

A. I. Nº - 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 Nº 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 descritivo 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 apenas 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 descritivo 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 descritivo 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 descritivo 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, inexistente 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 defendente, 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 defendente.

**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