação administrativa, aplicando-se a regra do art. 151, III, do CTN:

“Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo”.

Diante disso, *ab initio*, necessário se faz a declaração da suspensão de exigibilidade do suposto “crédito tributário”, para todos os fins de direito, tudo nos termos do art. 206 do CTN, o que desde já se requer, sob pena de vilipêndio aos arts. 5º, LV, e 146 da Constituição Federal de 1988.

Ultrapassadas as preliminares, passará a tratar da infração especificamente.

III. DO MÉRITO

Primeiramente, diz que, para melhor compreensão da matéria aqui defendida, reprise-se a descrição da infração constante do Auto de Infração impugnado:

“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior”.

Da leitura da infração acima transcrita, diz verificar que o Fisco estadual autuou este Contribuinte por entender que teria deixado de efetuar o recolhimento do ICMS, no todo ou em parte, referente à antecipação tributária referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior.

Ocorre que, como muito bem demonstrado ao longo do procedimento de fiscalização, todo o imposto ora exigido está integralmente recolhido aos cofres públicos.

Assim, a suplicante pede vênia para juntar a título de amostragem, algumas notas fiscais, acompanhadas das Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE e seus respectivos comprovantes de pagamento, a fim de demonstrar a correta apuração e recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes e outras unidades da Federação e/ou exterior.

Inclusive, diz que, ao realizar o “cara-crachá” das notas fiscais com as Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais e seus respectivos comprovantes de pagamento, observa-se facilmente que o ICMS sempre foi apurado e pago em valores, sendo os valores superiores aos destacados nas notas fiscais em face ao acréscimo do ICMS-ST, não havendo qualquer tipo de prejuízo ao erário e tampouco ausência de recolhimento do tributo.

Em seguida apresenta no corpo da peça de defesa das fls. 24 a 28 dos autos exemplo de pagamentos de notas fiscais e comprovantes de pagamentos. São elas NF-e n°s 212323, 211660, 214961 e 230527.

Neste contexto, diz que se percebe que apenas com base nas provas carreadas para dentro desta impugnação, já se comprovam, na pior das hipóteses que há valores a serem deduzidos da autuação, o que sequer restou observado pelo autuante.

Diz, então, que, sem sombra de dúvidas, o caso é exclusivamente de erro, aferível e corrigível até mesmo ex officio pela Autoridade Administrativa tributária, ao teor dos arts. 147, §2º e 149, IV do CTN, quanto mais por intermédio de perícia/diligência fiscal, a qual é, mais uma vez, suplicada nos presentes autos, onde ficará definitivamente comprovado o equívoco na autuação.

IV. DO PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL E DA CONSEQUENTE IMPRESCINDIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA TÉCNICA

Diz que é imperioso destacar que um dos principais princípios que norteiam o processo administrativo é o da verdade material ou verdade real, o qual determina ao Julgador o dever de pesquisar exaustivamente se, de fato, ocorreu a hipótese abstratamente prevista na norma, e, em caso de impugnação do contribuinte, verificar aquilo que é realmente verdade, independente do alegado e provado.

Pontua que a verdade material é o princípio específico do processo administrativo e contrapõe ao

princípio do dispositivo, próprio do processo civil. Este atributo particular do processo administrativo decorre do próprio fim visado com o controle administrativo da legalidade, eis que não havendo interesse subjetivo da administração na solução do litígio, é possível o cancelamento do lançamento baseado em evidências trazidas aos autos após a inicial.

Após apresentar entendimento de estudiosos do direito sobre princípio da verdade material, além de decisão do TRF da 5ª RE, diz que conduzira à declaração e acolhimento da presente Impugnação administrativa, para se julgar improcedente o Auto de Infração, em todos os seus equivocados termos, exonerando o Contribuinte Autuado dessa errônea imputação.

V. DA COBRANÇA DE MULTA COM CARÁTER CONFISCATÓRIO: AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.

Diz que, no presente caso, inobstante o Auto de Infração imposto à Impugnante, vale a advertência de que estão sendo aplicadas multas em valores nitidamente confiscatórios (*in casu*, 60% do valor do tributo supostamente devido), em afronta direta às garantias constitucionais do contribuinte; configurando-se, com esta atuação, típica violação aos direitos mais básicos assegurados pela Constituição Federal.

Registra que atualmente, já é reconhecida a ilegitimidade de multas absurdamente elevadas e as decisões do Poder Judiciário as tem reduzido, corrigindo esta distorção confiscatória imputadas pela Administração Pública.

Após destacar decisões do STF, além de trazer ensinamento de estudioso do direito, diz que é nítido o caráter confiscatório da presente multa, ficando latente a inconstitucionalidade de tal exigência, por afronta direta ao artigo 150, inc. IV da Constituição Federal.

Pontua que nossa Carta Magna, em seus artigos 145, § 1º, e 150, IV, prescreve a vedação do confisco que, embora dirigidos literalmente aos impostos, se espalham por todo o sistema tributário, atingindo por inteiro o crédito tributário na sua acepção mais lata, vinculando, por isso, inclusive a seara previdenciária.

Desta forma, diz que resta clara e explicitamente configurado o caráter confiscatório e abusivo da aplicação da multa, que chega a valores exorbitantes, motivo pelo qual deve ser corrigida, como ora se requer para chegar ao patamar máximo de 10% (dez por cento) do valor do tributo que porventura venha a se constatar como remanescente devido.

VI. DOS PEDIDOS.

À luz de todo o exposto, requer a Autuada que:

- a) Seja recebida a presente Impugnação, posto que tempestiva, em seu efeito suspensivo da exigibilidade de todo montante do presente Auto de Infração, para que surta todos os efeitos de direito;
- b) Seja deferida a prova pericial/diligência fiscal requerida, visto que imprescindível para o deslinde da questão suscitada e em harmonia com a complexidade do caso em epígrafe, tudo em nome do princípio da verdade real que rege o processo administrativo fiscal;
- c) No mérito, que seja julgada procedente a Impugnação ora apresentada, declarando-se a improcedência do Auto de Infração, visto que, conforme bem delineado nos tópicos de mérito anteriores, e na documentação que instrui a presente impugnação, houve o recolhimento do ICMS por antecipação, conforme se verifica das Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE, juntadas a título de amostragem; e
- d) Que se reduza a multa a percentual razoável com a penalidade pretendida, uma vez que não se trata de situação de inadimplemento de tributo pretendido pelo contribuinte, devendo ser a mesma limitada ao máximo de 10% (dez por cento) sobre eventual valor residual de tributo.

Por derradeiro, requer-se provar o alegado por todos os meios em direito admitidos,

especialmente apresentação de novos documentos, diligências e perícia técnica, já requerida.

Na forma do art. 425, IV do Novo Código de Processo Civil (2015), os causídicos que subscrevem o presente petitório declaram, sob as penas da lei, que as cópias que por eles foram anexadas aos autos são todas autênticas, por idênticas aos documentos originais, bem como requerem que todas as intimações e notificações relativas ao presente processo ocorram em nome de Celso Luiz de Oliveira, OAB/BA 17.279, causídico devidamente qualificado nos presentes autos, com recebendo intimações por intermédio do endereço eletrônico intimações@oam.adv.br.

O Fiscal Autuante em sua informação fiscal, às fls. 190/191 dos autos, traça as seguintes considerações:

Diz que a peça de defesa apresenta basicamente 3(três) pleitos a saber:

1. (Fl. 28 do PAF): que sejam consideradas as GNRE's que traz a este PAF nos anexos que chama Doc. 3, a partir da fl. 69.

Neste contexto apresenta novo Demonstrativo de Débito da Infração, com a apropriação dos valores apresentados pelo litigante nesta peça defensória. Pontua que não pode deixar de lamentar o fato de o contribuinte ter sido instado a apresentar quaisquer elementos que pudessem elidir, mesmo que parcialmente apenas, a autuação agora defendida, sem que se tenha dignado a fazê-lo, como diz ter feito questão de pôr a termo no corpo do Auto de Infração.

Segue, então, sumário do demonstrativo de débito da autuação, com a apropriação das GNRE's apresentadas em sede de defesa:

| MÊS | Valor A Antecipar A=Relat. Anterior | Valor Pago B=Auditória | VI. Apropriado C=B+D anter. | Pg. A Maior D+C-A(se +) | VI a Pagar E=A-C |
|--------------|----------------------------------------|---------------------------|--------------------------------------|-------------------------------|---------------------|
| Jan | 1.612,16 | 2.930,24 | 2.930,24 | 1.318,08 | 0,00 |
| Fev | 4.300,47 | 5.303,53 | 6.621,61 | 2.321,14 | 0,00 |
| Mar | 16.660,26 | 8.304,66 | 10.625,80 | - | 6.034,46 |
| Abr | 3.268,19 | 3.268,18 | 3.268,18 | - | 0,00 |
| Mai | 8.067,31 | 990,36 | 990,36 | - | 7.076,95 |
| Jun | 3.353,41 | 3.950,06 | 3.950,06 | 596,65 | 0,00 |
| Jul | 11.166,29 | 2.924,53 | 3.521,18 | - | 7.645,10 |
| Ago | 4.451,60 | - | - | - | 4.451,60 |
| Set | 18.827,90 | - | - | - | 18.827,90 |
| Out | 45.300,56 | - | - | - | 45.300,56 |
| Nov | 32.899,37 | - | - | - | 32.899,37 |
| Dez | 28.002,60 | - | - | - | 28.002,60 |
| TOTAL | 177.910,12 | | | | 150.238,54 |

2. (Fl. 31 do PAF): que seja deferido o pedido de perícia técnica, para comprovação do quantum apresentado na defesa.

Diz manifestar a este pleito, por absoluta desnecessidade. Todos os comprovantes apresentados pelo defensor foram acatados, e o novo demonstrativo acima mostra isto.

3. (Fl. 35 do PAF): que o valor da multa seja reduzido para 10% do valor remanescente do tributo aqui questionado.

Abstém de comentar tal reivindicação.

Tendo em vista o quanto relatado acima, pede que este Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente, e que seu valor passe de R\$177.910,12 para o valor de R\$150.238,53.

À fl. 293 verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais, no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova, na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

As questões envolvidas pela presente autuação, se configuram com características exclusivamente fáticas e probatórias, as quais, apresentadas em sede de defesa, foram devidamente acatadas pelo autuante, à luz dos argumentos trazidos aos autos, na sua integralidade, não ensejando qualquer outra produção de prova pericial/diligência, com apresentação, inclusive, de novo demonstrativo de débito para a atuação, em lide.

Trata-se a presente autuação, de ter deixado, o Contribuinte Autuado, de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$177.910,12, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, no ano de 2017, conforme demonstrativo de fl. 17 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 15, com enquadramento no artigo 8º, inc. II, e § 3º, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS/BA, publicado pelo decreto 13.780/2012, mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

Assim é que, o autuado juntou algumas notas fiscais acompanhadas das Guias Nacionais de Recolhimento de Tributos Estaduais – GNRE, e seus respectivos comprovantes de pagamento, a fim de demonstrar a correta apuração e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes e outras Unidades da Federação, objeto da autuação.

Neste contexto, com a apropriação dos valores apresentados, pelo sujeito passivo, na sua peça defensória, o agente Fiscal Autuante, em sede de Informação Fiscal, apresenta novo Demonstrativo de Débito da autuação, alterando do valor original de R\$177.910,12, para o valor de R\$150.238,53, conforme planilha que apresenta à fl. 290 dos autos.

Desta maneira, não vendo nada que desabone o novo demonstrativo de débito da autuação, com a apropriação das GNRE's apresentadas em sede de defesa, voto pela subsistência parcial do presente Auto de Infração, no valor de R\$150.238,53, conforme demonstrativo de débito a seguir:

| Data Ocorr | Data Venceto | Valor Histórico – R\$ |
|-----------------------------|--------------|-----------------------|
| 31/01/2017 | 25/02/2017 | 0,00 |
| 28/02/2017 | 25/03/2017 | 0,00 |
| 31/03/2017 | 25/04/2017 | 6.034,45 |
| 30/04/2017 | 25/05/2017 | 0,00 |
| 31/05/2017 | 25/06/2017 | 7.076,95 |
| 30/06/2017 | 25/07/2017 | 0,00 |
| 31/07/2017 | 25/08/2017 | 7.645,10 |
| 31/08/2017 | 25/09/2017 | 4.451,60 |
| 30/09/2017 | 25/10/2017 | 18.827,90 |
| 31/10/2017 | 25/11/2017 | 45.300,56 |
| 30/11/2017 | 25/12/2017 | 32.899,37 |
| 31/12/2017 | 25/01/2018 | 28.002,60 |
| Total da Infração 01 | | 150.238,53 |

Em relação à alegação da defesa de inconstitucionalidade da multa aplicada, visto que a mesma foi fixada em patamares de 60%, que tornam sua cobrança confiscatória, sendo vedado o confisco, sob pena de violação aos direitos mais básicos assegurados pela Constituição Federal, verifico que não pode ser acatada. Observo que a sua aplicação neste processo, é prevista em

dispositivo legal, no caso específico da infração, objeto em análise, art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, sendo que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário, conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Quanto ao pedido de redução da multa, imposta no patamar de 10% (dez por cento) sobre eventual valor residual do lançamento fiscal, ora em análise, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não mais possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação acessória ou principal, de acordo com os §§ 7º e 8º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que foram revogados através da Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19, e pela Lei nº 12.605, de 14/12/12, DOE de 15 e 16/12/12, efeitos a partir de 15/12/12, respectivamente.

Sobre a pretensão de que todas as intimações e notificações relativas ao presente processo ocorram em nome de Celso Luiz de Oliveira, OAB/BA 17.279, devidamente qualificado nos presentes autos, recebendo intimações por intermédio do endereço eletrônico intimações@oam.adv.br, há de se registrar que não existe nenhum óbice em acatar o pedido, no entanto, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência do ato processual ao sujeito passivo, encontra-se prevista no artigo 108 do RPAF, e em perfeita sintonia com o estabelecido no art. 127 do CTN.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269193.0002/19-1**, lavrado contra **LOJAS RIACHUELO S. A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$150.238,53**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de outubro de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA