

PROCESSO - A. I. Nº 278936.0012/20-2
RECORRENTE - MAKRO ATACADISTA S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0146-05/21-VD
ORIGEM - DAT SUL / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21/10/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0290-11/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NA EFD. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Na peça defensiva não foram apresentados fatos modificativos ou extintos a afastar as cobranças objeto do lançamento de ofício. As alegações empresariais limitaram-se às preliminares de nulidade e ao excesso das multas aplicadas. Rejeitadas as arguições defensivas. Infrações fiscais comprovadas e mantidas sem alterações de valor. 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 5ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0146-05/21-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe lavrado em 30/09/2020 no valor de R\$84.544,69 pelo cometimento de 2 infrações, conforme abaixo descrito:

***Infração 01 – 03.02.02** –Recolheu a menor ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Ocorrência verificada nos meses de janeiro a dezembro de 2018 e de janeiro, fevereiro, maio, novembro e dezembro de 2019. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.*

***Infração 02 – 16.01.06** – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal. Ocorrência verificada nos meses de janeiro de 2018 a dezembro de 2019. Multa por descumprimento de obrigação acessória de 1% sobre o valor das entradas, prevista no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.*

Após impugnação apresentada pelo autuado (fls. 41 a 58) e informação fiscal prestada pelo autuante (fls. 76 a 79), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 5ª JF que optou pela Procedência Total do Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado para a exigência de imposto e de multa por descumprimento obrigação acessória, ocorrências que se encontram detalhadas no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Incumbe a esta relatoria, enfrentar inicialmente as preliminares de nulidade suscitadas na peça defensiva, centradas nos seguintes argumentos: a) ausência de descrição clara e precisa das infrações, implicando em cerceamento do direito de defesa; b) utilização de presunções como meio de prova das acusações fiscais. Nestas circunstâncias, segundo a defesa, o ato de lançamento teria incorrido em violação a diversos dispositivos constitucionais e legais, com destaque para os art. 5º, inc. LV da Constituição de 1988; e art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN), c/c o art. 129, § 1º, inc. III do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/1981).

Não há que se falar em carência de fundamentos ou imprecisão da acusação fiscal. As irregularidades estão bem delimitadas na peça acusatória: trata-se de recolhimento a menor do ICMS por aplicação de alíquota

diversa da prevista na legislação nas operações de saídas regularmente escrituradas pelo contribuinte (Infração 01); e, cobrança de multa em decorrência da falta de registro de notas fiscais de aquisição na EFD (Infração 02).

Para respaldar a cobrança que integra o item 01 do Auto de Infração, a Auditoria Fiscal procedeu a juntada aos autos do Demonstrativo em que detalha o cálculo, nota a nota, produto a produto, das operações lançadas na escrita fiscal que indevidamente foram tributadas à alíquota de 12%, quando o correto seria o contribuinte tê-las submetido à incidência do ICMS pela alíquota de 18% (doc. fls. 08/15 – Resumo à fl. 16). Inteiro teor do Demonstrativo encartado na mídia digital anexada à fl. 38, cópia entregue ao sujeito passivo quando da lavratura do Auto de Infração.

De igual forma, o detalhamento dos valores lançados no item 02, foram apresentados nos Demonstrativos inseridos entre as fls. 17 a 36 dos autos, com a indicação de cada nota fiscal que deixou de ser registrada na EFD, contendo a respectiva chave eletrônica dos documentos, informações reproduzidas também em meio magnético, na mídia juntada à fl. 38, cópia também entregue ao contribuinte na finalização da Auditoria.

A fundamentação das cobranças reside exatamente nos Demonstrativos acima referenciados, e nos dispositivos normativos elencados no corpo do Auto de Infração: arts. 15, 16, 16-A, e arts. 217 e 247, todos da Lei 7.014/96, além da previsão de penalidades pecuniárias contidas no art. 42, inciso II, alínea “a” e inciso IX da mesma Lei atrás indicada.

Improcede a primeira preliminar.

Da mesma forma, inexistiu para a autuada prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa. Essa arguição veio como consequência da preliminar examinada anteriormente. Contou a impugnante, com prazo e elementos de fato e de direito, que puderam muito bem balizar a sua contestação. Como se viu, a fundamentação da exigência fiscal resultou bem delineada. Farta documentação comprobatória foi anexada aos autos pelo autuante. A postulação fiscal possui, portanto, motivação e elementos de prova suficientes para que o contribuinte pudesse desenvolver suas linhas defensivas, contraditando o que lhe fosse conveniente.

Enfim, não há que se falar em ofensa aos princípios processuais do contraditório e da ampla defesa. Respeitado, por seu turno, o devido processo legal. Por conseguinte, não acolho igualmente esta preliminar.

A terceira preliminar deverá seguir a mesma sorte das anteriores. Isto porque, a autuação não partiu de presunções para fundamentar as cobranças que compõem a peça de lançamento. Como visto anteriormente as acusações fiscais têm origem nos documentos que foram entregues ao fisco pelo próprio contribuinte, de forma que o cálculo do imposto e das penalidades pecuniárias tiveram por suporte nas informações extraídas da escrita fiscal do sujeito passivo, sem a utilização de meios de prova indiretos.

Por fim, também não merece acolhida o argumento defensivo de que a validade do procedimento fiscal estaria dependente de prévia intimação do sujeito passivo, para prestar esclarecimentos a respeito de eventuais irregularidades constatadas no curso da fiscalização. Tal medida, apesar de recomendável, no sentido de expurgar do lançamento eventuais excessos, não tem previsão na legislação de regência do ICMS e nas normas que tratam do processo administrativo tributário. Ademais, a defesa não apontou a existência de quaisquer excessos a demandar a revisão dos valores apurados no Auto de Infração. O ICMS lançado na infração 01, por exemplo, resultou da diferença aritmética entre os valores oferecidos à tributação pela empresa, a alíquota de 12% (doze por cento), e valor efetivamente devido, recalculado pela alíquota de 18% (dezoito por cento), conforme evidenciado no Demonstrativo anexado no PAF. O fato de ter constado na peça acusatória a alíquota única de 18% para todas as ocorrências, não invalida o procedimento fiscal, pois se trata de uma mera padronização do sistema de emissão eletrônica do Auto de Infração no Estado da Bahia.

Afastada também esta última preliminar.

O mérito das acusações fiscais não foi enfrentado pela defesa. A respeito dos elementos probatórios inseridos no Auto de Infração, a impugnante não fez qualquer contraposição. Na peça defensiva não foram apresentados fatos modificativos ou extintos a afastar as cobranças, objeto do lançamento. As alegações empresariais limitaram-se às preliminares antes apreciadas e ao percentual das multas.

No tocante às penalidades pecuniárias lançadas no Auto de Infração, o pedido defensivo está centrado no argumento de que essas cobranças afrontam a regra de vedação do confisco, conforme expressamente previsto no art. 150, inc. IV da Constituição Federal, além de contrariar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Trata-se de questão que foge ao campo de competência dos julgadores deste CONSEF, por disposição literal do art. 167, incisos I e III do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - Decreto nº 7.629/99), que afasta a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo na esfera do contencioso administrativo. É matéria que somente poderá ser decidida pelo Poder Judiciário, através do manejo, pelo contribuinte, das ações próprias previstas na legislação processual de regência.

Ainda no que se refere a essa questão, ressalto que os precedentes judiciais reproduzidos na peça defensiva não

alteram o entendimento aqui exposto, visto que as mesmas não são vinculantes para o Estado da Bahia, além do fato do Erário Estadual não ter figurado como parte nas ações que resultaram nos Acórdãos mencionados pela impugnante.

Ante o acima exposto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Procedência do Auto, o autuado interpõe Recurso Voluntário (Fls. 101 a 120) 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.

Inicialmente diz que não pode concordar com tais acusações fiscais, seja pelo fato de sua conduta estar amparada na legislação específica, da qual não resultou qualquer prejuízo ao erário, seja ainda pelo fato de que o AI padece de fundamentos legais.

Pede pela nulidade do Auto de Infração por vício material, tendo em vista que a fiscalização lavrou de maneira equivocada e indevida a exigência de tributo, além do fato de que a infração descrita nas peças infracionais não é precisa.

Cita o art. 142 do CTN e Art. 129 do COTEB, alegando que na autuação a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações principais e acessórias, indicando a data da ocorrência não estão em conformidade com os citados artigos. Portanto, cabe à fiscalização averiguar a ocorrência do fato concreto, em consonância aos termos previstos na norma geral e abstrata, individualizando-o e tipificando-o. Compete a fiscalização a realização da devida subsunção dos fatos à norma, a qual deverá ser acompanhada dos motivos que ensejaram o respectivo lançamento e as provas que fundamentaram a correlação fático normativa, sob pena de nulidade.

Diz que deveria a autoridade fiscal apresentar todos os documentos e dados que comprovem a constatação e levem o sujeito passivo à mesma conclusão que a autoridade administrativa, assim ele poderá entender o motivo que levou à lavratura, para que possa se explicar e exercer seu direito de defesa.

Contudo, a descrição do fato gerador contida não deixa clara a razão que teria motivado a lavratura, limitando-se a indicar sinteticamente o suposto recolhimento a menor de ICMS, o que viola frontalmente os artigos acima citados.

Roga pela nulidade também por impossibilidade de utilização de presunção por meio de prova, pois o auto é lacônico e impreciso, o que levou a recorrente a ter que adivinhar as irregularidades que eventualmente teria cometido para ocasionar o suposto recolhimento a menor.

Afirma que apesar de constar na legislação possibilidade e intimação ao sujeito passivo para prestar eventuais esclarecimentos, isso não foi realizado, o que teria evitado a constituição de créditos tributários pautados em mera presunção, transferindo para o contribuinte o ônus da prova, em manifesta afronta aos art. 113, § 1º e 142 do CTN.

Destaca que a técnica da apuração tributária utilizada pela D. Fiscalização estadual é manifestamente ilegal, na medida em que se deu por arbitramento de tributação à alíquota de 18% sobre a base de cálculo do valor da operação de saídas das mercadorias, onde não se pode presumir que todas as mercadorias se submetem a tributação de 18%.

Reforça que tal presunção é ainda mais evidente, na medida em que a autuação trata especificamente de operações com produtos cujas saídas são beneficiadas com redução da base de cálculo, como os produtos submetidos a outras tributações e que, não estão submetidas à alíquota de 18%.

Questiona também a abusividade da multa aplicada, na hipótese de serem superadas as preliminares de nulidade. Diz que ao aplicar a multa prevista, constitui-se em um valor que é mais que a metade do valor do imposto exigido, não podendo utilizar o tributo com efeito do confisco.

A aplicação de multa tão exorbitante, além de não se coadunar com princípios constitucionais implícitos reconhecidos amplamente pela doutrina e pela jurisprudência pátria, quais sejam, os da

proporcionalidade e da razoabilidade violam frontalmente o disposto no Art. 150, IV da CF/88, que consagra o princípio constitucional da vedação ao confisco, aplicável não apenas aos tributos, mas também às penalidades por infrações à legislação tributária.

Por fim, pede que diante de todo o exposto, que seja reformada a decisão de piso de modo que a exigência fiscal seja cancelada, em razão da nulidade da autuação, diante da ausência da descrição precisa da infração e da utilização de presunção como prova.

E caso não seja este o nosso entendimento, requer que as multas aplicadas sejam afastadas ou ao menos reduzida, haja vista a manifesta desconexão da realidade fática com os fatos descritos, bem como a desproporcionalidade e a irrazoabilidade em relação à infração supostamente cometida, bem como a boa fé e o cumprimento de suas obrigações principais e acessórias.

VOTO

Conforme já dito no relatório, trata o presente 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 5ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0146-05/21-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração nº 278936.0012/20-2 lavrado em 30/09/2020 no valor de R\$ 84.544,69 pelo cometimento de 2 infrações, sendo a primeira por aplicação de alíquota diversa na legislação e a segunda pela falta de registro de documentos de entrada nos livros fiscais próprios.

Passo a analisar as razões das preliminares de nulidade.

Em análise dos autos, vislumbro não prosperar o argumento da nulidade por vício material e nem tampouco por mera presunção, tendo em vista que da 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.

Conforme já demonstrado pelo julgador de piso, a cobrança que integra o item 01 do Auto de Infração, a Auditoria Fiscal procedeu a juntada aos autos do Demonstrativo em que detalha o cálculo, nota a nota, produto a produto, das operações lançadas na escrita fiscal que indevidamente foram tributadas à alíquota de 12%, quando o correto seria o contribuinte tê-las submetido à incidência do ICMS pela alíquota de 18% (doc. fls. 08/15 – Resumo à fl. 16). Informações verificadas por esta relatora.

Quanto ao mérito, não houve questionamento por parte da Recorrente.

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, incisos, II, alínea “a” e inciso IX 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% para a Infração 01 e 1% para a Infração 02.

Em conclusão, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 **278936.0012/20-2**, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 43.200,13**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$41.344,56**, prevista no incisos IX do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de setembro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS