

PROCESSO - A. I. Nº 274068.0005/18-2
RECORRENTE - MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0060-04/19
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/11/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0281-12/22-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MULTA PERCENTUAL SOBRE O VALOR QUE DEIXOU DE SER PAGO QUANDO DAS AQUISIÇÕES DAS MERCADORIAS. Não contestados pelo autuado os cálculos elaborados pela autuante. Excluídos valores das operações de crédito tributários exigíveis através da Lei Complementar nº 160/17 e em atenção a exigência prevista no inciso II, § 2º, da Clausula Oitava do Convênio ICMS 190/17. Não acolhidas às arguições de nulidade. Incompetência do órgão julgador administrativo para apreciação de matéria de cunho constitucional. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o presente autos, onde consta de exigência de ICMS no montante de R\$ 45.062,19, através do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 04/05/2018, sendo que a infração 1 foi pela improcedência, tendo como objeto do recurso tão somente a infração 2, em decorrência da seguinte acusação:

“Infração 2 – 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. Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS, Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético e NF-e. Tudo conforme ANEXO 3 - DEMONSTRATIVO DA ANTECIPAÇÃO PARCIAL e ANEXO 2 - TABELA BASEADA NO ANEXO ÚNICO DO DECRETO Nº 14.213/12, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte. Valor lançado R\$ 20.193,34 com penalidade indicada no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.”

O autuado, por intermédio de seus patronos, ingressou com Impugnação conforme fls. 27 a 47. A autuante apresentou a Informação Fiscal constante às fls. 83 a 91. A 4ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

Analisando as peças que integram os presentes autos, vejo que a primeira acusação versa sobre utilização irregular de créditos fiscais no total de R\$ 24.868,95, decorrentes de aquisições de mercadorias contempladas com benefício fiscal de ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo, nos termos da Lei Complementar nº 24/75, enquanto que a segunda acusação se relaciona à multa percentual no total de R\$ 20.193,34, aplicada sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial do imposto, nas aquisições interestaduais de mercadorias adquiridas para fim de comercialização.

Como questão preliminar, o autuado destacou que a questão envolvida nos presentes autos se relaciona à “MATÉRIA GRAVADA PELA SISTEMÁTICA DE REPERCUSSÃO GERAL” perante o E. Supremo Tribunal Federal, através do RE 628.075/RS, qual seja, relativa à “Guerra Fiscal” entre os Estados, observando que com o advento do Novo Código de Processo Civil em 25.10.2016, o I. Ministro Relator Edson Fachin determinou a imediata suspensão de todos os processos que envolvam a matéria em discussão neste processo, nos termos dos Arts. 1.035, § 5º e 1.037, II do CPC. Sendo assim, com base na aplicação direta do art. 15 do CPC requereu a imediata suspensão deste processo administrativo até o julgamento final do leading case, conforme determinado pelo E. STF, reportando-se a um intitulado doc. nº 04 o qual não foi trazido aos autos.

Não vejo óbice algum para o julgamento deste processo, na medida em que o próprio autuado pontua que a questão carece de julgamento final, portanto, como a autuação está embasada em norma tributária vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, entendo que o lançamento poderia ter sido efetuado até para que fossem evitados os efeitos da decadência, se for o caso.

Desta maneira, considero superado este argumento defensivo e indefiro o pedido de suspensão do julgamento.

Quanto ao argumento de nulidade do Auto de Infração por existência de vício material, tendo em vista que as infrações, ao seu entender, estão descritas de forma imprecisa não o acolho. Isto porque, ao se reportar ao art. 142 do CTN, para sustentar sua irresignação, vejo que todos os itens citados 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.

Especificamente em relação à questão da descrição dos fatos, com indicação das datas de ocorrência, vejo que está contemplada de forma satisfatória na peça inicial na medida em que ambas as infrações estão amparadas por demonstrativos analíticos e sintéticos, de pleno conhecimento do autuado, o que lhe possibilitou os mais amplos meios para o pleno exercício da defesa. Ademais, as próprias infrações estão contempladas com descrições complementares no próprio corpo do Auto de Infração, o que lhe possibilitou o total conhecimento dos fatos apurados, situação esta que também afasta o argumento defensivo de que os fatos estão narrados com descrição genérica.

Portanto, não se confirma o alegado vício material no lançamento. Afasto, pois, todos os argumentos de nulidade trazidos pelo autuado.

Quanto ao mérito, não acolho o pedido para realização de perícia ou diligência, com base no art. 147 do RPAF/BA, já que se encontram nos autos elementos que considero suficientes para formação do meu convencimento.

No que diz respeito ao argumento de que a autuação ocorreu através de utilização de presunção como meio de prova, não é o que se apresenta nestes autos.

A ação fiscal foi precedida da respectiva cientificação ao autuado, conforme se constata através do doc. fl. 06, o qual lhe foi encaminhado via Domicílio Tributário Eletrônico, cuja ciência e leitura pelo mesmo ocorreu no dia 09/04/18.

Ainda no curso da ação fiscal, foi encaminhada mensagem ao autuado através do e-mail constante à fl. 07, onde foram apresentadas as inconsistências colhidas para efeito de análise pelo mesmo, porém não consta resposta do mesmo a este respeito. Apesar disto, tem razão a autuante quando menciona que não existe previsão para intimação prévia ao contribuinte acerca das ocorrências apuradas no curso da ação fiscal.

De fato, vejo que não houve a alegada presunção, na medida em que, conforme está demonstrado analiticamente nos autos, a fiscalização foi efetuada com base nas notas fiscais eletrônicas e na escrita fiscal digital do autuado sendo que, à luz do quanto apurado nestes autos, entendeu a autuante não haver necessidade de buscar maiores explicações ao autuado, além daquelas acima já mencionadas.

Com relação às decisões mencionadas pelo autuado em sua defesa, elas não lhe socorrem, já que se referem a lançamento com ausência de provas, diferentemente com o que ora se aprecia que se encontra devidamente comprovado e documentado.

No que diz respeito à alegação de que a técnica de apuração é manifestamente ilegal, na medida em que se deu por arbitramento com aplicação de alíquota de 17%, isto não se confirma, já que os demonstrativos elaborados pela autuante e entregues ao autuado atestam que a exigência fiscal considerou para cada documento fiscal a alíquota do estado de origem, apenas no demonstrativo do débito do Auto de Infração foi consignada a alíquota de 17%, apenas para efeito de adequação à base de cálculo, porém não houve qualquer repercussão no valor da exigência do tributo, que foi feito com base no valor original indicado no documento fiscal.

Entretanto, uma questão crucial emerge da análise destes autos, quanto à infração 01. Em 07 de agosto de 2017, antes da lavratura do presente Auto de Infração, foi editada a Lei Complementar nº 160, que dispõe sobre convênio que permite aos Estados e ao Distrito Federal deliberar sobre a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal e a reinstituição das respectivas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais; e altera a Lei nº 12.973, de 13 de maio de 2014.

Assim é que, o Presidente da República, sancionou a referida Lei Complementar que em seu Artigo 1º dispõe:

Art. 1º Mediante convênio celebrado nos termos da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, os Estados e o Distrito Federal poderão deliberar sobre:

I - a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal por legislação estadual publicada até a data de início de produção de efeitos desta Lei Complementar;

Isto posto, em 15/12/2017, o CONFAZ celebrou o Convênio ICMS 190/17, que dispõe, nos termos autorizados na Lei Complementar nº 160, de 7 de agosto de 2017, sobre a remissão de créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal, bem como sobre as correspondentes reinstituições, verbis:

O Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, na sua 167ª Reunião Ordinária, realizada em Vitória, ES, no dia 15 de dezembro de 2017, tendo em vista o disposto na Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, e na Lei Complementar nº 160, de 7 de agosto de 2017, resolve celebrar o seguinte:

C O N V Ê N I O

***Cláusula primeira** Este convênio dispõe sobre a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, relativos ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS, instituídos, por legislação estadual ou distrital publicada até 8 de agosto de 2017, em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, bem como sobre a reinstituição dessas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, observado o contido na Lei Complementar nº 160, de 7 de agosto de 2017, e neste convênio.*

§ 1º Para os efeitos deste convênio, as referências a “benefícios fiscais” consideram-se relativas a “isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais, relativos ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS”.

§ 2º Para os efeitos deste convênio, considera-se:

I - atos normativos: quaisquer atos instituidores dos benefícios fiscais publicados até 8 de agosto de 2017;

II - atos concessivos: quaisquer atos de concessão dos benefícios fiscais editados com base nos atos normativos de que trata o inciso I deste parágrafo;

III - registro e depósito: atos de entrega pela unidade federada, em meio digital, à Secretaria Executiva do CONFAZ, de relação com a identificação dos atos normativos e concessivos dos benefícios fiscais e da correspondente documentação comprobatória, assim entendida os próprios atos e suas alterações, para arquivamento perante a Secretaria Executiva do CONFAZ.

§ 3º O disposto neste convênio não se aplica aos benefícios fiscais instituídos por legislação estadual, nos termos do art. 15 da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, e pelo art. 4º do Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, ambos com fundamento no art. 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT da Constituição Federal.

§ 4º Para os fins do disposto neste convênio, os benefícios fiscais concedidos para fruição total ou parcial, compreendem as seguintes espécies:

I - isenção;

II - redução da base de cálculo;

III - manutenção de crédito;

IV - devolução do imposto;

V - crédito outorgado ou crédito presumido;

VI - dedução de imposto apurado;

VII - dispensa do pagamento;

VIII - dilação do prazo para pagamento do imposto, inclusive o devido por substituição tributária, em prazo superior ao estabelecido no Convênio ICM 38/88, de 11 de outubro de 1988, e em outros acordos celebrados no âmbito do CONFAZ;

IX - antecipação do prazo para apropriação do crédito do ICMS correspondente à entrada de mercadoria ou bem e ao uso de serviço previstos nos arts. 20 e 33 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996;

X - financiamento do imposto;

XI - crédito para investimento;

XII - remissão;

XIII - anistia;

XIV - moratória;

XV - transação;

XVI - parcelamento em prazo superior ao estabelecido no Convênio ICM 24/75, de 5 de novembro de 1975, e em outros acordos celebrados no âmbito do CONFAZ;

XVII - outro benefício ou incentivo, sob qualquer forma, condição ou denominação, do qual resulte, direta ou indiretamente, a exoneração, dispensa redução, eliminação, total ou parcial, do ônus do imposto devido na respectiva operação ou prestação, mesmo que o cumprimento da obrigação vincule-se à realização de operação ou prestação posterior ou, ainda, a qualquer outro evento futuro.

Em 22 de dezembro de 2017, através do Ato Declaratório Nº 28/2017, o aludido Convênio foi ratificado, verbis:

O Secretário-Executivo do Conselho Nacional de Política Fazendária - CONFAZ, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo inciso X, do art. 5º, e pelo parágrafo único do art. 37 do Regimento desse Conselho, declara ratificado o Convênio ICMS a seguir identificado, celebrado na 167ª Reunião Ordinária do CONFAZ, realizada no dia 15 de dezembro de 2017:

Convênio ICMS 190/17 - Dispõe, nos termos autorizados na Lei Complementar nº 160, de 7 de agosto de 2017, sobre a remissão de créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, bem como sobre as correspondentes reinstituições.

MANUEL DOS ANJOS MARQUES TEIXEIRA

Por fim, através do Decreto nº 18.219/18, o Estado da Bahia revogou o Decreto nº 14.213/12, com efeitos a partir de 27/01/2018.

Diante do quadro acima exposto, entendo que alternativa não resta a não ser a aplicação da norma prevista pelo Art. 156, inciso IV do CTN, que extingue o crédito tributário por remissão, hipótese esta que entendo deva ser aplicada em relação à infração 01, pois expressamente prevista em Lei Complementar e em Convênio devidamente ratificado pelo CONFAZ.

Registro, por fim, que este tem sido o entendimento que vem sendo adotado por este órgão julgador, a exemplo da decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0149-01/18, relacionado à Auto de Infração lavrado contra este mesmo autuado e pela mesma auditora fiscal aqui autuante, onde ficou decidido pela insubsistência da infração relativa a mesma matéria aqui enfrentada.

Naquilo que concerne à infração 02, ela em nada se relacionada aos argumentos de mérito trazidos pelo autuado em relação à infração 01, trata apenas de multa aplicada sobre o valor do imposto que deixou de ser pago a título de antecipação parcial. Tendo em vista que não houve por parte do autuado qualquer impugnação objetiva em relação aos cálculos e respectivos levantamentos, subsiste na íntegra a infração 02.

No tocante à abusividade da multa aplicada e seu alegado caráter confiscatório, destaco que não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos, a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta, ex vi do art. 167, I do RPAF/BA. Da mesma forma, falece competência a esta Junta de Julgamento Fiscal para reduzir ou cancelar multa por descumprimento de obrigação principal, a qual foi aplicada com base legal.

Em conclusão, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração, no valor de R\$ 20.193,34, referente à infração 02.

Inconformado com a decisão de piso, o representante do contribuinte interpôs com Recurso Voluntário às fls. 119 a 125, sendo objeto da lide tão somente a infração 2, sendo que a infração 1 foi julgado improcedente pela Junta julgadora.

Preliminarmente, alega nulidade da matéria gravada pela sistemática da repercussão geral. Afirma que demonstrou que através de decisão do E. STF, em RE 628.075/RS, a relativa à Guerra Fiscal entre os Estados.

Requer a suspensão do presente processo administrativo até o julgamento final do *leading case*, conforme determinado pela Suprema Corte. Todavia, a r. decisão recorrida indeferiu o seu pleito, afirmando que não via óbice algum para o julgamento do presente processo “na medida em que o próprio autuado pontua que a questão carece de julgamento final, portanto, como a autuação está embasada em norma tributária vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, entendo que o lançamento poderia ter sido efetuado até para que fossem evitados os efeitos da

decadência, se for o caso”.

Explica que tal entendimento viola frontalmente a determinação dada pelo E. Ministro Relator Edson Fachin que ordenou a imediata suspensão de todos os processos que envolvam a matéria ora discutida, nos termos dos arts. 1.035, § 5º e 1.037, II do CPC.

Reitera a necessidade da imediata suspensão deste processo administrativo até o julgamento final do referido *leading case*.

No mérito, alega nulidade material do Auto de Infração, por vício, dizendo que demonstrou a D. Fiscalização Estadual que formalizou de maneira equivocada e indevida a exigência de tributo e a infração descrita nas peças infracionais não é precisa. Contudo, ao analisar a questão, o v. acórdão recorrido não acolheu a preliminar de nulidade sob o argumento genérico de que a descrição dos fatos e a indicação das datas de ocorrência estariam contempladas de forma satisfatória no auto de infração. Ademais, aduziu que haveria “descrições complementares” no corpo da infração, de modo que todos os fatos apurados teriam sido devidamente narrados pela D. Fiscalização Estadual.

Explica que a descrição do fato gerador contida no mencionado auto de infração não deixa clara a razão que teria motivado a D. Fiscalização Estadual a demandar da Recorrente tão vultosa quantia, limitando-se a indicar sinteticamente a suposta utilização indevida de créditos fiscais, o que viola frontalmente os arts. 142 do CTN e 129, § 1º, III do COTEB.

Salienta que, além do sintético fundamento apresentado pela D. Fiscalização Estadual como descrição da infração, não há no restante da notificação fiscal qualquer indicação ou demonstração das premissas que teriam sido averiguadas pela D. Fiscalização Estadual para infirmar a utilização indevida de créditos de ICMS, muito menos a comprovação cabal dessa ocorrência.

Assevera que resta evidenciado que o Auto de Infração é manifestamente genérico e não contém qualquer indicação quanto às corretas circunstâncias que culminaram nas alegadas ilegalidades, não se mencionando ou indicando as operações que ensejaram em irregularidade. Em outras palavras, restou a insólita missão de adivinhar os elementos suscitados pela D. Fiscalização Estadual como causas da autuação. Portanto, tal descrição afeta diretamente a defesa, tendo em vista que restou a insólita tarefa de presumir as razões das supostas ilegalidades, o que inequivocamente viola o direito ao contraditório e à ampla defesa, plenamente assegurados no art. 5º, LV da CF/88.

Ressalta que o entendimento do E. STJ no REsp nº 48.516/SP, de que a presunção da legitimidade que goza o lançamento administrativo não dispensa a Fazenda Pública do seu dever de demonstrar de forma totalmente clara e precisa a metodologia seguida para o arbitramento do imposto supostamente devido. Portanto, em razão vício material demonstrado e à luz do direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como da jurisprudência descrita, recorre pelo acolhimento da preliminar de nulidade absoluta do lançamento tributário consubstanciado no Auto de Infração ora impugnado pois, tanto o seu teor como a sua instrução carecem de descrição clara e precisa dos elementos de fato que teriam ensejado a autuação.

Pede pelo cancelamento da infração 2, argumentando que à Infração 1, o v. acórdão extinguiu o crédito tributário em decorrência da remissão preconizada pela LC nº 160/17 e celebrada pelo Convênio ICMS 190/17.

Explica que o v. acórdão recorrido ao manter a Infração 2 que consiste na aplicação de “*multa percentual sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial referente à aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização*”, manteve integralmente a multa, considerando 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.

Ressalta ainda, que a pretensão aqui não é a de que esse E. Conselho de Fazenda declare a inconstitucionalidade da multa aplicada e, sim, busca apenas e, tão somente, a redução da penalidade para um patamar razoável e proporcional. Nesse sentido, o v. acórdão recorrido foi enfático ao afirmar que nem mesmo a redução da penalidade seria possível no presente caso, já que a multa foi aplicada por “*suposto descumprimento de obrigação principal*”, sendo aplicada com base na legislação estadual.

Esclarece também que, em que pese os argumentos suscitados pelo v. acórdão recorrido, tem-se que a redução das penalidades é medida que se impõe a esse E. Conselho de Fazenda. 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.

Ressalta ainda, 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. Disse que o entendimento jurisprudencial do E. STF se firmou no sentido de que configura intuito confiscatório a multa aplicada em alíquota acima de 30% do valor do imposto não recolhido. Destaca o entendimento do próprio E. TJ/BA no sentido da ilegalidade da aplicação de multa com caráter abusivo e que extrapola os limites do razoável (*Apelação, Processo nº 0341497-15.2014.8.05.0001, Rel. Des. Carmem Lucia Santos Pinheiro, 5ª Câmara Cível, DJ 27.07.2016*).

Conclui pelo Provimento do Recurso Voluntário apresentado para que seja reduzida a penalidade mantida no patamar de 60%, tendo em vista o seu evidente caráter confiscatório. Pleiteia que 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.

Na fl. 145, consta solicitação de diligência feita na assentada de julgamento do dia 03/02/2021, no qual o colegiado de 2º grau solicitou que:

“Considerando que a imputação remanescente (infração 2) da 4ª JJF é multa percentual por antecipação parcial, no qual a recorrente sustenta consonância com a infração 1 e a decisão de piso afirma não ter ligação, pois improcedeu devido ao argumento de que a LC nº 160, dispõe sobre convênio que permite aos Estados e ao Distrito Federal deliberar sobre a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal e a reinstituição das respectivas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais.

Considerando que não consta nos autos o procedimento para o atendimento ao disposto no Convenio ICMS 190/17, e no fato de que o Estado da Bahia, por meio do Decreto nº 18.219/18, revogou o Decreto nº 14.213/12, garantindo a não exigência fiscal sobre as isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais relacionadas em seu anexo único.

*Considerando o consoante § 2º, da Cláusula Oitava do referido Convênio, a remissão e a anistia previstas no caput dessa Cláusula, e o disposto na Cláusula Décima Quinta, têm por requisito a **desistência do Contribuinte**, conforme se constata na transcrição abaixo:*

I - de ações ou embargos à execução fiscal relacionados com os respectivos créditos tributários, com renúncia ao direito sobre o qual se fundam, nos autos judiciais respectivos, com a quitação integral pelo sujeito passivo das custas e demais despesas processuais;

II - de impugnações, defesas e recursos eventualmente apresentados pelo sujeito passivo no âmbito administrativo;

III - pelo advogado do sujeito passivo da cobrança de eventuais honorários de sucumbência da unidade federada.

Considerando que o requisito acima foi examinado pelo órgão julgador de piso sem a devida desistência do contribuinte e, ainda, considerando o disposto no art. 20 do RPAF/99, esta 2ª CJF decidiu converter o feito em diligência a fim de que:

1- Seja dada ciência ao recorrente dos requisitos previstos no Convênio ICMS 190/17, de modo que o mesmo possa tomar as providências que julgar necessárias, no prazo de 10 (dez) dias;

2- Decorrido o prazo, com ou sem manifestação do recorrente, sejam os autos remetidos a esta 2ª CJF para

que se prossiga ao julgamento.

Nas fls. 150 a 154, constam os papéis de trabalho da diligência (Intimação do contribuinte/advogados), no qual foi intimado o patrono do recorrente no sentido de concluir a solicitação feita pela 2ª CJF.

Nas fls. 157 a 159, a patrona da recorrente (Dra. Maria Fernanda de Azevedo Costa – OAB/SP nº 185.033) se manifestou no sentido de atender o pedido realizado por esta Câmara.

Manifesta que conforme a Decisão piso (A-0060-04/19), o Auto de Infração foi julgamento Procedente em Parte devido a declaração a remissão dos créditos reclamados em relação à infração 01, no valor de R\$ 24.868,85, por força da LC nº 160/2017, do Convênio ICMS 190/17 e do art. 156, IV do CTN. Discorre que no Recurso Voluntário, sendo objeto tão somente a infração 2, mantida pela JJF, em atenção ao art. 20 do RPAF/99, remeteu para conversão de diligência, pois não consta nos autos a devida renúncia do contribuinte a respeito à declaração de remissão dos referidos créditos da infração 01, no qual não fora observado a formalidade prevista no § 1º, da Clausula Oitava do Convênio ICMS 190/17 (reproduz).

Disse que, em atenção a exigência prevista no inciso II, § 2º, da Clausula Oitava do Convênio ICMS 190/17, apresenta sua desistência formal quanto aos termos de sua impugnação/defesa administrativa no que concerne, exclusivamente, a “Infração 01 – 01.02.96” do ora Auto de Infração discutido, de modo que seja mantida a Decisão de primeiro grau que declarou a remissão dos créditos reclamados.

Reitera os argumentos expostos no Recurso Voluntário no que tange a manutenção da infração 2.

Nas fls. 162, peticionou a autuante manifestação, informando que a recorrente fora intimada através do DTe, no entanto, discorreu que houve erro do sistema, estando “fora do ar”, mas cientificou o contribuinte através de e-mail, conforme fls. 152 e 153. A recorrente cumpriu a diligência através do Processo SIPRO nº 055531/2021-6, sendo entregue pelo correio.

Na assentada do julgamento do dia 09/02/2022, este colegiado converteu os autos em diligência à INFAZ DE ORIGEM, pois a infração 2 remanesce em consonância em relação à infração 1, no qual fora pela improcedência desta exação, assim:

Considerando que parte das mercadorias expostas na infração remanescente, que a JJF manteve integralmente, tem correção direta com as mercadorias autuadas para a infração 1, no qual julgou, o primeiro grau, pela improcedência/extinção devido ao LC nº 160 e o Convenio ICMS 190/17, estando assim, também, supostamente extinto.

Considerando também que o requisito acima examinado pelo órgão julgador de piso, só consta a devida desistência do contribuinte para a infração 1, conforme o disposto no art. 20 do RPAF/99, não tem tal ato para a infração 2.

Esta 2ª CJF decidiu, fez por bem, converter o feito em diligência à INFAZ DE ORIGEM a fim de que:

- 1- A fiscal autuante faça a devida apuração do crédito tributário das mercadorias nas quais estão abarcadas pela remissão dos créditos tributários, segregando as operações remidas ou extintas das operações que não fazem parte do referido Convênio ICMS 190/17;*
- 2- Faça novo demonstrativo do valor remanescente da infração 2;*
- 3- Dar ciência ao recorrente dos requisitos previstos no Convênio ICMS 190/17, agora referente para a infração 2, de modo que o mesmo possa tomar as providências que julgar necessárias, no prazo de 10 (dez) dias, no sentido da recorrente trazer aos autos a devida declaração, conforme feita para infração 1 e que já consta nos autos. Também disponibilizar todos os papéis de trabalho feita na diligência para o contribuinte;*
- 4- Decorrido o prazo, com ou sem manifestação do recorrente, sejam os autos remetidos a esta 2ª CJF para que se prossiga ao julgamento.*

Nas fls. 170/171, consta intimação feita pela fiscal autuante para o devido fim solicitado pela diligência, no prazo de 10 (dez) dias.

Na conclusão da diligência, fls. 174-75, a autuante informa que não foi necessário, na infração 2, segregar as operações remidas ou extintas das operações que não fazem parte do referido

Convênio ICMS 190/17, pois as operações cujos créditos foram remidos, continuam sujeitos a antecipação parcial, bastando, devido a remissão, conceder o crédito fiscal destacado na nota fiscal. Pontuou que mesmo aplicando a remissão, ainda fica remanescente o valor a recolher da antecipação parcial. Salienta que caso o recorrente não cumpra o exigido do Convênio ICMS 190/17, fica valendo o anexo 3 para a infração 2, caso contrário, fica valendo o valor do anexo 5.

Ressaltou que a infração foi pela improcedência, no entanto, a extinção do crédito tributário se deu por remissão, conforme o acórdão recorrido.

Concluiu mantendo a improcedência da infração 1 e a procedência parcial da exação 2.

Em juntada nas fls. 180-81, consta petição, de igual modo a infração 1, no qual discorreu pela desistência solicitada quanto aos termos exigidos conforme o inciso II, § 2º, da Clausula Oitava do Convênio ICMS 190/17, para Infração 02, de modo que seja acolhida o resultado da diligência referente ao anexo 03.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão de Piso que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração supra, devido à *“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”*, referente tão somente à infração 2, para exigência de R\$ 20.193,34, sendo conhecido o presente com previsão legal no art. 169, I, “b” do RPAF/99, lavrado em 17/12/2019.

De início informo que a infração 1 foi julgada improcedente na decisão proferida pela 4ª JF, tendo assim, a peça recursal apresentada tão somente em relação à infração 2, transcrita no parágrafo acima.

Verifico também que a patrona do contribuinte teceu os mesmos argumentos já expostos na impugnação com exceção dos fatos narrados na infração 1 de declararam a improcedência, no entanto, devemos apreciá-los novamente, sendo o seguinte:

- Alega nulidade pela sistemática da repercussão geral devido à Guerra Fiscal entre os Estados, onde solicita a suspensão do presente processo administrativo até o julgamento final, explicando que tal entendimento violou frontalmente a determinação dada pelo E. Ministro Relator Edson Fachin que ordenou a imediata suspensão de todos os processos que envolvam a matéria ora discutida, nos termos dos arts. 1.035, § 5º e 1.037, II do CPC;
- Alega nulidade material do Auto de Infração, por vício, dizendo que demonstra o equívoco da fiscalização em relação à cobrança da exigência, descrita nas peças infracionais por não ser precisa, violando frontalmente os arts. 142 do CTN e 129, § 1º, III do COTEB.
- Pede pelo cancelamento ou redução da multa referente à infração 2, argumentando que à Infração 1, o v. acórdão extinguiu o crédito tributário em decorrência da remissão preconizada pela LC nº 160/17 e celebrada pelo Convênio ICMS 190/17;
- Solicita que se declare a inconstitucionalidade da multa aplicada;
- Requer diligência ou perícia para a produção de todos os meios de prova em Direito admitidos.

Esta CJF converteu os autos em duas diligências, para as infrações 1 e 2, pois o representante da recorrente não proferiu desistência de impugnação/recurso apresentado no âmbito administrativo, a fim de extinguir o crédito tributário exigido das referidas infrações. A JF quando decidiu pela a Improcedência não procedeu oportunidade ao contribuinte/patrono para tal procedimento, sendo sanado, aqui nesta instância, tendo desistência do contribuinte conforme disposto na Lei Complementar nº 160/17 e do Convênio ICMS 190/17.

Portanto, a infração fica mantida a improcedência, se confirmando a decisão recorrida.

No confronto das alegações recursais referente a infração 2, para o valor remanescente, pois foram remidos também parte da imputação, sendo reduzido pela autuante, através de diligência, para o valor de R\$ 12.959,24, devido a extinção do crédito conforme o Convênio e Lei Complementar já mencionado.

Quanto à nulidade suscitada devido à repercussão geral devido à Guerra Fiscal entre os Estados, solicitando a suspensão do PAF até a decisão final, conforme proferido pelo E. Ministro Relator Edson Fachin. A Junta julgadora indeferiu tal solicitação e, também, não tenho como acolher tal alegação, pois não há óbice algum para o julgamento deste processo, na medida em que a autuação está embasada em norma tributária vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, assim, como forma para a SEFAZ se resguardar o lançamento tem que ser efetuado no sentido de evitar os efeitos da decadência. Indefiro o pedido de suspensão do julgamento.

Para nulidade material do Auto de Infração por vício material, alegando que as infrações estão descritas de forma imprecisa não o acolho, pois me coaduno com entendimento da decisão de piso. O Auto de Infração é reportado através do art. 142 do CTN, tendo que todos os itens citados estão contemplados no lançamento: identificação do autuado, local data e hora do lançamento, descrição clara e precisa do fato motivacional, disposição legal infringida e intimação para pagamento do débito, conforme o regramento estabelecido pelo Art. 39 do RPAF/BA.

Com relação à questão da descrição dos fatos, com indicação das datas de ocorrência, verifico que está contemplada de forma satisfatória e clara na medida em que ambas as infrações estão amparadas por demonstrativos analíticos e sintéticos, de pleno conhecimento do autuado, o que lhe possibilitou os mais amplos meios para o pleno exercício da defesa e do contraditório. Observo também que as infrações estão com descrições complementares no próprio corpo do Auto de Infração, possibilitando o total conhecimento dos fatos apurados, assim, afasto o argumento defensivo de descrição genérica. Não acolho a nulidade suscitada.

Nas questões meritórias, pede pela redução ou cancelamento da multa pecuniária inculpada no art. 42, II, “d”, no qual aplica 60% sobre o valor do imposto pago por antecipação parcial. Não tem como prosperar esta solicitação, pois este colegiado não tem mais competência para este fato de redução ou cancelamento, tanto para multa por descumprimento de obrigação acessória, como também para multa pecuniária do imposto lançado, conforme legislação editada em dezembro de 2019 - Art. 167, inciso I do RPAF/BA.

Já a solicitação de declaração de inconstitucionalidade para a multa lançada, também este Conselho de Fazenda não se incluir na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, então, não tenho como também acolher.

Em relação ao pedido de perícia ou diligência solicitada no final de seu pedido para a produção de todos os meios de prova, o representante juntamente com a recorrente teve bastante oportunidade para fazer jus deste ato, trazer provas cabais que pudessem elidir o valor remanescente da infração ou mesmo apontar os erros contidos nos autos, como não fez, na peça impugnatória e, nem nas razões recursais, nem mesmo em oportunidade dadas nas duas diligências proferidas, tendo como somente alegação de negação do Auto de Infração ser equivocado, por tal razão, fica prejudicado tal pedido, pois já fora concedido.

Assim, por tudo quanto o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado, no sentido de julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração no valor de R\$ 12.959,24, sendo excluídos do lançamento de ofício, os valores remidos ou extinto através da desistência formal conforme disposto na Lei Complementar nº 160/17 e em atenção a exigência prevista no inciso II, § 2º, da Clausula Oitava do Convênio ICMS 190/17. Assim, o montante do Auto de Infração é conforme o demonstrativo abaixo:

OCORRÊNCIA	VL HISTÓRICO	VL JULGADO-CJF	MULTA
JAN-2014	3.513,50	3.083,33	60%

FEV-2014	123,05	48,69	60%
ABR-2014	8.644,47	8.130,20	60%
MAI-2014	272,65	0,00	60%
JUN-2014	1.980,40	1.697,02	60%
SET-2014	5.659,27	0,00	60%
TOTAL	20.193,34	12.959,24	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **274068.0005/18-2**, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa pecuniária no valor de **R\$ 12.959,24**, prevista pelo art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, com acréscimos moratórios de acordo com o estabelecido pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO - RELATOR

LEÔNICIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGE/PROFIS