

PROCESSO - A. I. Nº 274068.0009/14-5
RECORRENTE - MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0225-05/14
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 13/05/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0100-11/15

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Não apresentado argumentos e provas capazes de modificar a Decisão, que fica mantida. **b)** OMISSÕES DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **b1)** RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO; **b2)** REPONSÁVEL POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Exigência fiscal com suporte em levantamento quantitativo de estoques, cujos demonstrativos foram elaborados com base de dados da própria escrita fiscal do contribuinte. Imposto exigido na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal e do imposto devido por antecipação tributária por se tratar de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária. Reapresentadas as alegações da defesa, sem fazer se acompanhar de qualquer prova ou fato novo. Argumentos recursais incapazes de modificar a Decisão recorrida. Rejeitadas as nulidades suscitadas. Indeferido o pedido de realização de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA, contra a Decisão proferida pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, consubstanciada no Acórdão JJF nº 0225-05/14, que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 05/06/14, reclamando ICMS no valor de R\$616.225,09, relativo as seguintes infrações:

- 1. Falta de recolhimento do imposto relativa à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas, conforme Anexos 1, 2, 3, 4, 5 e 6 - R\$257.589,39. Multa de 100%.*
- 2. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, conforme Anexos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8 - R\$295.728,89. Multa de 100%.*
- 3. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado - R\$62.906,81. Multa de 60%.*

Na Decisão proferida a 5ª JJF, inicialmente afastou a nulidade suscitada sob o argumento de falta de obediência ao devido processo legal e cerceamento do direito de defesa, fundamentando que a descrição dos fatos, capitulação legal, se coaduna com o roteiro de auditoria de levantamento de estoque e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática, conforme demonstrativos acostados às fls. 7 a 30 (CD às fls. 31 e 32), que culminou nas infrações apontadas, em consonância com a orientação contida na Portaria 445/98, com detalhamento das entradas, saídas, identificação dos estoques, preço médio, inclusive entrega dos demonstrativos a empresa antes da autuação, sem que houvesse qualquer manifestação.

Indeferiu o pedido de realização de diligência com objetivo de comprovar a regularidade dos procedimentos fiscais e contábeis, por entender que os elementos existentes no processo eram suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, bem como da disponibilidade da documentação pelo sujeito passivo para fazer prova das infrações (art. 147, I, “a” do RPAF/99).

No mérito apreciou que:

No que diz respeito ao exame central do mérito em especial os demonstrativos do levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, constato que, conforme já alinhado, os procedimentos estão em consonância com o previsto pela Portaria nº 445/98, em particular quanto ao critério de unidade e descrição do produto tanto na escrituração do livro Registro de Inventário como na descrição nas Notas Fiscais tanto de Entradas como de Saídas, a única documentação juntada pelo impugnante foi a impressão dos anexos 1 a 8, sem apresentação de notas fiscais, documentos contábeis ou novos demonstrativos, portanto sem oferecer elementos concretos que indiquem a necessidade de se alterar o levantamento de estoque efetuado pela autuante.

Quanto à alegação de que deu entrada de mercadorias, Achocolatados Nescau 400G, em caixa e deu saídas em embalagens menores, não procede, pois a legislação tributária obriga o contribuinte identificar cada mercadoria com código e unidade específicos, sendo o mesmo para entradas e saídas do estabelecimento, e isso o autuado faz como discriminado no Registro 75 do SINTEGRA do arquivo magnético, retrato de seu movimento comercial que elaborou e transmitiu à SEFAZ.

Assim, como se trata de alegações sem a devida comprovação e não tendo o sujeito passivo demonstrado a objetiva existência de equívoco cometido pelo autuante, entendo insuficientes as razões de defesa para elidir as acusações fiscais, as quais estão fundamentadas em demonstrativos onde constam números apurados na própria escrita do contribuinte, dos quais cópias foram entregues ao autuado.

No que alude especificamente à infração 2, houve sim uma alteração de código da infração e não cancelamento como afirma o autuado, no qual foi mantido demonstrativos, valor, enquadramento e multa aplicada. Foi feita a impressão do auto com o código correto da infração 2 e foi dada ciência ao contribuinte, com reabertura do prazo de defesa. Assim, não há qualquer violação aos artigos 145 e 149 do CTN, muito pelo contrário foi efetuada uma correção no código da infração em lume após a impugnação com a devida reabertura do prazo de defesa e posterior manifestação do sujeito passivo atacando as questões de mérito, sem que lhe suprimisse qualquer dos seus direitos ou mesmo mitigasse a sua compreensão da infração imposta, preservando o amplo direito de defesa e o contraditório do impugnante, como efetivamente pode fazê-lo em dois momentos distintos.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7ª edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissor que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Quanto ao pleito de redução das multas, não cabe competência a essa unidade fracionária do CONSEF e sim a Câmara Superior na forma do art. 159 e 169 do RFPAF/BA.

O exame das questões de mérito trazidas pelo autuado, em relação às infrações 1, 2 e 3, foram, basicamente, em torno do levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, razão pela qual não distinguir as infrações para análise das questões defensivas trazidas aos autos.

Cabe, ainda, alinhar que o presente lançamento de ofício, em nenhuma de suas infrações, se amparou em presunções e sim no levantamento de estoque que apurou omissões de saídas e registrou omissões de entradas, em relação às quais foi imputada a solidariedade pelas aquisições sem notas fiscais, não cabendo tal alegação, pois nem mesmo se tratou, na presente autuação, das presunções legais constantes do art. 4º, § 4º da Lei nº 7014/96.

Diante do exposto voto pela PROCEDÊNCIA das infrações 1, 2 e 3, portanto, do Auto de Infração.

No que tange ao argumento de que as multas aplicadas de 60% e 100% são desproporcionais e confiscatórias, observo que as mesmas são previstas no art. 42, II, e III da Lei 7.014/96, portanto é legal. Além disso, conforme indicado no Demonstrativo do Débito (fls. 5/7), se atendido as condições estabelecidas no art. 45-A do mencionado diploma legal, as multas aplicadas podem ter redução de até 100%. De certa forma, a depender da atitude tomada pelo estabelecimento autuado perante a infração que lhe é imputada, pode não haver ônus da multa aplicada, ou ônus menor do que o indicado no Auto de Infração.

Com relação à alegação de que a multa de caráter confiscatório é inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I, do RPAF/BA (Dec.7.629/99), não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

No Recurso Voluntário interposto, (fls. 1481 a 1498), inicialmente ressalta a sua tempestividade, discorre sobre as infrações e diz que após a lavratura do Auto de Infração de nº 274068.0009/14-5 em 10/06/14 apresentou defesa em 07/07/14 e a fiscalização cancelaram o mencionado AI e lavraram outro com o mesmo número em 04/08/14, com alteração da infração 2, o que motivou a apresentação de nova defesa em 13/08/14, cujo julgamento lhe foi desfavorável.

Preliminarmente, requer declaração de nulidade do Auto de Infração, visto que a fiscalização procurou justificar o cancelamento e lavratura do primeiro, em razão da existência de erro na descrição da infração 2, visto que configura ato administrativo vinculado (art. 145 e 149 do CTN), o sujeito ativo não pode vir alterá-lo de forma irrestrita o que atenta contra a segurança jurídica.

Manifesta que a alteração superveniente da descrição da infração 2, mesmo que corrija um erro inicial, altera o critério jurídico anterior adotado, mesmo que mantido os dispositivos infringidos em razão de que prejudicou a defesa apresentada para comprovar sua improcedência.

Suscita a nulidade ainda, por entender que faltam clareza e precisão na descrição das infrações. Afirma que a descrição do fato gerador é sintética, faltam provas quanto a acusação de omissão no recolhimento de ICMS em decorrência de saída de mercadorias do estabelecimento sem emissão de documentos fiscais, tendo havido apenas uma comparação dos arquivos magnéticos com o registro de estoque, apurando divergências, que caracterizou como omissões sem exigir esclarecimentos, o que implica em cerceamento do direito de defesa, a exemplo da Decisão contida no RESp 48.516/SP do STJ (art. 5º, LV da CF 88).

Suscita nulidade do Acórdão JF 0225-05/14, sob o argumento de cerceamento do direito de defesa, afirmando que os documentos juntados aos autos não foram analisados e foi indeferido a diligência fiscal para comprovar o direito que alegou, solicitando que após a declaração da nulidade os autos retornem a primeira instância para proferir nova Decisão.

No mérito, com relação às infrações 1, 2 e 3, reapresentou os argumentos da defesa inicial quais sejam:

1. Erro no levantamento fiscal, por não considerar alteração das embalagens: Exerce atividade de atacadista, adquirindo produtos em grandes quantidades e revende com a mesma embalagem, a exemplo de achocolatados, detergentes, lãs de aço e óleo de soja, que são ou revendido com embalagem de menor quantidade do produto. Afirma que a fiscalização ao verificar o arquivo magnético apenas notaram divergência entre entradas e saídas, a exemplo da entrada de “Achocolatado Nescau 400G - CX”, em caixas contendo diversas unidades, sob o código 064922 e comercialização em unidades do “Achocolatado Nescau 400G”, em embalagens menores individuais sob o código 064883. Afirma que estes produtos, por possuírem menor tamanho acarretaram em divergência se comparados com os produtos adquiridos na entrada, conforme planilhas anexas (docs. nºs 08 a 15). Afirma que para identificar esta situação, bastava que a fiscalização intimasse a empresa para prestar esclarecimentos, o que comprovaria a regularidade das saídas registradas. E da mesma forma, as infrações 2 e 3, no que se refere a condição de responsável solidário e do ICMS exigido por substituição tributária. Reitera o pedido de conversão do julgamento em diligência, para análise de todas as notas fiscais a fim de comprovar a inexistência de divergência entre a quantidade de mercadorias adquiridas e comercializadas.

2. Impossibilidade de constituir crédito tributário pautado em mera presunção. Entende que para efetivação do lançamento de ofício a autoridade fiscal dever analisar todos os documentos necessários à minuciosa verificação dos fatos alegados na autuação, intimar para prestar esclarecimentos a respeito de eventuais indícios de irregularidades constatadas, o que não ocorreu, a exemplo das saídas de embalagens menores. Alega que o lançamento foi pautado em indícios, valendo-se de presunção, o que configura levantamento superficial e genérico, sem considerar as alterações do estoque de mercadorias. Afirmar que houve inversão do ônus das provas, violando os princípios constitucionais do contraditório e da presunção de inocência até prova em contrário. Discorre sobre a doutrina e jurisprudência (DRT 12-3095/91; DRT 7-25/87 TIT/SP) e requer o cancelamento exigência fiscal baseada em presunções.
3. Quanto às multas aplicadas, alega serem abusivas e inconstitucionais (multa de 100% e de 60%) o que configura manifesta inconstitucionalidade por ofensa aos artigos 37 e 150, IV, da CF/88. Afirmar que mesmo não havendo motivos para a manutenção da obrigação principal supostamente descumprida, deve ser também afastada as multas aplicadas, ao teor do disposto no art. 3º do CTN, por ser uma prestação pecuniária que não constitui sanção por ato ilícito e não pode ser utilizado para punir como instrumento de arrecadação disfarçado. Colaciona decisões proferidas por Tribunais Superiores (RE 523.471; RE 523471 AgR). Requer o afastamento das multas aplicadas por serem desproporcionais às infrações sob pena de violação ao art. 150, IV, da CF/88, ou, ao menos seja ela reduzida a percentuais condizentes com o entendimento exarado pelo STF.

Conclui requerendo o Provimento do Recurso de acordo com as razões expostas.

A PGE/PROFIS no Parecer às fls. 1518/1521, inicialmente discorre sobre as infrações e ressalta que em linhas gerais o recorrente repete os argumentos alinhavados na defesa, que foram refutados na Decisão proferida, afastando as nulidades suscitadas.

Ressalta que com relação a infração 2, o que ocorreu de fato foi a impressão de uma via corrigida com descrição apropriada, mas não houve cancelamento do lançamento como alegado, ao teor do art. 142 do CTN. Destaca o princípio da verdade material e do informalismo preconizado no Processo Administrativo Fiscal, nos termos do art. 18, §2º do RPAF/BA, no que se referem o atingimento da finalidade do ato.

No mérito, quanto à infração 1 diz que conforme apreciado na Decisão da primeira instância, o sujeito passivo juntou apenas os demonstrativos que dão suporte a autuação, sem apresentar qualquer elemento que fizessem prova concreta para alterar o lançamento. Da mesma forma, com relação às infrações 2 e 3, houve apenas simples negativa de cometimento da infração, o que não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção e legitimidade do lançamento.

No que se refere ao caráter confiscatório das multas, diz que diante das inconsistências apuradas pela fiscalização a multa se coaduna com as infrações e não cabe ao julgador apreciar a sua inconstitucionalidade (art. 167 do RPAF/BA). Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

No Recurso Voluntário interposto, o recorrente suscitou a nulidade do Auto de Infração argumentando que houve o cancelamento após a sua lavratura, tendo sido lavrado outro, com alteração da infração 2, o que causou prejuízo da defesa.

Observe que este argumento foi apresentado na defesa e foi apreciado na Decisão proferida pela 5ª JF, fundamentando que não houve cancelamento e sim uma alteração de código da infração 2.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que no Anexo 7 (fls. 24 a 26), foi apurado omissão de entrada de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o que enseja exigência do ICMS na condição de responsável solidário (art. 39, V do RICMS/97) e no Anexo 8 (fls. 27/29), foi adicionado a MVA sobre o valor das mercadorias adquiridas e apurado o ICMS devido por antecipação como indicado na infração 3.

Ocorre que no Auto de Infração (fl. 1) foi descrito na infração 2, que o imposto foi exigido em função do valor acrescido (04.05.09), ao invés do imposto devido na condição de responsável solidário (04.05.08). Com a apresentação da defesa (fls. 401 a 1051), o autuantes reimprimiram o Auto de Infração, corrigindo a descrição da infração 2, como de falta de recolhimento do ICMS na condição de responsável solidário (04.05.08) com base no mesmo demonstrativo original e valor exigido, tendo na justificativa ao verso da fl. 1056 detalhado que alterou o código da infração.

O Contribuinte foi notificado das alterações procedidas em 04/08/14 (fl. 1054), tendo a autuante sugerido a reabertura do prazo de defesa (fls. 1056 e 1060) e o sujeito passivo após cientificado, apresentado nova defesa em 13/08/14 (fls. 1062 a 1077).

Pelo exposto, restou comprovado que no momento da lavratura do Auto de Infração foi grafado a mesma descrição nas infrações 2 e 3 (04.05.09), o que foi corrigido para se adequar a realidade dos fatos, ou seja, descrição da infração como de falta de recolhimento na condição de responsável solidário (04.08.09) na infração 2 e mantida a descrição correta da infração 3 (04.05.09), relativo ao valor acrescido (ICMS-ST), relativo as omissões da infração 2.

Dessa forma, como apreciado na Decisão da primeira instância, entendo que corrigida a descrição da infração, mantendo os demonstrativos originais, valor, enquadramento e multa aplicada, cuja ciência foi feita a contribuinte da correção da descrição e do código correto da infração 2, com reabertura do prazo de defesa, esse procedimento encontra-se em conformidade com o disposto no artigo 145, III combinado com o art. 149 do CTN. Considero que neste caso, os procedimentos adotados pela administração tributária não causaram prejuízos ao exercício da defesa e do contraditório, visto que foram concedidos dois prazos distintos para impugnar o lançamento.

Quanto à nulidade suscitada sob o argumento de falta de clareza e precisão na descrição das infrações, verifico que todas as três infrações contidas na autuação decorreram de levantamento quantitativo de estoque de mercadorias. Este roteiro de auditoria é amplamente aplicado pelo Fisco, fazendo se acompanhar de demonstrativos com indicação das quantidades dos estoques (inicial e final), entradas e saídas de mercadorias consignadas em documentos fiscais, escriturado no livro de Registro de Inventário e nos livros de Registro de Entrada e de Saída de Mercadorias. Além disso, a Portaria nº 445/98 detalha os procedimentos a serem adotados e tipifica as infrações resultantes o que facilita compreender as infrações consignadas na autuação. Por isso, não acolho o argumento de que a descrição do fato gerador é sintética e faltam provas da acusação, não havendo o invocado cerceamento do direito de defesa.

No que se refere ao pedido de declaração de nulidade do Acórdão JJF 0225-05/14, sob o argumento de cerceamento do direito de defesa por indeferir a diligência fiscal requerida, observo que o deferimento ou indeferimento da diligência é uma faculdade do relator cuja Decisão é da Junta de Julgamento, ao teor do art. 147 do RPAF/BA. Na situação presente, em se tratando de aplicação do roteiro de auditoria de estoques, o contribuinte tem possibilidade de identificar quantidades incorretas nos demonstrativos elaborados pela fiscalização e comprovar mediante juntada de documento fiscal (nota fiscal, cupom, inventários, etc.). Portanto, fica rejeitada a solicitação da declaração de nulidade da Decisão ora recorrida. Quanto às provas juntadas aos autos, trata-se de questão de mérito que será analisada em seguida.

Com relação ao pedido de realização de diligência fiscal, verifico que o sujeito passivo requer que seja feito uma análise de “todas as notas fiscais” e “seus documentos fiscais e contábeis”, para comprovar a regularidade dos procedimentos adotados.

Em se tratando de infrações (1, 2 e 3) decorrentes de levantamento quantitativo de estoques, os demonstrativos elaborados pela fiscalização indicam quantidades que foram registradas no livro Registro de Inventário (inicial e final) e consignadas nos documentos fiscais de entrada e de saídas, devidamente registrados nos livros fiscais de Registro de Entrada e de Saída. Portanto, sendo o recorrente detentor dos livros e documentos fiscais que escriturou, uma vez identificado inconsistências no levantamento fiscal poderia juntar demonstrativos próprios e cópia de documentos para fazer prova de suas alegações.

Por isso, fica indeferido o pedido de realização de diligência, dado que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento do julgador, bem como por ser destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos de posse do recorrente, cuja prova ou sua cópia poderia ter sido por ele juntada aos autos (art. 147, I, “a” e “b” do RPAF/BA).

No mérito, quanto às infrações 1, 2 e 3, foram reapresentados os argumentos defensivos:

- A) O levantamento fiscal não considerou entradas de produtos em caixas e saídas em unidades, conforme planilhas anexas;
- B) O lançamento foi constituído com base em presunção, sem solicitar comprovação para esclarecer os indícios de irregularidades constatados;
- C) As multas aplicadas são abusivas e inconstitucionais. Requer cancelamento ou redução a percentuais condizentes com o entendimento exarado pelo STF.

Com relação ao primeiro argumento, a Decisão da primeira instância fundamentou que os demonstrativos do levantamento quantitativo por espécie de mercadorias foram elaborados em conformidade com o disposto na Portaria nº 445/98. E que, com relação ao produto achocolatados Nescau 400G, que tiverem entradas em caixa e saídas em embalagens menores, não procede, a alegação, visto que a legislação tributária obriga o contribuinte a identificar cada mercadoria com código e unidade específicas.

Observe que, com relação ao produto que o recorrente citou a título de exemplo, o achocolatado Nescau 400G - CX, constato que no demonstrativo sintético (Anexo 1 à fl. 7) e livro Registro de Inventário à fl. 11 (Anexo 2) e levantamento analítico das entradas e das saídas contida no CD à fl. 31, identifica levantamento fiscal do produto em caixas com código 064922.

Por sua vez, a primeira instância fundamentou na sua Decisão que a impressão dos anexos 1 a 8, juntados com a defesa (fls. 1080 a 1106), não fazem provas capazes de elidir as infrações.

No Recurso interposto contra a Decisão da 5ª JJE, o sujeito passivo reapresenta o mesmo argumento, afirmando que as provas foram juntadas com a defesa nos Anexos 11 a 18. Verifico que os citados Anexos (fls. 1125 a 1444) são cópias impressas dos demonstrativos elaborados pela fiscalização que foram gravados no CD à fl. 31 e entregue ao contribuinte.

Pelo exposto, considerando que o levantamento fiscal restringiu-se ao produto achocolatado Nescau em caixas com o código 064922, não acolho a alegação defensiva de que não foram consideradas as saídas em embalagens menores com o código 064883. Em primeiro lugar, a empresa ao dar entrada em caixas com um determinado código e desmembrado em unidades menores para dar saída, deveria emitir documentos fiscais para ajustar os estoques das mercadorias com os dois códigos. Caso, a empresa não tivesse adotado esse procedimento, após a autuação deveria elaborar levantamento fiscal próprio para demonstrar as quantidades saídas em embalagens menores, fazer a conversão em caixas na forma que foi adquirido para provar a existência de erro no levantamento fiscal. Como foi juntado com a defesa apenas cópias do levantamento fiscal, isso não faz prova capaz de elidir a infração.

No que se refere ao pedido de realização de diligência fiscal, para confirmar suas alegações, observe que nesta situação específica, o levantamento fiscal relaciona as quantidades adquiridas e que deram saídas por meio de documentos fiscais, e também dos Inventários (inicial e final) de cada exercício. Logo, sendo detentor dos documentos fiscais escriturados, cabe ao recorrente fazer prova quanto aos documentos fiscais emitidos, escriturados e que não foram computados no levantamento fiscal, mesmo porque o contribuinte é detentor das provas.

Como nada disso foi apresentado, fica mantida a Decisão pela Procedência da Infração 1.

No que se refere às infrações 2 e 3, foi apurado omissões de entrada de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, exigido ICMS na condição de responsável solidário (infração 2) e do ICMS devido por substituição tributária (infração 3).

O recorrente alega que o imposto foi exigido mediante presunção, o que não é admissível, conforme jurisprudência e doutrina colacionada ao Recurso.

Pela análise da descrição das infrações (fls. 1053 e 1054), a infração 2 acusa falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documentação fiscal. O demonstrativo sintético às fls. 24 a 26 (Anexo 7), relaciona as quantidades de mercadorias constantes dos estoques (inicial e final), entradas e saídas consignadas em documentos fiscais que resultou em volume de entradas superior ao das saídas de mercadorias, configurando a omissão de entrada.

Neste caso, o imposto está sendo exigido por meio de levantamento fiscal, por solidariedade, relativo às mercadorias adquiridas desacompanhadas de documento fiscal (art. 39 do RICMS/97) e não por meio de presunção como alegado.

No que se refere à infração 3, tomando como base o mesmo demonstrativo da infração 2, em se tratando de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, foi acrescido a Margem de Valor Agregado (MVA) e apurado o ICMS devido por antecipação (fls. 27 a 29 – Anexo 8), de responsabilidade do próprio sujeito passivo (art. 371 do RICMS/97). Da mesma forma, o imposto foi exigido por meio de levantamento fiscal e não por presunção como alegado.

Não tendo o recorrente apresentado provas capazes de elidir as infrações 2 e 3, implica em simples negativa do cometimento das infrações, o que perante ao disposto no art. 143 do RPAF/BA, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Pelo exposto, fica mantida a Decisão ora recorrida pela procedência destas infrações.

Por fim, no tocante à alegação de que as multas aplicadas com percentuais de 60% e 100%, são abusivas e confiscatórias, observo que também foi apreciado pela primeira instância e não merece reparo, ou seja, sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal e são previstas no artigo 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, portanto legal. Quanto ao caráter confiscatório, não cabe a sua apreciação por este órgão julgador administrativo, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/BA. Da mesma forma, em se tratando de descumprimento de obrigação principal, falece competência a esta Câmara de Julgamento Fiscal para apreciar o pedido de redução da multa decorrente de descumprimento de obrigação principal.

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 homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0009/14-5**, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$616.225,09**, acrescido das multas de 60% sobre R\$62.906,81 e 100% sobre R\$553.318,28, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

MARIA HELENA MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS