

PROCESSO - A. I. N° 274068.0008/15-7
RECORRENTE - MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0005-04/16
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26/12/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0244-12/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS COM ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO. As razões de defesa não são capazes de elidir a autuação. Infração subsistente. b) SAÍDAS SUBSEQUENTES EFETUADAS COM REDUÇÃO DO IMPOSTO. As razões de defesa não são capazes de elidir a autuação. Infração subsistente. c) FALTA DE EXIBIÇÃO, AO FISCO, DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO CRÉDITO FISCAL. As razões de defesa não são capazes de elidir a autuação. Infração subsistente. Indeferida a solicitação de diligência. Rejeitadas as preliminares de nulidade da Decisão recorrida e do Auto de Infração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência do presente Auto de Infração, lavrado em 24/09/15 para imputar ao contribuinte o cometimento de oito infrações, sendo objeto do Recurso apenas as imputações 3, 5 e 7, a seguir descritas:

INFRAÇÃO 3 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$130.984,61, referente a mercadorias adquiridas com o pagamento do imposto por antecipação tributária, no exercício de 2011 (ANEXO 2 - fls. 13/31);

INFRAÇÃO 5 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$17.169,83, referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, no exercício de 2011.

Consta que o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS de mercadoria com saída subsequente beneficiada com 100% da redução da base de cálculo (ANEXO 4 - fls. 33/39);

INFRAÇÃO 7 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$23.808,30, sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, no exercício de 2011 (ANEXO 6 - fls. 41/42).

A Junta de Julgamento dirimiu a lide com os seguintes fundamentos:

VOTO

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Ainda nesse contexto, observo que O Impugnante solicita diligência para análise de toda a documentação contábil-fiscal, a fim de comprovar a origem e o montante de créditos utilizados, objeto da ação fiscal, com isso afastar as infrações 3, 5 e 7, que dizem respeito ao uso de crédito indevido de ICMS. Neste ponto especificamente, destaco as disposições da alínea “b”, do art. 147, inciso I, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, em que orienta o indeferimento do pedido de diligência quando for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, o que não o fez.

Por outro lado, o IMPUGNANTE suscita a nulidade do Auto de Infração por cometimento de vícios formais na constituição do crédito tributário relacionados à "ausência de descrição clara e precisa das autuações", "falta de intimação para apresentar esclarecimentos" e "ilegalidade da presunção como meio de prova". Tais alegações não prosperam.

Como bem destaca a d. agente Fiscal, em sede de Informação Fiscal, nas fls. 2, 3 e 4 dos autos, têm-se as descrições das infrações, atendendo ao que dispõe o RPAF/BA, aprovado pelo decreto nº 7.629/99, onde se vê claramente a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, elementos básicos e fundamentais na constituição do crédito tributário. Nas fls. 13/14, têm-se o Anexo-2, que diz respeito ao levantamento da Infração 3; nas fls. 33/39, têm-se o Anexo-4, que se relaciona ao levantamento da Infração 5 e nas fls. 41/42, têm-se o Anexo-6, relativo ao levantamento da Infração 7; elementos estes que considero suficientes para a constituição do crédito tributário.

Nesse diapasão, a Impugnante argüi a falta de intimação, para apresentar esclarecimentos sobre os atos constitutivos das Infrações 3, 5 e 7, em que entende que a conduta correta seria intimá-lo para apresentar esclarecimentos, inclusive apresentar documentos para comprovar a origem e o montante dos créditos utilizados indevidamente na forma da acusação. Tal argüição, como bem destacado pela d. agente Fiscal, em sede de Informação Fiscal, é improcedente sua obrigatoriedade antes da constituição do crédito tributário, por quantum ser um ato discricionário do d. agente fiscal no desenvolvimento da ação fiscal, pois a fiscalização tem todo o acesso as informações fiscais do defendant – Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) e Escrita Fiscal Digital (EFD), nos limites da Lei; e, no caso específico, constatou que na escrita fiscal houve creditamento de documentos de itens, com a descrição clara que se enquadram em casos de substituição tributária, como "detergente em pó" e "peito de peru" (Infração 3), Anexo-2 (fls. 13/31); ou com 100% da redução da base de cálculo com "file de salmão", "sal moído" e outros (infração 5), Anexo 4 (fls. 33/39).

No caso da infração 7 (Anexo-6) às fls. 41/42 verificou que consta, na escrita fiscal, "crédito de NF-e sem chave" ou "com chave não autorizada", logo créditos inidôneos. Como são situações que não restam dúvida, não há a necessidade de solicitar explicações ao contribuinte. É assegurado sim, nos termos estabelecidos no art. 123, do RPAF/BA, aprovado pelo decreto nº 7.629/99, ao tomar ciência do Auto de Infração, o sujeito passivo tributário tem o direito de fazer a impugnação do lançamento, que o fez nos termos da legislação; porém sem apresentar qualquer documento, ou qualquer demonstrativo exemplificativo, para comprovar a assertividade do uso do crédito glosado pela fiscalização.

Sobre a alegação de que as infrações foram baseadas apenas em presunção e que a empresa deveria ser previamente intimada a prestar esclarecimentos a respeito de eventuais indícios, como bem destacou a d. agente Fiscal, em sede de Informação Fiscal, não houve presunção na constituição do crédito lançado pelas Infrações 3, 5 e 7, pois a fiscalização teve acesso as Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) e a Escrita Fiscal Digital (EFD) e fez a análise da documentação, com o desenvolvimento dos trabalhos do roteiro de fiscalização determinado pela autoridade tributaria competente. Neste sentido não há dúvida quanto ao ilícito levantado. Como são situações que não restam dúvida, não há a necessidade de solicitar explicações ao contribuinte. Desta forma, observo que não houve presunção na autuação, já que as infrações estão comprovadas. Caberia sim, ao sujeito passivo, em sede de defesa administrativa (art. 123 do RPAF/BA), o direito de fazer a impugnação do lançamento, com apresentação de elementos probantes, o que não o fez.

Por fim, sobre a proposição de nulidades da infração 4, de que foram desrespeitados o art. 142 do CTN (autuação baseadas apenas em indícios e presunções) e art. 5º, LIV e LV da CF (ausência da devida fundamentação e descrição dos elementos constitutivos do crédito tributário), também não pode prosperar, pois as infrações estão devidamente enquadradas no Auto de Infração. A Infração 3, enquadrada no art. 97, inc. IV, alínea "b" e art. 124; a Infração 5, enquadrada no art. 97, inc. I e art. 124; e a Infração 7, enquadrada nos arts. 91, 92 e 124, todos do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigentes à época dos fatos geradores; e multas assertivamente aplicadas na forma do art. 42, inc. VII, alínea "a", da Lei 7.014/96.

No mérito, o Auto de Infração reclama crédito tributário no valor total de R\$178.212,32, relativo a 8 (oito) infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, sendo as infrações 1, 2, 4, 6 e 8 plenamente acatadas e as infrações 3, 5 e 7 impugnadas, as quais serão o objeto da presente lide, já que as demais serão considerada procedentes pelo reconhecimento do defendant.

A Infração 3 diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$130.984,61, referente a mercadorias adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária, ANEXO-2 (fls. 13/31); a Infração 5 refere-se a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$17.169,83, referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, ANEXO 4 (fls. 33/39); e a Infração 7 relaciona a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$23.808,30, sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, ANEXO 6 (fl. 41/42).

Com tal, os lançamentos de ofício das Infrações 3, 5 e 7 contém elementos suficientes para determinar, com segurança, as infrações cometidas, com os levantamentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, a exemplo das Infrações 1, 2, 4, 6 e 8,

plenamente acatadas pelo defendant, por quantum não ter apresentado, em sede de defesa administrativa (art. 123 do RPAF/BA), impugnação de mérito dos lançamentos, com apresentação de quaisquer elementos probantes.

Há de se ressaltar que, nos termos do art. 140 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Portanto, em que pese o contribuinte ter apresentado várias razões de defesa em sede de preliminares de nulidades, todas rechaçadas pelos argumentos acima apresentados, considero que o conjunto de provas apresentado pelo d. agente Fiscal são suficientes para caracterizar o cometimento das Infrações 3, 5 e 7. Em sendo assim julgo subsistentes essas infrações.

Sobre o efeito confiscatório das multas aplicadas na autuação aventada pelo sujeito passivo, saliento que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de qualquer Decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA TOTAL do Auto de Infração, devendo homologar os valores recolhidos, conforme consta do extrato do SIGAT às fls. 145/148 dos autos.

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea "a" do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Ainda nesse contexto, observo que O Impugnante solicita diligência para análise de toda a documentação contábil-fiscal, a fim de comprovar a origem e o montante de créditos utilizados, objeto da ação fiscal, com isso afastar as infrações 3, 5 e 7, que dizem respeito ao uso de crédito indevido de ICMS. Neste ponto especificamente, destaco as disposições da alínea "b", do art. 147, inciso I, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, em que orienta o indeferimento do pedido de diligência quando for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, o que não o fez.

Por outro lado, o IMPUGNANTE suscita a nulidade do Auto de Infração por cometimento de vícios formais na constituição do crédito tributário relacionados à "ausência de descrição clara e precisa das autuações", "falta de intimação para apresentar esclarecimentos" e "ilegalidade da presunção como meio de prova". Tais alegações não prosperam.

Como bem destaca a d. agente Fiscal, em sede de Informação Fiscal, nas fls. 2, 3 e 4 dos autos, têm-se as descrições das infrações, atendendo ao que dispõe o RPAF/BA, aprovado pelo decreto nº 7.629/99, onde se vê claramente a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, elementos básicos e fundamentais na constituição do crédito tributário. Nas fls. 13/14, têm-se o Anexo-2, que diz respeito ao levantamento da Infração 3; nas fls. 33/39, têm-se o Anexo-4, que se relaciona ao levantamento da Infração 5 e nas fls. 41/42, têm-se o Anexo-6, relativo ao levantamento da Infração 7; elementos estes que considero suficientes para a constituição do crédito tributário.

Nesse diapasão, a Impugnante argüi a falta de intimação, para apresentar esclarecimentos sobre os atos constitutivos das Infrações 3, 5 e 7, em que entende que a conduta correta seria intimá-lo para apresentar esclarecimentos, inclusive apresentar documentos para comprovar a origem e o montante dos créditos utilizados indevidamente na forma da acusação. Tal argüição, como bem destacado pela d. agente Fiscal, em sede de Informação Fiscal, é improcedente sua obrigatoriedade antes da constituição do crédito tributário, por quantum ser um ato discricionário do d. agente fiscal no desenvolvimento da ação fiscal, pois a fiscalização tem todo o acesso as informações fiscais do defendant – Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) e Escrita Fiscal Digital (EFD), nos limites da Lei; e, no caso específico, constatou que na escrita fiscal houve creditamento de documentos de itens, com a descrição clara que se enquadram em casos de substituição tributária, como "detergente em pó" e "peito de peru" (Infração 3), Anexo-2 (fls. 13/31); ou com 100% da redução da base de cálculo com "file de salmão", "sal moído" e outros (infração 5), Anexo 4 (fls. 33/39).

No caso da infração 7 (Anexo-6) às fls. 41/42 verificou que consta, na escrita fiscal, "crédito de NF-e sem chave" ou "com chave não autorizada", logo créditos inidôneos. Como são situações que não restam dúvida, não há a necessidade de solicitar explicações ao contribuinte. É assegurado sim, nos termos estabelecidos no art. 123, do RPAF/BA, aprovado pelo decreto nº 7.629/99, ao tomar ciência do Auto de Infração, o sujeito passivo tributário tem o direito de fazer a impugnação do lançamento, que o fez nos termos da legislação; porém sem apresentar qualquer documento, ou qualquer demonstrativo exemplificativo, para comprovar a assertividade do uso do crédito glosado pela fiscalização.

Sobre a alegação de que as infrações foram baseadas apenas em presunção e que a empresa deveria ser

previamente intimada a prestar esclarecimentos a respeito de eventuais indícios, como bem destacou a d. agente Fiscal, em sede de Informação Fiscal, não houve presunção na constituição do crédito lançado pelas Infrações 3, 5 e 7, pois a fiscalização teve acesso as Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) e a Escrita Fiscal Digital (EFD) e fez a análise da documentação, com o desenvolvimento dos trabalhos do roteiro de fiscalização determinado pela autoridade tributária competente. Neste sentido não há dúvida quanto ao ilícito levantado. Como são situações que não restam dúvida, não há a necessidade de solicitar explicações ao contribuinte. Desta forma, observo que não houve presunção na autuação, já que as infrações estão comprovadas. Caberia sim, ao sujeito passivo, em sede de defesa administrativa (art. 123 do RPAF/BA), o direito de fazer a impugnação do lançamento, com apresentação de elementos probantes, o que não o fez.

Por fim, sobre a proposição de nulidades da infração 4, de que foram desrespeitados o art. 142 do CTN (autuação baseadas apenas em indícios e presunções) e art. 5º, LIV e LV da CF (ausência da devida fundamentação e descrição dos elementos constitutivos do crédito tributário), também não pode prosperar, pois as infrações estão devidamente enquadradas no Auto de Infração. A Infração 3, enquadrada no art. 97, inc. IV, alínea "b" e art. 124; a Infração 5, enquadrada no art. 97, inc. I e art. 124; e a Infração 7, enquadrada nos arts. 91, 92 e 124, todos do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigentes à época dos fatos geradores; e multas assertivamente aplicadas na forma do art. 42, inc. VII, alínea "a", da Lei 7.014/96.

No mérito, o Auto de Infração reclama crédito tributário no valor total de R\$178.212,32, relativo a 8 (oito) infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, sendo as infrações 1, 2, 4, 6 e 8 plenamente acatadas e as infrações 3, 5 e 7 impugnadas, as quais serão o objeto da presente lide, já que as demais serão considerada procedentes pelo reconhecimento do defendant.

A Infração 3 diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$130.984,61, referente a mercadorias adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária, ANEXO-2 (fls. 13/31); a Infração 5 refere-se a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$17.169,83, referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, ANEXO 4 (fls. 33/39); e a Infração 7 relaciona a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$23.808,30, sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, ANEXO 6 (fl. 41/42).

Com tal, os lançamentos de ofício das Infrações 3, 5 e 7 contém elementos suficientes para determinar, com segurança, as infrações cometidas, com os levantamentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, a exemplo das Infrações 1, 2, 4, 6 e 8, plenamente acatadas pelo defendant, por quantum não ter apresentado, em sede de defesa administrativa (art. 123 do RPAF/BA), impugnação de mérito dos lançamentos, com apresentação de quaisquer elementos probantes.

Há de se ressaltar que, nos termos do art. 140 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Portanto, em que pese o contribuinte ter apresentado várias razões de defesa em sede de preliminares de nulidades, todas rechaçadas pelos argumentos acima apresentados, considero que o conjunto de provas apresentado pelo d. agente Fiscal são suficientes para caracterizar o cometimento das Infrações 3, 5 e 7. Em sendo assim julgo subsistentes essas infrações.

Sobre o efeito confiscatório das multas aplicadas na autuação aventada pelo sujeito passivo, saliento que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de qualquer Decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA TOTAL do Auto de Infração, devendo homologar os valores recolhidos, conforme consta do extrato do SIGAT às fls. 145/148 dos autos.

O sujeito passivo, irresignado com a Decisão de primeira instância, interpôs Recurso Voluntário, suscitando, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração por ausência de descrição clara das acusações, já que, em seu entender, foi apresentada apenas uma motivação sintética sem apontar os “motivos que teriam sido apurados pela Fiscalização para infirmar a omissão no recolhimento de ICMS no exercício de 2010, muito menos a comprovação cabal de que as mercadorias indicadas teriam saído do estabelecimento do recorrente sem os documentos fiscais”, “dificultando a apresentação da Defesa por parte do recorrente”.

Acrescenta que “o método de apuração do tributo devido utilizado pelas Autoridades Fiscais foi simplesmente comparar os arquivos magnéticos do recorrente com o seu registro de estoque”, “contudo, a conduta correta a ser adotada pela Fiscalização seria intimar o recorrente a apresentar esclarecimentos, inclusive as Notas Fiscais de Saída devidamente emitidas e não lavrar um novo Auto de Infração em relação aos mesmos fatos geradores e com a mesma

numeração”.

Reitera que o Auto de Infração não indica que tipo de operação ensejou a suposta irregularidade e, diante desse fato, teve que se valer “*da parca descrição dos fatos contida no Auto de Infração lavrado como Recurso à compreensão das condutas que lhe foram imputadas*”.

Acrescenta que, por conta da ausência de descrição clara e precisa das autuações, houve cerceio ao contraditório e, ademais, “*a Fiscalização Estadual não poderia ter presumido que o recorrente utilizou créditos indevidamente, vez que tal alegação precisa ser apurada de forma precisa, sem a utilização de presunção, que é proibida em nosso ordenamento jurídico*”.

Entende que tal fato é suficiente para caracterizar violação ao artigo 142 do Código Tributário Nacional, ficando demonstrado que “*há de ser reconhecida a nulidade absoluta do lançamento referente às Infrações 3, 5 e 7, pois, tanto o seu teor como a sua instrução carecem da descrição dos elementos de fato que teriam ensejado a autuação, cerceando o direito de defesa do recorrente e infringindo os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV, da CF)*”.

Ad argumentandum, suscita também a nulidade da Decisão recorrida, por cerceamento ao seu direito de defesa, “*uma vez que os documentos trazidos aos autos não foram devidamente analisados, bem como pelo fato de ter sido indeferido o pedido de realização de diligência*”.

Alega que “*a realização de diligência é essencial para o correto deslinde do feito, uma vez que representa o único meio à disposição do recorrente para poder comprovar a origem e o montante de créditos utilizados*”, a partir da análise de seus “documentos contábeis” a fim de se apurar quais “*operações mercantis efetivamente ocorreram e ensejaram escrituração fiscal e os créditos aproveitados*”.

Afirma que a “*realização de diligência que viabilize a análise dos documentos trazidos aos autos – além daqueles que estão no estabelecimento autuado à disposição da Fiscalização – é medida indispensável a fim de se atestar a veracidade das alegações sustentadas pelo recorrente e ensejar o cancelamento integral do Auto de Infração e, sendo assim, não poderia ter sido indeferida pelo Acórdão JJF nº 0005-04/16, sob pena de evidente cerceamento do seu direito de defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, da CF*”.

Discorre sobre o princípio da verdade material que assegura “*o direito de apresentar novas provas a qualquer tempo e instância de julgamento, desde que antes que seja prolatada Decisão final, a fim de demonstrar a improcedência da exigência fiscal discutida*” e, por fim, requer a nulidade da Decisão de piso.

Apenas para fins de argumentação, aduz que a multa indicada é inconstitucional e “*totalmente desproporcional por ser idêntica à suposta infração cometida, importando em verdadeiro confisco*”. Transcreve a ementa de Decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito e requer o seu afastamento ou mesmo a sua redução “*a percentuais condizentes com o entendimento exarado pelo STF*”.

Finalmente, pede a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração e, subsidiariamente, a nulidade da Decisão de primeiro grau ou, ainda, o cancelamento ou a redução das penalidades.

Por fim, “*protesta novamente pela oportunidade intimação pessoal de seus advogados para que, por ocasião do julgamento, possam sustentar oralmente as razões do presente Recurso perante a Câmara de Julgamento do CONSEF, na forma do disposto no artigo 163 do RPAF*”.

A PGE/PROFIS, por meio do Dr. José Augusto Martins Junior, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, afastando as preliminares de nulidade do lançamento de ofício e da Decisão recorrida com a seguinte argumentação:

1. não houve imprecisão na descrição dos fatos restando claro que a autuação foi feita com base em demonstrativos sedimentados em informações prestadas pelo próprio autuado e, além disso, foi dada oportunidade para o exercício do contraditório e da ampla defesa;

2. as infrações sob debate referem-se a uso indevido de crédito fiscal, “*situação esta perfeitamente verificável pelas mercadorias comercializadas pelo recorrente, como testificado nos demonstrativos dos anexos 02, 03, 04 e 06*”;
3. é desnecessária a realização de diligência “*em face do princípio do livre convencimento dos julgadores lustrado nas provas carreadas aos autos*”.

Quanto ao mérito, aduz que as informações insertas nos arquivos magnéticos devem espelhar as informações constantes nos documentos fiscais do contribuinte e se há, realmente, algum descompasso, não restou demonstrado no apelo recursal.

Relativamente às multas, diz que a conduta praticada pelo recorrente se subsume perfeitamente ao tipo infracional previsto na Lei nº 7.014/96, não havendo como acatar a alegação de que possui caráter gravoso.

VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de realização de diligência formulado pelo recorrente, pois entendo que os elementos constantes dos autos são suficientes à formação do convencimento deste órgão de julgamento administrativo (acorde o artigo 147, inciso I, letra "a", do RPAF/99). Além disso, se há alguma prova ainda a ser apresentada, certamente é proveniente de documentos que o próprio sujeito passivo possui e, assim sendo, é dele o ônus de trazê-los aos autos, sendo inadequada, para tal finalidade, a diligência solicitada.

Constatou que o contribuinte foi acusado, nas infrações 3, 5 e 7, de ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS: (i) referente à aquisição de mercadorias com o pagamento do imposto por antecipação tributária; (ii) relativo à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com redução de 100% da base de cálculo do imposto; (iii) sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

O recorrente suscitou, preliminarmente, a nulidade da Decisão recorrida, por cerceamento ao seu direito de defesa, “*uma vez que os documentos trazidos aos autos não foram devidamente analisados, bem como pelo fato de ter sido indeferido o pedido de realização de diligência*”.

Ocorre que o contribuinte, em nenhum momento, apontou que documentos não teriam sido devidamente analisados pela Junta de Julgamento Fiscal. Ademais, entendo que a Decisão quanto ao deferimento, ou não, de pedido de diligência se insere no âmbito da competência dos julgadores administrativos, os quais devem formar o seu convencimento à vista das provas apensadas aos autos e diante da legislação posta.

Afastadas, portanto, as preliminares de nulidade da Decisão de piso.

Deixo de acatar também a preliminar de nulidade do Auto de Infração, haja vista que não ficou caracterizado o alegado cerceamento ao direito de defesa. Percebo que a descrição das imputações foi feita de forma clara, embora sem muito detalhamento, e fundamentadas nos demonstrativos anexados ao processo administrativo fiscal (Anexos 2, 4 e 6 – fls. 13 a 31; 33 a 39, 41 e 42), cujas cópias foram entregues ao autuado.

Acrescento que, em tais demonstrativos, foram relacionadas todas as notas fiscais, fornecedores, mercadorias, base de cálculo, alíquota e valor do ICMS devido etc, permitindo ao sujeito passivo conhecer o teor de tudo o que lhe está sendo imputado, não havendo, assim, nenhum prejuízo ao contraditório.

Há de se ressaltar, ainda, que, nas infrações objeto do apelo recursal, não foi lançado ICMS em razão realização de operações de saídas de mercadorias sem os documentos fiscais, como alegou o recorrente. As acusações fiscais se referem à falta de recolhimento do imposto em decorrência de utilização indevida de crédito, não havendo, portanto, correlação com a alegação recursal.

O mérito da autuação não foi abordado pelo recorrente que se limitou a alegar a

inconstitucionalidade das multas indicadas no Auto de Infração. A esse respeito, verifico que as penalidades estão previstas no artigo 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96 para os fatos infracionais apontados, não cabendo a este órgão julgador a apreciação de alegações relacionadas à inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do artigo 167, incisos I e III, do RPAF/99.

Saliento, por fim, que não há nenhum óbice a que as intimações também sejam dirigidas ao procurador do recorrente no endereço constante do Recurso Voluntário, entretanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, desde que as intimações do autuado acerca do processo sejam feitas em conformidade com o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

Por tudo quanto foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida em sua integralidade. Devem ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 274068.0008/15-7 lavrado contra **MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$178.212,32**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS