

A. I. Nº - 247068.0028/20-4
AUTUADO - MAKRO ATACADISTA S.A.
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/07/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0130-04/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR LANÇADO NA ESCRITA FISCAL SUPERIOR AOS RECOLHIMENTOS EFETUADOS A TÍTULO DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Comprovado equívoco na elaboração do demonstrativo que serviu de base para exigência do presente lançamento. Não acolhida à arguição preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 18/09/2020, exige crédito tributário no valor de R\$ 126.217,00, em razão do cometimento da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 02.02.42 - *“Utilizou indevidamente credito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito fiscal”*

Consta ainda as seguintes informações: *“O contruinbuinte lançou no REGISTRO S FRISVAIS DA APURAÇÃO DO ICMS – OPERAÇÕES PRÓPRIAS, no campo DEMOSNTRATIVO DO VALOR TOTAL DOS AJUSTES A CRÉDITO, com a descirção ANTECIPAÇÃO PARCIAL DECRETO Nº 8.969/04, valor superior ao recolhido.”.*

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 32 a 43), inicialmente falando sobre a tempestividade da mesma. Em seguida diz que a empresa que tem por objeto social, entre outros, a comercialização no varejo de produtos alimentícios e bens de consumo em geral, está sujeita à incidência de diversos tributos federais, estaduais e municipais, inclusive, ICMS.

Afirma que apesar de cumprir corretamente as suas obrigações fiscais, Fiscalização Estadual lavrou o presente auto de infração, cuja infração transcreveu.

Diz não concordar com tais acusações pelo fato de sua conduta estar amparada na legislação específica, da qual não resultou qualquer prejuízo ao Erário, seja, ainda, pelo fato Auto de Infração padecer de fundamentos legais.

Passa a discorrer sobre a nulidade asseverando que a Fiscalização Estadual formalizou de maneira equivocada e indevida a exigência de tributo e a infração descrita nas peças infracionais não é precisa. Trata-se, pois, de inequívoco vício material que macula irremediavelmente o lançamento.

Isso porque, de acordo com o art. 142 do CTN, o ato que consubstancia o lançamento tributário deverá ser lavrado por autoridade administrativa competente, e conterà obrigatoriamente: (i) a qualificação do autuado; (ii) o local, a data e a hora da lavratura; (iii) a descrição clara e precisa do fato que motivou sua geração; e (iv) a disposição legal infringida e a penalidade aplicável; (v) a intimação para o pagamento do débito com multa reduzida ou para a apresentação de impugnação administrativa, com indicação do prazo e seu início.

Destaca que esta norma encontra-se recepcionada pela legislação estadual através do art. 129 do CTE, segundo o qual, o Auto de Infração deve conter: a identificação do autuado e do funcionário autuante, além do endereço do autuado; o dia, hora e local da autuação; a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações principais e acessórias, indicando as datas da ocorrência; o

demonstrativo do débito tributário, discriminando a base de cálculo e as parcelas do tributo, por período, bem como os seus acréscimos e as multas aplicadas; a indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos, além do dispositivo regulamentar ou legal referente à multa aplicada; as assinaturas do autuante, do autuado ou de seu representante ou preposto, ou a declaração de sua recusa; e, a intimação para pagamento ou defesa, com indicação do prazo.

Explica que a descrição do fato gerador contida no mencionado auto de infração não deixa clara a razão que teria motivado a Fiscalização Estadual a demandar da MAKRO tão vultosa quantia, limitando-se a indicar sinteticamente a suposta omissão parcial de recolhimento de ICMS, o que viola frontalmente os arts. 142 do CTN e 129, § 1º, III, do CTE.

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

Conclui que o Auto de Infração é manifestamente genérico e não contém qualquer indicação quanto às corretas circunstâncias que culminaram nas alegadas ilegalidades, portanto, despido das formalidades legais e materiais necessárias, assim deve ser declarada a sua nulidade.

Ressalta que este entendimento é corroborado pela jurisprudência, conforme se depreende de precedente do E. STJ, cuja ementa transcreve, arrematando que, estando a descrição dos fatos deficiente a ponto de abalar a sua subsunção à norma jurídica, comprometendo a adequada aplicação do direito, não se está diante de erro formal, mas sim material, de direito. Assim, não se trata de simples imprecisão do lançamento por insuficiência na descrição dos fatos, visto que houve, de fato, uma imprecisa – e, portanto, incorreta – apuração da própria infração tributária.

Afirma que tal entendimento, inclusive, já foi manifestado pelo E. CARF em diversas ocasiões nas quais se apreciou a pretensão da Procuradoria da Fazenda Nacional acerca da natureza da declaração de nulidade do lançamento em hipóteses semelhantes, concluindo-se que se trata de mácula de critério essencial da regra matriz de incidência tributária e copia trecho de decisões daquele órgão.

Entende que em razão dos vícios apontado, à luz da legislação e jurisprudência acima transcritas, há de ser reconhecida a nulidade absoluta do presente lançamento tributário, pois tanto o seu teor, como a sua instrução carecem da descrição dos elementos de fato que teriam ensejado a autuação, cerceando seu direito de defesa e infringindo os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como a legislação infraconstitucional já apontada.

Após reitera que o Auto de Infração é lacônico e impreciso, o que levou a empresa a adivinhar as irregularidades que eventualmente teria cometido para ocasionar o suposto recolhimento a menor.

Passa a demonstrar os motivos pelos quais o Auto de infração não poderia ter se pautado em mera presunção para exigir os supostos débitos, afirmando que no caso presente a fiscalização não considerou, ainda que por amostragem, toda a documentação fiscal apresentada, sendo que não solicitou demais documentos fiscais e contábeis necessários após procedimentos de fiscalização, tampouco, solicitou esclarecimento quanto às operações de saídas ou sobre produtos abrangidos pela eventual redução da base de cálculo.

Assevera que a Fiscalização ao invés de intimar a impugnante a prestar esclarecimentos sobre meros indícios de irregularidades preferiu lavrar o Auto de infração, deixando a análise dos documentos para o momento da apresentação da impugnação. Dessa forma entende não restar dúvidas de que o presente lançamento foi pautado apenas em indícios, se valendo de mera presunção para a sua formalização.

Entende que caberia à fiscalização o ônus de munir-se de provas necessárias à comprovação do alegado e não apenas presumir a infração. Há que se considerar também que a presunção de

inocência, até prova em contrário é garantia constitucional asseguradas, que restaria desprezada caso se admitisse como legítima a presunção como meio de prova de acusação válido.

Destaca que o Auto de Infração ora impugnado, na forma como lavrado para a constituição do crédito tributário, nos termos do art. 142 do CTN, não poderia ter se pautado em mera presunção para exigir os supostos débitos.

Externa o entendimento de que caberia à Fiscalização Estadual o ônus de munir-se das provas necessárias à comprovação do alegado e não apenas presumir as infrações apontadas. Ao agir dessa forma, transfere o ônus da prova ao contribuinte, em manifesta afronta ao disposto nos arts. 113, § 1º, e 142, ambos do CTN. Transcreve lições doutrinárias de juristas renomados acerca da impossibilidade de inverter o ônus da prova ao contribuinte. Reitera que até mesmo os Tribunais Administrativos brasileiros possuem o entendimento de que não se pode admitir autuações e imposição de penalidades com base em presunção, sendo a jurisprudência no âmbito judicial pacífica no sentido de afastar a inversão do ônus da prova.

Destaca, por fim, que a técnica de apuração tributária utilizada pela autuante 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. Assim, além de imputar a infração de crédito em valor superior sem qualquer comprovação fática, também simplesmente presumiu que ocorreram saídas de mercadorias tributáveis no referido período submetidas ao regime de tributação normal, incidindo a alíquota de 18% de forma indiscriminada.

Diz que não se pode presumir que todas as mercadorias vendidas se submetem ao regime de tributação normal, tal como procedeu a Fiscalização, e tal presunção é ainda mais evidente na medida em que a presente autuação trata de especificamente de operações com produtos cujas saídas são beneficiadas com redução da base de cálculo, como os produtos submetidos a outras tributações e que, portanto, não estão submetidas à alíquota de 18%. Por mais tais razões resta demonstrada a nulidade do auto de infração.

Informa que buscou localizar algumas hipóteses para comprovar a inexistência de creditamento indevido e conseguiu verificar alguns casos, asseverando que as mercadorias deveriam ser tributadas, sendo que houve o devido recolhimento do imposto nas respectivas operações de saídas. Nesse sentido informa que está levantando a documentação pertinente para comprovar o alegado e tal fato demonstrará que a inconsistência da infração, na medida em que parte da premissa equivocada de que houve suposto creditamento indevido.

