

PROCESSO - A. I. Nº 274068.0018/19-5
RECORRENTE - MAKRO ATACADISTA S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0179-04/20-VD
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06/10/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0228-11/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Apesar dos fatos apurados estarem devidamente demonstrados através de planilha analítica do débito, a defesa não se reportou, de forma objetiva aos fatos concernentes à autuação. Infração subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. MULTA PERCENTUAL SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO RECOLHIDO. Apesar dos fatos apurados estarem devidamente demonstrados através de planilha analítica do débito, a defesa não se reportou, de forma objetiva, aos fatos concernentes à autuação. Infração subsistente. Não acolhidas as arguições de nulidade. Indeferido o pedido de diligência e de perícia fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo Contribuinte, inconformado com a referida decisão, nos termos no Art. 169, I, alínea “a” do RPAF em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0179-04/20-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 16/12/2019 no valor de R\$122.673,35 pelo cometimento de 9 infrações, sendo objeto do recurso tão somente as infrações 5 e 9, conforme abaixo descrito:

5 - “Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte utilizou uma redução de base de cálculo divergente ao estabelecido na legislação, conforme anexos”. Valor lançado R\$74.290,36, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

9 - “Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente”. Valor lançado R\$33.736,57, referente a multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96 e demonstrativo Anexo 10.

Após impugnação apresentada pelo autuado (fls. 42 a 58) e informação fiscal prestada pelo autuante (fls. 79 a 86), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 4ª JJF que optou pela Procedência total do Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

Através do Auto de Infração em análise, foram imputados ao autuado o cometimento de 09 (nove) infrações com repercussão no ICMS, dentre as quais, o autuado reconheceu como devidas as imputações relacionadas as infrações nº 01, 02, 03, 04, 06, 07 e 08, cujo o valor atualizado do débito foi recolhido em 14/02/2020, no total de R\$21.506,50, de acordo com os extratos de pagamentos colacionados às fls. 89 a 92. Desta forma, tais pagamentos devem ser homologados e extinto o crédito tributário em relação às referidas infrações.

Quanto às demais infrações, que foram impugnadas, ou sejam, as infrações 05 e 09, nos valores respectivos de R\$74.290,36 e R\$33.736,57, o autuado arguiu a nulidade das mesmas, por existência de vício material, tendo em vista que estas, ao seu entender, estão descritas de forma imprecisa.

Não vejo como acolher tal argumento defensivo, porque, ao se reportar ao art. 142 do CTN, e ao art. 129, § 1º, inciso III do COTEB, para sustentar sua irresignação, vejo que todos os itens ali elencados estão contemplados pelo lançamento, ou seja, qualificação do autuado, local data e hora do lançamento, descrição clara e precisa do fato motivacional, disposição legal infringida e intimação para pagamento do débito, sendo, por conseguinte, também atendido in totum o regramento estabelecido pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA.

De acordo com o que consta dos autos, vê-se, sem qualquer dúvida, que a acusação está posta de forma clara, e corretamente fundamentada, sendo plenamente possível a identificação dos fatos narrados pela autuante, que indicam através das planilhas elaboradas e entregues ao autuado, de forma pormenorizada, a identificação de todas as operações que deram causa à autuação.

Portanto, à luz do quanto acima descrito, além do correto enquadramento da infração e da penalidade aplicada, e pelo fato de se encontrar atendido o regramento estabelecido pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, não há como ser acolhido o pedido de nulidade, pois não se caracterizou o aludido cerceamento ao direito de defesa. Assim, por não se confirmar a existência do alegado vício material no lançamento, afasto todos os argumentos de nulidade trazidos pelo autuado.

Quanto ao mérito, com base no art. 147 do RPAF/BA, não acolho o pedido para realização de perícia ou diligência, em razão do autuado não apresentar argumentos ou indicar de forma concreta fatos que deem margem a sua realização, e em razão de considerar presentes nos autos todos os elementos suficientes a formação do meu convencimento como julgador.

Adentrando ao exame dos argumentos apresentados em relação ao mérito da autuação, vejo que o autuado alegou a inocorrência das infrações questionadas, e que pelo fato das mesmas estarem postas de forma lacônica, o levou a ter que adivinhar as irregularidades que eventualmente teria cometido, para ocasionar a suposta utilização indevida de créditos fiscais, restando-lhe valer-se da imprecisa descrição dos fatos, contida no Auto de Infração, como recurso (i) à compreensão das condutas que lhe foram imputadas, (ii) à eventual tipificação destas condutas; e (iii) ao desenvolvimento de sua defesa contra a exigência fiscal que lhe foi imposta.

Conforme já pontuado linhas acima, a infração não está posta na forma mencionada pelo autuado e se encontra indicada de maneira perfeitamente compreensível e detalhada, de fácil compreensão, na medida que as planilhas elaboradas pela autuante, de posse do autuado, lhe possibilitam esta condição, a tipificação se apresenta de forma correta enquanto que a defesa teve todas as possibilidades possíveis ao seu desenvolvimento de forma objetiva e criteriosa, entretanto, não é isto que vejo nos autos.

As infrações 05 e 09, questionadas pelo autuado, se referem a imposto recolhido a menos em face de erro na determinação do valor da base de cálculo, na forma demonstrada através do Anexo 6, fl. 29, (infração 05), enquanto que a infração 09 trata de penalidade (multa percentual) aplicada sobre o valor que deixou de ser pago pelo autuado a título de antecipação parcial, também apresentada, de forma detalhada através do demonstrativo Anexo 10, fl. 35.

Da análise levada a efeito nos argumentos defensivos relacionados ao mérito da autuação, sem qualquer dificuldade, se constata que, a rigor, o autuado, apesar de haver recebido todos os demonstrativos que deram causa à autuação, não ataca objetivamente as infrações 05 e 09, únicas questionadas.

Vê-se, assim, que o autuado mencionou que a autuante “pautou-se na premissa equivocada de que as operações de entrada creditadas não foram proporcionalmente compensadas com posteriores saídas, o que não é verdade”, argumento este que, com a devida vênia, se encontra totalmente desassociado dos fatos contidos nas infrações 05 e 09.

Constata-se que o autuado se reportou longamente acerca de crédito fiscal, princípio da não-cumulatividade do imposto, sistemática da sua apuração à luz da legislação vigente no Estado da Bahia, vedação de crédito, além de outros argumentos relacionados à ótica de crédito fiscal, que, repito, em nada se relacionam com o objeto da autuação.

Inclusive, no item 31 da peça defensiva, está pontuado que “em relação especificamente à Infração 01, destaca-se que o direito da MAKRO ao creditamento do ICMS incidente sobre a aquisição de mercadorias destinadas ao consumidor final, decorre do princípio da não-cumulatividade previsto no art. 155, § 2º, da CF/88”, situação esta totalmente fora do contexto da autuação, na medida em que a infração 01, além de ter sido integralmente paga, não trata de utilização de crédito fiscal, além de não ter sido questionada pelo autuado.

Desta maneira, pelo fato da autuante ter apurado e demonstrado de forma compreensível e detalhada as infrações questionadas pelo autuado, 05 e 09, cujos respectivos demonstrativos analíticos elaborados foram entregues ao autuado, consoante recibo de fl.38, e não tendo o mesmo apontado qualquer equívoco por parte da autuante, julgo subsistentes ambas as infrações.

No que tange à arguição de abusividade da multa imposta, no percentual de 60%, por considerá-la desproporcional, de caráter confiscatório e inconstitucional, saliento que esta se encontra prevista pelo Art. 42, inciso VII da Lei nº 7.014/96, não cabendo a este órgão julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta, de acordo com o disposto no Art. 167, I do RPAF-BA. Também, por se tratar de penalidade por descumprimento de obrigação principal, falece competência a este órgão julgador administrativo para promover sua redução. Desta maneira, em face da existência de previsão legal para aplicação no percentual posto no Auto de Infração, mantenho a penalidade aplicada no percentual de 60%.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração, no valor de R\$122.673,35, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Inconformado com a Procedência do Auto, o autuado interpõe Recurso Voluntário (Fls. 116 a 127) com base no Art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alegando os argumentos a seguir apresentados.

A Recorrente reconheceu e pagou integralmente o valor referente às infrações 01, 02, 03, 04, 06, 07 e 08 e recorre das infrações 05 e 09.

Inicialmente roga pela nulidade do Auto de Infração alegando vício material. Alega que a nulidade decorre da autoridade fiscal ter formalizado a autuação de maneira equivocada e indevida a exigência do tributo, por ser imprecisa.

Alega que a descrição do fato gerador contida no mencionado auto não deixa clara a razão que teria motivado a fiscalização a demandar tão vultuosa quantia, limitando-se a indicar sinteticamente a suposta omissão de recolhimento do ICMS, o que viola frontalmente os Arts. 142 do CTN e 129, § 1º III do CTE.

Alega que o sintético fundamento apresentado pela autoridade fiscal como descrição da infração, não há no restante da notificação fiscal qualquer indicação ou demonstração das premissas que teriam sido averiguadas pela fiscalização para infirmar o recolhimento indevido de ICMS, muito menos a comprovação cabal dessa ocorrência.

Diz que a Recorrente restou insólita missão de adivinhar os elementos suscitados pela fiscalização como causas da autuação.

Pede caso não seja reconhecida a nulidade, sejam analisadas as demais razões que no mérito, ensejam o cancelamento integral do Auto de Infração.

Diz que o Auto de Infração é lacônico e impreciso o que levou a Recorrente a ter que adivinhar as irregularidades que eventualmente teria cometido para ocasionar o suposto recolhimento indevido. Diante disso, resta valer-se da imprecisa descrição dos fatos contida no Auto de Infração como recurso (i) à compreensão das condutas que lhe foram imputadas, (ii) à eventual tipificação destas condutas; e (iii) ao desenvolvimento de sua defesa contra a exigência fiscal que lhe foi imposta.

Em relação às infrações 05 e 09 diz que a Recorrente demonstrou que a autoridade fiscal se pautou na premissa fática equivocada de que as operações realizadas pelo contribuinte não teriam sido proporcionalmente compensadas com posteriores saídas tributáveis.

Diz que a autoridade fiscal autuou a empresa pelo recolhimento de ICMS a menor em decorrência de erro na determinação da base de cálculo, bem como não teria recolhido determinada parcela do imposto em razão da antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. Todavia, em verdade, grande parte as operações apontadas tiveram a totalidade dos tributos incidentes recolhidos, de modo que não há de se falar em omissão de recolhimento de ICMS.

Insiste a Recorrente na realização de diligência e perícia técnica, por meio da qual, a partir da análise do seu rigoroso sistema de controle de estoques e livros fiscais, restará comprovado, inequivocamente, que não há que se falar em recolhimento a menor do tributo.

Questiona também o caráter abusivo da multa aplicada, por considerar a penalidade imposta é

manifestamente inaplicável ao presente caso pois está evidente o descompasso entre a realidade fática e as acusações feitas. Ora, a penalidade imposta, nos termos do art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 pressupõe ausência de recolhimento tempestivo do ICMS por utilização indevida de crédito fiscal que, como já demonstrado, foi integralmente recolhido no momento das saídas subsequentes e, portanto, a referida penalidade seria inaplicável ao presente caso.

Ademais, é preciso admitir que a referida multa é absolutamente desproporcional, caracterizando verdadeiro confisco, na medida em que equivale à mais da metade do valor do imposto exigido que, como já demonstrado, é indevido e foi devidamente recolhido nas operações subsequentes. A esse respeito, note-se 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.

Por todo o exposto, pede que sejam julgadas improcedentes as infrações 05 e 09.

VOTO

O presente Recurso Voluntário, interposto pelo Contribuinte, com base nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF baseia-se na decisão proferida por meio do Acórdão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0179-04/20-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 16/12/2019 no valor de R\$122.673,35 pelo cometimento de 9 infrações, conforme abaixo descrito, embora somente as Infrações 05 e 09 sejam objeto de análise, tendo em vista que as demais foram reconhecidas e pagas pela Recorrente.

A Infração 05 foi lavrada em virtude do recolhimento a menor do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas tendo em vista que o contribuinte utilizou uma redução de base de cálculo divergente ao estabelecido na legislação, conforme anexos, no valor de R\$74.290,36, acrescido multa de 60% prevista no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Quanto a Infração 09, foi lavrada para cobrar multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, cujo valor lançado de R\$33.736,57, refere-se a multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Em sede de preliminar, foi solicitada Nulidade pela Recorrente, por alegar que a fiscalização formalizou a autuação de maneira equivocada, sendo portanto indevida a exigência do tributo, pois além de imprecisa, a descrição do fato gerador contida no mencionado auto não deixar claro a razão que teria motivado a fiscalização a demandar tão vultuosa quantia, limitando-se a indicar sinteticamente a suposta omissão de recolhimento do ICMS, o que viola frontalmente os Arts. 142 do CTN e 129, § 1º III do CTE.

Em análise dos autos, vislumbro não prosperar o argumento visto em análise do art. 142 do CTN, e ao art. 129, § 1º, inciso III do COTEB, todos os itens ali elencados estão contemplados pelo lançamento, quais sejam, qualificação do autuado, local data e hora do lançamento, descrição clara e precisa do fato motivacional, disposição legal infringida e intimação para pagamento do débito, sendo, por conseguinte, também atendido o estabelecido pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA.

Conforme se comprova nos autos, a acusação está clara, devidamente fundamentada, o que permite a identificação dos fatos elencados na autuação, comprovadas nas planilhas disponibilizadas o que permite a identificação das operações que ensejaram a autuação, logo não há o que se falar em cerceamento ao direito de defesa. Desta forma, não se confirmando a existência do questionado vício material no lançamento, não há o que se falar em nulidade.

Quanto ao mérito, em relação ao pedido para realização de perícia ou diligência, a recorrente não apresenta razões que fundamentem o seu pedido.

Quanto as razões apresentadas pela Recorrente em relação ao mérito da autuação, na qual alega a inocorrência das infrações questionadas, dizendo não ser compreensível e detalhada, de fácil compreensão, para que pudesse se defender, não merece prosperar, pois as infrações estão devidamente claras nos anexos aos autos, e não foram apresentadas razões que justifiquem tais argumentos.

Desta forma, pelo fato de as autuações serem claras e detalhadas, cujos respectivos demonstrativos analíticos elaborados foram entregues ao autuado, consoante recibo de fl. 38, e não tendo o mesmo apontado qualquer equívoco por parte da autuante, mantenho o entendimento de 1ª Instância, mantendo ambas as infrações.

Quanto a alegação do caráter abusivo da multa imposta, no percentual de 60%, por considerá-la desproporcional, de caráter confiscatório e inconstitucional, saliento que esta se encontra prevista pelo Art. 42, inciso VII da Lei nº 7.014/96, não cabendo a este julgador a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta, de acordo com o disposto no Art. 167, I do RPAF-BA.

Além do que, por se tratar de penalidade por descumprimento de obrigação principal, não compete a este órgão julgador promover sua redução. Desta maneira, em face da existência de previsão legal para aplicação no percentual posto no Auto de Infração, fica mantida a penalidade aplicada no percentual de 60%.

Em conclusão, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser mantida a autuação no valor de R\$122.673,35, e homologados os valores já recolhidos.

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 **274068.0018/19-5**, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA S.A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$88.936,78**, acrescido da multa de 100% sobre R\$1.017,62 e 60% sobre R\$87.919,16, previstas pelo Art. 42, incisos III, II, alíneas “a”, “b” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$33.736,57**, prevista pelo inciso II, “d” do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor já pago.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de Agosto de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS