

A. I. N° - 274068.0008/20-3
AUTUADA - MAKRO ATACADISTA S/A
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 14.07.2021

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0072-05/21-VD

EMENTA: ICMS. PAGAMENTO A MENOS. ANTECIPAÇÃO TOTAL. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. Inexistência de cometimento de vício material que trouxesse cerceamento do direito de defesa. Preliminar afastada. No mérito, após instrução, não se verificou ter trazido a defesa contrapontos probatórios que pudessem infirmar a postulação fiscal. Irregularidade totalmente procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

De começo, vale ressaltar que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos integrantes processuais, inclusive adaptado para as sessões virtuais de julgamento.

Tem o lançamento sob análise o seguinte descriptivo resumido:

Infração 01 – 07.01.02: Recolhimento a menor de imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em face de aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades federativas. A base de cálculo dos produtos constantes do Prot. ICMS 50/05 está conforme o disposto na cláusula segunda do mencionado acordo interestadual. Demonstrações estão nos Anexos 1 a 5. Fatos geradores de março, maio, julho, setembro, novembro e dezembro de 2016. Enquadramento normativo nos art. 8º, II, e § 3º, além do art. 23, ambos da Lei 7.014/96, c/c o art. 289 do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, cláusula segunda do Prot. ICMS 50/05 e multa prevista no art. 42, II, “d” da lei retro mencionada. Cifra de R\$192.470,07.

Juntados pela fiscalização, entre outros documentos: cientificação de início da ação fiscal, via DT-e (fl. 04); e-mail comunicando inconsistências encontradas na auditoria (fl. 06); Anexo 1 – 2016 (fl. 07); Anexo 2 – 2016 (fls. 08/09 - excertos); Anexo 3 – 2016 (fl. 10); Anexo 4 – 2016 (fls. 11/12 - excertos); Anexo 5 – 2016 (fl. 13); CD contendo arquivos eletrônicos (fl. 14).

Impugnação (fls. 38/52) veio protocolada em 11.12.2020, conforme registro presente nos autos (fl. 37), ocasião em que, após fundamentos de tempestividade e breve exposição da infração 01, o contribuinte:

Argumentou preliminarmente a nulidade da cobrança pela precariedade do trabalho fiscal, induzindo a cerceamento do direito de defesa e observação da primazia da verdade material, com consequente cometimento de vício material.

No que tange ao vício material, sustenta que a auditoria formalizou de maneira equivocada e indevida a exigência do tributo, além da descrição das irregularidades se mostrar como imprecisa, na esteira do art. 142 do CTN e 129 do COTEB, sem indicação inclusive das datas de ocorrência. Logo, deve o fisco averiguar a ocorrência do fato concreto, individualizando-o e tipificando-o, num exercício de subsunção do fato à norma, acompanhada dos motivos que suscitaram a autuação e das provas que fundamentaram a correlação fático-normativa, na linha de ensinamentos doutrinários de Di Pietro e Carraza. Noutras palavras, é de obrigação da autoridade fiscal apresentar todos os documentos e dados que comprovem sua constatação e

levem o sujeito passivo à uma compreensão da postulação fiscal, sob pena de violação do direito de defesa.

Ademais, não se vê no restante do processo elementos que demonstrem as premissas e provas que consubstanciaram a cobrança, obrigando a impugnante “adivinhar” (sic.) as causas da autuação, em inequívoco vício material, incorrendo-se na nulidade prevista no inciso II, do art. 18 do RPAF-BA e acusando deficiências já repulsadas em decisão do STJ com ementa transcrita na peça processual e em decisões administrativas deste Conselho.

Já no mérito, aduz ser o auto de infração lacônico e impreciso, em virtude da incompREENSÃO das condutas que lhe foram imputadas e da consequente tipificação delas, emperrando o desenvolvimento de sua defesa.

Neste contexto, buscou localizar algumas hipóteses para comprovarem a inexistência de “creditamento indevido” (sic., fl. 48) e conseguiu verificar alguns casos que levaram à equivocada interpretação do fisco.

Além disso, constatou que as mercadorias deveriam ter sido tributadas, sendo certo que houve o devido recolhimento do imposto nas respectivas operações de saídas, conforme documentos a serem apresentados. Assim, afirma adiante que está levantando a documentação pertinente para demonstrar o alegado, sobretudo a elaboração de memória de cálculo da ST, as “cartas contabilização” (sic.) e as respectivas guias e comprovantes de recolhimento.

Por fim, aduz que a técnica de apuração tributária usada pelo fisco baiano é manifestamente ilegal, na medida em que a exigência se deu pela alíquota “cheia” de 17% sobre as bases de cálculo quantificadas.

Nesta direção, acaba pugnando pela conversão do feito em diligência, em prol da verdade material.

Subsidiariamente, pede o cancelamento ou quando nada a diminuição das multas, propostas pela fiscalização no patamar de 60%, equivalente a mais da metade do imposto cobrado, porque confiscatórias, irrazoáveis e desproporcionais, consoante posicionamento sedimentado pelo STF.

Defendente apensa documentação comprobatória de representação legal (fls. 53/67), além de peças instrutórias já carreadas ao processo (fls. 68/73, frente e verso).

Nas suas informações fiscais (fls. 76/80), a autuante, depois de reproduzir as irregularidades:

Repulsa a alegação de nulidade por vício material, dada a imprecisão da acusação fiscal, pois afirma constar no corpo do lançamento de ofício o descriptivo infracional de forma clara e completa, com enquadramento da multa aplicada e detalhamento complementar indicando-se os demonstrativos que deram suporte à formalização da exigência fiscal. Estes são claros e objetivos, contendo diversas informações, tais como data, número do documento, código do produto, descrição do produto, preço, alíquota e margem de valor agregado (MVA). Juntados também documentos e provas, tais como a escrita fiscal e notas fiscais presentes na mídia digital entregue ao contribuinte. Logo, os valores reclamados na autuação tiveram fulcro nos documentos fiscais eletrônicos e na Escrituração Fiscal Digital (EFD) gerados pela própria impugnante, não contestados especificamente.

Adentrando o mérito, diz não prosperar a afirmação de que a auditoria adotou a alíquota cheia de 17% para todas as mercadorias vendidas. Em verdade, na descrição das infrações existe um demonstrativo sintético, ao passo que nos Anexos os demonstrativos são analíticos, evidenciando o valor de forma individualizada de cada operação, para calcular o ICMS sobre a base de cálculo com alíquota respectiva.

Assim, inexistiu cerceio ao direito de defesa. No corpo do auto de infração está o descriptivo detalhado da infração, enquadramento normativo, tipificação da multa e indicativo dos demonstrativos usados para quantificar o valor da infração de forma detalhada. Nestes relatórios – entregues ao sujeito passivo – estão diversas informações como data, número do documento,

código do produto, sua descrição, preço, alíquota e MVA, informações baseadas nas notas fiscais eletrônicas e na EFD.

Quanto à alegação de abusividade da multa aplicada, argumenta que não há motivos para o cancelamento ou mitigação da penalidade. Incabível pela fiscalização esta análise, pois a pena pecuniária aplicada obedece ao art. 42 da Lei baiana do ICMS. Até mesmo o dispositivo de lei (art. 42, § 7º da Lei 7014/96) que previa o reexame das multas por descumprimento de obrigações acessórias foi retirado do ordenamento jurídico desde 13.12.2019.

Por fim, sustenta a prescindibilidade da diligência.

Sorteado o processo para esta Junta, fiquei incumbido de examiná-lo.

Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos instrutórios presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído.

Passo, então, a compartilhar o meu voto. É o relatório.

VOTO

Cabe apreciar, inicialmente, as questões antecedentes de mérito levantadas pela impugnante.

Pede-se o cancelamento do auto de infração, porquanto percebeu-se a formalização equivocada da exigência do imposto, visto que as irregularidades foram perfiladas com imprecisão.

Não é isto que se extrai do descriptivo da infração e dos demonstrativos analíticos elaborados pela fiscalização, recebidos pelo sujeito passivo e anexados ao processo. Vinculando-se o teor da infração com o conteúdo dos citados demonstrativos, percebe-se claramente do que trata a postulação do fisco.

Destarte, a autoridade fiscal averiguou sim a ocorrência do fato concreto, qual seja, a incidência do imposto estadual exigido por antecipação total, inclusive com indicação dos demonstrativos analíticos, adequando-os às previsões normativas de regência da Lei 7014/96. Fez-se, portanto, a subsunção correta do fato à norma, disponibilizando-se para o contribuinte todas as informações necessárias à compreensão do ilícito praticado. As demonstrações elaboradas pela fiscalização, pautaram-se em documentos fiscais emitidos pela autuada, e foram lançados na Escrituração Fiscal Digital (EFD), também por ela própria confeccionada. Logo, não há que se invocar qualquer vício material, tampouco desatenção ao exercício pleno do direito de defesa.

Preliminar afastada.

Diante disto, vale ressaltar que o Auto de Infração cumpre os requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua formalização, designadamente os dados do contribuinte, os dados da lavratura, a existência da descrição dos fatos supostamente infracionais, o demonstrativo do débito, a existência de enquadramento legal, a previsão normativa da multa proposta e a assinatura da autuante, entre outros requisitos já padronizados pelo sistema denominado SLCT.

Não se percebeu intempestividade do gesto defensivo por parte do órgão de preparo. Tampouco defeitos de representação.

Reverenciados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem arranho aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Indefere-se o pedido de diligência formulado na peça exordial defensiva, na medida em que já constam nos autos os elementos fático-instrutórios necessários ao desate da questão.

De outra sorte, já em exame de mérito, inexiste qualquer paradoxo em face de constar no corpo do auto de infração a alíquota cheia de 17%, e a cobrança aludir a diferenças de ICMS em face da exigência da antecipação total. O demonstrativo de débito construído em campo apropriado do auto de infração decorre de imputações feitas dentro do sistema fazendário que prepara e oficializa o lançamento de ofício, através da alimentação das diferenças de imposto encontradas

no curso da ação fiscal. O que interessa nesta discussão, é saber se os valores de ICMS registrados no corpo do auto de infração **correspondem** às diferenças quantificadas nas planilhas analíticas.

Os elementos fático-probatórios exibidos pela auditoria bem asseveram a evasão tributária, dos quais, teve ciência a defendant, sem fazer uma contraposição objetiva das cifras encontradas.

Como se viu antes, ao contrário do sustentado pela empresa, o auto de infração está robustecido com os elementos levantados nos demonstrativos elaborados pela autuante, em riqueza de detalhes suficiente para o contribuinte apreender o que está sendo cobrado e, em vista disto, exercer amplamente o seu direito de defesa.

Assim, possui o lançamento de ofício sob julgamento os elementos de prova necessários para caracterização do ilícito tributário, visto que os demonstrativos analíticos partiram das notas fiscais emitidas pelo estabelecimento autuado e lançadas na EFD, repita-se, que não contaram com questionamentos de qualquer natureza por parte da defendant.

Assim, apesar de ter a chance de fazê-lo, não trouxe o sujeito passivo qualquer contraponto comprobatório com força suficiente que pudesse desfazer – ainda que parcialmente - o montante lançado, e desmontar o alicerce legal-regulamentar no qual se escorou a autuação

Vencido este aspecto, cabe examinar, por derradeiro, se a cobrança envolveu aplicação desproporcional da multa, haja vista a circunstância do seu percentual implicar em confisco.

Na verdade, a proposição das multas indicadas no corpo do auto de infração encontrou respaldo em comando de lei, designadamente no art. 42 e respectivos incisos da Lei nº 7014/96.

Tem este Colegiado, a obrigação de basear-se na penalidade prevista em lei. Para as situações retratadas neste PAF, a sanção cabível é aquela consignada no lançamento.

Há a conformação do ilícito tributário à previsão normativa mencionada no corpo do auto de infração.

Quanto à alegação de confisco, falece competência a esta JJF, para apreciar pedido de dispensa ou redução de pena pecuniária em vista de inconstitucionalidades, segundo vedação disposta no art. 167 do RPAF-BA.

Afasto, pois, o pedido de inaplicação ou mitigação da **penalidade**.

Destarte, considero o auto de infração **PROCEDENTE**, equivalente ao histórico de **R\$192.470,07**, afora os consectários.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0008/20-3**, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA S/A**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$R\$192.470,07**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de maio de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

ANTÔNIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA - JULGADOR