Fala sobre o princípio da não cumulatividade do ICMS dizendo que o mesmo está expressamente previsto nos art. 28, 29 e 31 da Lei 7.014/96 cujo teor transcreveu, acrescentando que a não permissão do crédito fiscal das entradas de mercadorias estão previstas no art. 29, § 4º, II, da Lei 7.014/96 e o art. 310, II do RICMS.

No presente caso, o direito ao crédito de ICMS está amparado pelo princípio da não cumulatividade. Além disso está amparada pela legislação estadual e transcreve o disposto no art. 32, I do CTE.

Tal dispositivo evidencia o descabimento da presente exigência, pois demonstra inequivocadamente que o creditamento realizado pela impugnante possui expresso amparo legal. Neste sentido, só poderia dizer em creditamento indevido na hipótese em que as saídas tributadas fossem em proporção menor que o creditamento das respectivas entradas de mercadorias, o que não é o caso presente.

Assim nota-se a falta de tipicidade da conduta considerada, ou seja, a Impugnante não cometeu a infração pela qual está sendo acusada, porque apurou e utilizou o crédito fiscal nos exatos termos em que permite a legislação. Salienta que realizou o recolhimento integral, abatendo exatamente o valor creditado, de modo que não há que se falar em qualquer creditamento a maior ou prejuízo ao Erário, pelo contrário, foi recolhido valor aos cofres públicos, quando sequer haveria obrigação.

Por mais tais razões restará demonstrada a necessidade do cancelamento do auto de infração. Subsidiariamente pugna pela conversão do processo em diligência, em prol da verdade material.

No intuito de comprovar a insubsistência fiscal informa que constatou documentos que comprovam a legitimidade dos créditos tomados, sendo que já os apresentou parcialmente e aproveita para apresentar os documentos que tratam do levantamento dos valores recolhidos a título de ICMS Antecipado para serem periciados no futuro, e reitera o pedido da realização de diligência.

Fala sobre a abusividade da aplicação de penalidade cominada em 60% do valor do imposto supostamente não recolhido que é outra circunstância que macula a exigência fiscal. A citada multa é manifestamente inaplicável ao caso pois está evidente o descompasso entre a realidade fática e a acusação.

A penalidade imposta pressupõe o creditamento indevido do imposto que, como demonstrado é manifestamente inaplicável ao presente caso, pois está evidente o descompasso entre a realidade fática e as acusações.

Ademais, a multa é absolutamente desproporcional, caracterizando verdadeiro confisco, na medida em que corresponde a mais da metade do valor do imposto exigido que, como já demonstrado, é indevido e foi devidamente recolhido tempestivamente. A esse respeito, note-se 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.

Conclui afirmando que de todo o exposto, tem como demonstrado que exigência fiscal em questão deve ser integralmente cancelada, em síntese, pela comprovação e demonstração da nulidade da autuação em razão de ausência de descrição clara e precisa da infração e da utilização de mera presunção como prova; (ii) insubsistência da infração, conforme documentos juntados que comprovam os pagamentos.

Caso não seja este o entendimento requer que a multa aplicada seja afastada ou reduzida, diante da desproporcionalidade e da patente irrazoabilidade.

Por fim requer a conversão do processo em diligência, bem como protesta pela realização de sustentação oral quando do julgamento.

A Autuante presta informação fiscal fls. 89 a 94. Inicialmente transcreve o inteiro teor da infração. Em seguida faz um resumo dos argumentos defensivos e passa a prestar os seus esclarecimentos a seguir resumidos:

Em relação ao argumento de que a fiscalização formalizou de maneira equivocada e indevida a exigência de tributos, além de que a infração descrita nas peças infracionais não é precisa os diz que a mesma não pode prosperar, pois como pode ser observado nas folhas 1 a 2 tema descrição da infração, inclusive com descrições complementares, de forma clara e completa com o devido enquadramento e tipificação da multa aplicada, atendendo o que determina o art. 18 do RFAP, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e os anexos foram entregues ao contribuinte conforme folhas 19 a 29 e arquivos conformes folhas 13 e 14.

Assevera que as planilhas são claras e objetivas, descrevendo os pagamentos com os seus respectivos dados, contendo informações como data, valor do DAE, número do DAE, nota do respectivo DAE, valor do crédito lançado, e todas as informações necessárias para a demonstração das infrações. Existem no auto o e-mail do contribuinte apresentando o DAE e notas fiscais, que são provas necessárias. A escrita fiscal, NF-e e relatório das NFC e constam no arquivo magnético, folhas 15 e 16. Os valores reclamados na autuação se basearam nos DAEs, notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital - EFD, documento gerado pela própria autuada. Em momento algum a impugnante questionou as informações da EFD.

Rechaça o argumento defensivo de que houve ilegalidade na medida em que utilizou a alíquota de 18% sobre a base de cálculo que deveria ser cobrada apenas a diferença pois na descrição da

infração existem demonstrativo sintético, enquanto que os anexos demonstram a diferença entre o valor recolhido e o valor lançado. Com relação a 2017, ANEXO I existe a demonstração do valor lançado de R\$ 322.205,33, valor recolhido de R\$ 277.724,66 e a diferença que é o valor reclamado de R\$ 44.480,67. Com relação a 2018 existe o ANEXO 2, com a coluna DIF, que é a subtração do valor indevidamente lançado a crédito e o valor recolhido.

Quanto a arguição de falta de clareza diz que a descrição do auto é exata, sendo que a recorrente lançou valor a crédito sem apresentar os documentos que comprovem este direito.

Quanto a alegada falta de intimação para prestar esclarecimentos a respeito de eventuais indícios de irregularidades diz não existir previsão legal e que não houve presunção, porque a fiscalização tem acesso a DAE e Escrita Fiscal Digital – EFD e fez a análise da documentação, não existindo dúvidas quanto ao ilícito praticado, por este motivo não há necessidade de solicitar documentos fiscais básicos, pois com o advento do SPED os dados fiscais (DAE, notas eletrônicas e escrituração)m já existem no banco de dados da SEFAZ

Quanto a suposta ilegalidade de utilização de alíquota de 17% sobre a base de cálculo afirma que na descrição de infração existe um demonstrativo sintético, enquanto nos anexos demonstram a diferença entre o valor recolhido e o valor lançado. Com relação a 2017, ANEXO I existe a demonstração do valor lançado de R\$ 322.205,33, valor recolhido de R\$ 277.724,66 e a diferença que é o valor reclamado de R\$ 44.480,67. Com relação a 2018 existe o ANEXO 2, com a coluna DIF, que é a subtração do valor indevidamente lançado a crédito e o valor realmente recolhido.

No que diz respeito a alegação de que não se pode presumir que todas as mercadorias vendidas se submetem ao regime de tributação normal e incidir a alíquota de 18%, sem considerar que a empresa comercializa mercadorias beneficiadas com redução da base de cálculo e com produtos submetidos a outras tributações, esclarece que o PAF não se refere as operações de compra e venda. O que foi analisado foi o crédito a maior do que o recolhido a título de Antecipação Parcial. Para essa rotina deve-se analisar os lançamentos nos REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS'-OPERAÇÃO PRÓPRIAS, no campo DEMONSTRAÇÃO DO VALOR TOTAL DOS AJUSTES A CRÉDITO, com a descrição ANTECIPAÇÃO PARCIAL DECRETO Nº 8.969/04 e os DAE, que dão direito a este lançamento.

Afirma não ter havido cerceamento de defesa, pois no auto de infração, folhas 1 a 2, consta a transcrição detalhada da infração, enquadramento da infração, tipificação da multa e o indicativo do demonstrativo utilizado para quantificar o valor da infração de forma detalhada. Nestes relatórios descrevem os pagamentos com os seus respectivos dados, contendo informações como data, valor do DAE, número do DAE, nota do respectivo DAE, valor do crédito lançado, e todas as informações necessárias para a demonstração da infração. Os demonstrativos são baseados nos DAES, nas NF-e na Escrituração Fiscal Digital - EFD, tudo entregue ao contribuinte e previstas na legislação que devem ser observadas e cumpridas, porém não foi o que ocorreu no presente PAF. Para comprovar o valor lançado a crédito de ANTECIPAÇÃO PARCIAL, é necessário a apresentação dos respectivos DAES.

Quanto aos documentos anexados que tratam de levantamento dos valores recolhidos a título de ICMS antecipado para serem apreciados no futuro (doc.3) diz que na realidade a referida documentação não foi anexada, já foram entregues através do e-mail de 28/08/20 e foram considerados nos Anexos 1 e 3.

Acrescenta que revendo o demonstrativo 2 foram encontrados erros sistêmicos e a correção foi feita através do ANEXO 4 - DEMONSTRATIVO DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL LANÇADO MAIOR QUE O RECOLHIDOP – 2018 – DILIGENCIA.

Quanto à multa aplicada diz que não cabe, no âmbito de suas atribuições, a discussão sobre entendimento constitucional, posto que deve obediência ao RICMS/BA por responsabilidade funcional.

Entende não ser necessária a realização de diligência, pois constam no respectivo PAF todos os

elementos necessários para conclusão da procedência das infrações.

Finaliza opinando pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

O autuado foi cientificado e às fls. 121 a 124 se pronuncia asseverando inicialmente não ser possível saber, assertivamente, a razão da não anexação dos documentos juntados na impugnação, isso porque referidos documentos foram entregues seguindo as recomendações da carta de serviços e encaminhados via postal, em 18/02/21 (contendo arquivo de mídia- doc. 01) e por meio de comunicação eletrônica (datada de 16/02/2012 – doc. 02, confirmada por meio do comprovante de protocolo nº 011168/2021-3 – doc. 03).

Além disso, a autuante não é clara ao mencionar quais documentos já teriam sido fornecidos no e-mail datado de /, pois apenas cita de forma genérica, que “documentos como os citados” teriam sido entregues, sem ainda, analisá-los.

Frisa que não cabe a autuante decidir quais documentos analisar ou juntar aos autos, sendo certo que sua competência é avaliar os documentos apresentados, e, posteriormente confrontá-los com a infração devendo ser precisa e clara quanto as suas conclusões, o que não ocorreu.

Acrescenta não ser possível saber se tais documentos foram analisados e se tais elementos foram considerados para qualquer retificação nos demonstrativos, tampouco se as correções ocorreram em momento anterior ou após a oferta da impugnação, principalmente porque os documentos, como afirmado pela autuante, não foram anexados ao PAF. Até porque as correções efetuadas importam, também em alteração do critério jurídico, o que é vedado pelo Código Tributário Nacional, art. 146.

Tais fatos e elementos evidenciam a precariedade do trabalho fiscal e a dificuldade que vem sendo enfrentada pela Impugnante para identificar as supostas infrações cometidas, evidenciando o prejuízo ao exercício da ampla defesa e contraditório, bem como a nítida violação ao devido processo legal e ao princípio da verdade material, posto que, como afirmado pela autuante, “*os documentos comprobatórios apresentados não terem sido anexados ao PAF.*”

Pugna pela nulidade do Auto de Infração, reiterando as alegações e fundamentos trazidos na Impugnação inicial, e no mérito pede a Improcedência da autuação, em razão dos documentos anexados na defesa.

Na sessão de Julgamento realizada em 24 de junho de 2021 foi observado que não foi dada ciência a autuante da manifestação do autuado, discordando das suas conclusões. Por esta razão p processo foi convertido em diligência para que a autuante se pronunciasse em relação aos questionamentos trazidos pelo defendente e se fosse o caso, elaborasse novas planilhas e demonstrativo de débito, indicando os valores remanescentes se houvesse.

Às fls. 164 foi anexada petição do contribuinte dirigida à Sra. Coordenadora, “Adeline e equipe”, desta SEFAZ, informando estar encaminhando documentos relativos à Impugnação Administrativa protocolada no dia 16/02/2021, justificando que, não foi enviado via “e-mail” conforme orientado pela Carta de Serviços desta Secretaria, por se tratar de vultuosa quantidade e tamanho de documentos.

As fls. 173 a 175 consta manifestação da autuante onde diz que a impugnante alega que não é possível saber, assertivamente, a razão da não anexação dos documentos à impugnação ao presente PAF. Isso porque, os referidos documentos foram entregues.

Informa que no respectivo PAF existe apenas um processo (folhas 106 a 117), anexado após a primeira informação fiscal (folhas 89 a 103). Mesmo assim neste processo não consta mídia, apenas uma imagem de uma mídia de outro AI – 274068.0029/20-0 (folhas 112).

A defendente argui que a fiscalização não é clara ao mencionar quais documentos já teriam sido fornecidos no e-mail de 28/08/2020. Porém não tem cabimento, uma vez que o referido e-mail foi enviado pela própria MAKRO, conforme folhas 6 e 7. O referido e-mail também consta da mídia

das folhas 15, cuja cópia foi entregue ao contribuinte conforme folhas 19.

Informa que apenas durante a execução da diligência foi que a fiscalização teve acesso aos documentos (folhas 163 a 167). Observa que o protocolo de entrega é datado de 15/09/2021 (folhas 163), após a primeira informação fiscal de 18/03/2021 e as folhas dos documentos (folhas 163 a 167) estão posteriores as folhas do pedido de diligência, folhas 162.

No que diz respeito ao pedido de nulidade do respectivo PAF em virtude de cerceamento de defesa, pois a fiscalização não examinou a documentação, não houve cerceamento de defesa. A fiscalização não teve acesso a documentação. Uma vez que a documentação foi posteriormente enviada, aí sim, a análise pôde ser realizada.

Assim diz que a impugnante anexou documentos dos meses de dezembro de 2017, abril, julho, agosto, setembro, outubro e novembro de 2018. Apenas os documentos de dezembro de 2017 são objeto da autuação. Os meses de abril, julho, agosto, setembro, outubro e novembro de 2018 não fazem parte do Anexo 4. O mês de dezembro de 2017 está em dois arquivos:

1 - arquivo Doc. 03 - 12.2017 (1)_compressed

Os DAE das folhas 14, 15, 30, 37, 56, 61, 65, 75, 85, 91, 103, 106, 113, 114, 117, 124, 141 já constam do Anexo 1.

Os DAE das folhas 24, 29, 43, 48, 54, 69, 134 têm a receita 1145 – ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, que não é objeto deste PAF.

O DAE das folhas 52, refere-se a NF-e 138522, folhas 53, de coxa e sobre coxa congelada, portanto trata-se da receita 1145 – ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, que não é objeto deste PAF.

O DAE das folhas 33, refere-se a NF-e 897272, com fato gerador em novembro.

O DAE das folhas 127, refere-se a NF-e 230893, com fato gerador em novembro.

O DAE das folhas 135, refere-se as NF-e 1088643 e 1088644, com fato gerador em novembro.

Os DAE de receita 1145 – ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA não podem incorporar o valor da Antecipação Parcial, além do mais estes DAE foram objeto da rotina de Antecipação Total, que foi objeto do AI 274068.0029/20-0.

2 - Doc. 03 - 12.2017 (2)_compressed

O DAE das folhas 8, refere-se as NF-e 441295, 441354 e 442217, com fato gerador em novembro.

O DAE das folhas 18 e de outra filial, com IE: 27.295.249.

Os DAE das folhas 20 e 25 já constam do Anexo 1.

Informa que a impugnante perdeu o credenciamento para pagar o ICMS de Antecipação Parcial no dia 25 do mês subsequente ao fato gerado. Desta forma sempre que passava no posto fiscal sem o DAE recolhido era autuado. Através do e-mail do dia 28-08-2020 a empresa informou quais documentos formavam o valor lançado em cada mês. Os DAE apresentados como sendo de dezembro de 2017, são os mesmos documentos do e-mail do dia 28-08-2020. Portanto os documentos apresentados já haviam sido examinados.

Após o levantamento da inconsistência a empresa foi comunicada através do e-mail das folhas 5 e justificou apresentando documentação através de e-mail de 28/08/2020, conforme folhas 6 e 7. Estes documentos foram analisados e o valor remanescente foi cobrado através da infração 1. Os documentos apresentados na defesa são os mesmos que foram enviados por e-mail do dia 28/08/2020, folhas 6 e 7. Portanto não houve cerceamento de defesa e informa não haver correção a ser realizada.

Mediante as considerações apresentadas, mantém a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário apurado na infração, visando salvaguardar os interesses públicos, esperando dos membros deste Egrégio Colégio um julgamento exemplar pela procedência parcial do

presente auto.

O autuado foi cientificado e se manifesta às fls. 181 às fls. 180 inicialmente transcrevendo o teor da infração e em seguida transcreve a afirmativa da autuante de que a Impugnante: “*sempre que passava no posto fiscal sem o DAE recolhido era autuado*”. No entanto, tal como aduzido em sua própria manifestação, foram apresentados os respectivos DAEs e comprovantes de pagamento, o que não justifica o presente lançamento.

Assim, considerando que a referida exigência é manifestamente ilegítima, em razão de nulidade, e improcedente também no mérito, tal como demonstram os documentos anexados à Impugnação e suas manifestações, suscita e requer seja julgado integralmente improcedente o AIIM, seja em razão das nulidades já apontadas, seja pela insubsistência da suposta infração cometida, reiterando todas as argumentações e petições já apresentadas aos autos.

A autuante se pronuncia às fls.185 a 186, rechaçando a alegação da impugnante de que os DAE e comprovantes de pagamento objetos da diligência foram apresentados, o que seria suficiente para elidir a infração, pois como demonstrado na diligência, folhas 173 a 175, muitos DAE apresentados se referem a operações que não são objeto desta autuação. Já os documentos que têm relação com a infração já foram considerados nos cálculos. Sendo assim, ficou comprovado o valor lançado a crédito a maior do que foi pago.

Com relação as demais alegações, estas já foram contestadas anteriormente e ratifica a informação fiscal, folhas 89 a 102, e a diligência, folhas 172 a 175.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Drª Sâmia Ali Salman, OAB/SP nº 418.584, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

A acusação objeto do presente lançamento está assim descrita: “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito fiscal*”

Foi acrescentado que: “*O contruínbuente lançou no REGISTROS FRISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS – OPERAÇÕES PRÓPRIAS , no campo DEMONSTRATIVO DO VALOR TOTAL DOS AJUSTES A CRÉDITO, com a descrição ANTECIPAÇÃO PARCIAL DECRETO Nº 8.969/04, valor superior ao recolhido.*”.

De acordo com os documentos acostados aos autos e informações inseridas no Auto de Infração no campo “Descrição dos Fatos” constato que a infração é decorrente da divergência entre os valores dos créditos fiscais lançados na escrita fiscal a título de “Antecipação Parcial” e o efetivamente recolhido.

Não acolho os argumentos defensivos relacionados ao pedido de nulidade do Auto de Infração visto que as acusações estão postas de maneira clara, sendo possível identificar os fatos que ensejaram a autuação; o sujeito passivo; a base de cálculo; a alíquota aplicada; o montante do débito. O enquadramento legal da infração e respectiva penalidade foram feitos em conformidade com as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Ademais, constato que a infração encontra-se devidamente demonstradas de forma analítica, cujas planilhas elaboradas contêm diversas informações, tais como data, valor do DAE, nota do respectivo DAE, valor do crédito lançado, e todas as informações necessárias para a demonstração das infrações. As mesmas foram entregues ao autuado, conforme atesta o Aviso de Recebimento – AR, assinado pelo preposto da empresa, conforme atesta o documento de fl. 20.

Quanto à arguição de nulidade por ilegalidade da presunção como meio de prova, também não há como prosperar, pois não se trata de presunção. A Fiscalização embasada na legislação do ICMS e efetuado o confronto entre os créditos lançados no livro RAICMS, sob a rubrica ANTECIPAÇÃO

PARCIAL DECRETO Nº 8.969/04, e os valores efetivamente recolhidos apontou diferenças, caracterizando crédito utilizado a maior, conforme demonstrativos que anexou aos autos.

O referido demonstrativo foi objeto de retificação por parte do autuante em sua Informação Fiscal, em razão de argumentações trazidas na peça defensiva, resultando na alteração do débito a ser exigido, conforme documentos anexados às fls. 96 a 102.

Dita intervenção foi motivo de arguição de nulidade da ação fiscal por parte do impugnante que fincou dois argumentos:

No primeiro, afirma que as alterações foram promovidas através de documentos que não foram anexados ao PAF.

Tal argumento não pode ser acatado pois apesar de não constar fisicamente os comprovantes de recolhimentos considerados, na referida planilha denominada ANEXO 4 - DEMONSTRATIVO DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL LANÇADO MAIOR QUE O RECOLHIDO – 2018 – DILIGENCIA, fls. 96 a 102 constam os dados necessários para sua identificação, como: Data, COD e descrição da Receita, valor e número do DAE, sendo que ditas informações foram coletadas através dos documentos apresentados pelo próprio contribuinte através de e-mail enviado para fiscalização em 28/08/2020, conforme esclarecimentos prestados pela autuante à fl. 94.

O segundo argumento apresentado pelo impugnante é de que as correções importam em alteração de critério jurídico, entretanto, constato que no presente caso trata-se de incorreção no cálculo do imposto, e não na metodologia aplicada, incorreção está perfeitamente sanável, conforme disposto no § 1º do art. 18 do RPAF/BA:

Art. 18. São nulos:

[...]

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Ao autuado foi dada ciência do saneamento realizado, momento em que se manifestou.

Ultrapassadas as arguições de nulidades apresentadas passo a análise do mérito.

Inicialmente, em relação ao argumento defensivo de que não houve intimação prévia para esclarecimentos a respeito de eventuais indícios de irregularidades, como bem pontuado pela autuante tal procedimento não foi adotado por inexistência de previsão legal.

Quanto a afirmativa de que as mercadorias foram tributadas e que houve o recolhimento do imposto nas respectivas saídas verifico que de acordo com esclarecimentos prestados pela autuante na Informação Fiscal e verificações no demonstrativo que deu sustentação ao presente lançamento a auditoria se refere a utilização de crédito a maior do que o recolhido a título de Antecipação Parcial.

A metodologia adotada foi a de analisar os lançamentos nos REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS-OPERAÇÃO PRÓPRAS, no campo DEMONSTRAÇÃO DO VALOR TOTAL DOS AJUSTES A CRÉDITO, com a descrição ANTECIPAÇÃO PARCIAL DECRETO Nº 8.969/04 e os DAE.

Ocorre que ao verificar os demonstrativos iniciais que deram suporte ao lançamento, exercício de 2018, verifico ter havido um equívoco por parte da fiscalização pois os valores recolhidos informados como RECEITA - ANTECIPAÇÃO PARCIAL, no referido demonstrativo, nos meses objeto do presente lançamento, foram superiores aos lançados na escrita fiscal, ou seja, os créditos tomados pelo contribuinte foram inferiores aos recolhidos, conforme a seguir demonstrado:

MÊS	RECEITA TOTAL	LANÇAMENTO	DIFERENÇA
abr/18	283.472,12	280.846,06	2.626,06
jul/18	265.433,33	243.306,79	22.126,54
ago/18	369.853,70	364.215,61	5.638,09
set/18	194.434,36	184.600,67	9.833,69
out/18	265.433,33	243.306,79	22.126,54
nov/18	268.432,45	227.278,28	41.154,17

Observo inclusive que já na Informação Fiscal a autuante informou ter havido erros sistêmicos e elaborou novo demonstrativo, denominado ANEXO 4 - DEMONSTRATIVO DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL LANÇADO MAIOR QUE O RECOLHIDOP – 2018 – DILIGENCIA, fls. 96 a 102, onde não mais apurou-se diferenças nos meses anteriormente citados: abril, julho, agosto, setembro, outubro e novembro de 2018.

Observo que na referida planilha constam valores devidos para os meses de janeiro, fevereiro, março, maio, junho e dezembro de 2018, sendo que os referidos períodos não constam no presente Auto de infração. Como neste momento não se pode incluir meses que não foram objeto do lançamento inicial, remanesce apenas o valor de R\$ 44.480,67, relativo ao mês de dezembro de 2017 por restar comprovado que o valor lançado na escrita fiscal a título de CRÉDITO-ANTECIPAÇÃO PARCIAL DECRETO Nº 8.969/04 no valor de R\$ 322.205,33 é superior aos recolhimentos efetuados, no valor de R\$ 277.724,66, conforme demonstrado na planilha de fl. 08.

No que tange à arguição de desproporcionalidade, do caráter confiscatório e de inconstitucionalidade da multa, saliento que a multa aplicada, encontra-se prevista no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, não cabendo a este órgão julgador administrativo a apreciação de questões relacionadas à constitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF-BA.

Quanto ao pedido de dispensa da multa de 60%, cumpre observar que, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, este Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para tal apreciação.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 44.480,67, referente a exigência do mês de dezembro de 2017.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **274068.0028/20-4**, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 44.480,67**, acrescido da multa de 60%, prevista Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões CONSEF, 08 de junho de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR