

PROCESSO - A. I. Nº 274068.0017/19-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MAKRO ATACADISTA S/A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0198-04/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06/12/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0325-11/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES OCORRERAM COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. ESTORNO DE CRÉDITO EFETUADO A MENOS. Apesar dos argumentos defensivos não apresentarem elementos que justificassem alteração no valor autuado, revisão fiscal procedida pela autuante, quando da apresentação da Informação Fiscal, reduziu o valor do débito. Não acolhidas as arguições de nulidade. Indeferido o pedido de diligência e de perícia fiscal. Mantida a multa aplicada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0198-04/21-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 16/12/2019 no valor de R\$ 151.995,96, mais multa de 60%, com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, referente ao período de janeiro/15 a dezembro/15, pelo cometimento de uma infração, conforme segue:

***Infração 01 - 01.02.26** - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. O contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS de mercadoria com saída subsequente beneficiada com redução da base de cálculo, utilizando base de cálculo superior ao estabelecido na legislação e fazendo o estorno a menor.*

***Anexos:** REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÕES DE SERVIÇOS, Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético e NF-e.*

Tudo conforme ANEXO 1 – CRÉDITO INDEVIDO = ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO e ANEXO 2 – DEMONSTRATIVO DE LANÇAMENTO DE ESTORNO, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte”.

Após impugnação apresentada pelo autuado (fls. 14 a 30) e informação fiscal prestada pelo autuante (fls. 51 a 55), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 4ª JJF que optou pela Procedência em Parte do Auto de Infração, reduzindo-o para R\$26.221,14 nos seguintes termos:

VOTO

Através do Auto de Infração em análise, foi imputado ao autuado que “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. O contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS de mercadoria com saída subsequente beneficiada com redução da base de cálculo, utilizando base de cálculo superior ao estabelecido na legislação e fazendo o estorno a menor”.

Consta que a apuração dos fatos se deu com base nos demonstrativos anexos, denominados “REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÕES DE SERVIÇOS”, além da própria escrituração fiscal digital do autuado, e respectivas notas fiscais eletrônicas, estando tudo demonstrado no Anexo 1.

Em sua defesa, o autuado arguiu a nulidade do Auto de Infração por existência de vício material, tendo em vista que a infração que lhe foi imputada, ao seu entender, está descrita 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 conforme recibo de fl. 14, 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 pleiteado pelo autuado, em razão deste não apresentar argumentos, ou indicar de forma concreta fatos que deem margem à sua realização.

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 assimilação, 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.

A infração impugnada se refere à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, no período de janeiro a dezembro/2015.

Assim, é que 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 enfrentou, objetivamente, as acusações que lhe foram impostas.

Sua tese defensiva se limitou a citar que buscou localizar algumas hipóteses para comprovar a inexistência de omissão de recolhimento, e conseguiu verificar alguns casos que levaram à equivocada interpretação da autuante, entretanto, não os apontou, e sequer citou algum equívoco concreto, mesmo por amostragem, limitando-se a dizer, simplesmente, que houve falta de tipicidade das condutas consideradas, o que não concordo, pois não apresentou qualquer justificativa ou respaldo legal para tal afirmação, e o que é mais grave, apenas citou que não cometeu as infrações, sem apresentar qualquer prova que justificasse seu argumento. Utilizou tal argumento, apenas para pugnar pela realização de diligência ou perícia fiscal, as quais, por falta de elementos que as justifiquem, já foram acima indeferidas.

Os exemplos citados pelo autuado, relacionados a operações com pescados e aquisições de arroz em fardos, não se aplicam ao presente caso, pois nesta hipótese, ambos os produtos não foram objeto da autuação.

Merece destaque, entretanto, a revisão fiscal levada a efeito pela autuante, onde, apesar de considerar fato não suscitado pela peça defensiva, procedeu uma revisão nos demonstrativos que deram causa à autuação, ao argumento de que sua rotina de trabalho foi baseada na EFD do autuado, a qual, por possuir várias inconsistências, lhe induziu a erro, que foi retificado na revisão que efetuou, gerando um novo resultado, apurado de acordo com os valores constantes no Anexo 3, fls. 56 e 57, o que lhe levou a pugnar pela procedência parcial do Auto de Infração, situação esta que acolho, considerando ainda que o autuado foi cientificado do novo resultado apurado pela autuante, porém, não se manifestou.

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 no 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. 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, acolho os novos valores do débito apurados pela autuante quando da Informação Fiscal, e voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração, com a seguinte configuração: Abril/15 – R\$ 23,93; Junho/15 – R\$ 1.348,05; Julho/15 – R\$ 1.687,80; Setembro/15 – R\$ 538,61; Outubro/15 – R\$ 876,93; Novembro/15 – R\$ 9.750,52 e Dezembro/15 – R\$ 11.995,30, totalizando o débito no montante de R\$ 26.221,14.

Em função da redução do valor do Auto de Infração, a Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício para esta Câmara, nos termos do Art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que por unanimidade, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 16/12/2019 com o objetivo de exigir crédito tributário no valor histórico de R\$151.995,96, que após julgamento em Primeira Instância, fora reduzido para R\$26.221,14.

Verifica-se que o Recurso de Ofício é pertinente, tendo em vista que o julgamento de 1ª instância julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, portanto em montante superior ao valor de R\$200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99, vigente à época da Decisão ora recorrida.

O Auto de Infração foi lavrado pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Diz a autuação que o contribuinte “*utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS de mercadoria com saída subsequente beneficiada com redução da base de cálculo, utilizando base de cálculo superior ao estabelecido na legislação e fazendo o estorno a menor*”.

Conforme demonstrado em primeira instância, em sua defesa, o autuado arguiu a nulidade do Auto de Infração por existência de vício material, tendo em vista que a infração que lhe foi imputada, ao seu entender, está descrita de forma imprecisa, porém não foi acolhida, sob a alegação de que ao se reportar ao art. 142 do CTN e ao art. 129, § 1º, inciso III do COTEB para sustentar a irresignação do impugnante, foi verificado 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.

No mérito, diz a JJF que a tese defensiva “*se limitou a citar que buscou localizar algumas hipóteses para comprovar a inexistência de omissão de recolhimento, e conseguiu verificar alguns casos que levaram à equivocada interpretação da autuante, entretanto, não os apontou, e sequer citou algum equívoco concreto, mesmo por amostragem, limitando-se a dizer, simplesmente, que houve falta de tipicidade das condutas consideradas, o que não concordou, pois não apresentou qualquer justificativa ou respaldo legal para tal afirmação, e o que é mais grave, apenas citou que não cometeu as infrações, sem apresentar qualquer prova que justificasse seu argumento. Utilizou tal argumento, apenas para pugnar pela realização de diligência ou perícia fiscal, as quais, por falta de elementos que as justifiquem, já foram acima indeferidas*”.

O autuado citou exemplos de operações com pescados e aquisições de arroz em fardos, que não se aplicam ao presente caso, pois nesta hipótese, ambos os produtos não foram objeto da autuação.

Ocorre que, na sua Informação Fiscal (Fls. 51 a 55), a ilustre autuante diz que apesar de não ter sido alegado pela impugnante em sua defesa, mas em razão das alegações no Auto de Infração nº 274068.0007/19-3 (mesma infração de outra filial) ter dado exemplo de produto que realmente não tem redução da base de cálculo como extrato de tomate, a fiscalização reviu o demonstrativo.

Diz que a rotina foi baseada na EFD, cuja elaboração é de responsabilidade do contribuinte. A EFD tem erros de inconsistências que induziram a fiscalização ao erro. Segundo a EFD, o item 574074 - EXTRATO TOM TAMBAU POUCH 200G, em 01/04/2015, Nota Fiscal nº 133.681, tem o preço da mercadoria de R\$261,88 e a base de cálculo de R\$262,80, enquanto na NF-e tem o preço e base de cálculo de R\$262,08. Também segundo a EFD o, item 571988 - AZ PTA S/CAR LAVIOLETERA 1.8KG, em 20/03/2015, NF Nº 283.142, tem o preço da mercadoria de R\$390,34 e a base de cálculo de R\$404,52, enquanto na NF-e tem o preço e base de cálculo de R\$404,52. Por esta razão, refez o demonstrativo, reduzindo o valor da Infração.

As razões apresentadas na Informação Fiscal foram acatadas pela Junta de Julgamento Fiscal, acolhendo os novos valores dos débitos apurados, mantendo a procedência parcial do Auto de Infração, razão pela qual acompanho a decisão de piso.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **274068.0017/19-9**, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA S.A.**, devendo ser intimado o recorrido, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$26.221,14**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de Novembro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS