

A. I. Nº - 274068.0008/15-7
AUTUADO - MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 18.02.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0005-04/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Item reconhecido. **b)** MERCADORIAS COM ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO. Razões de defesa não são capazes de elidir a autuação. Infração subsistente. **c)** SAÍDAS SUBSEQÜENTES EFETUADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Item reconhecido. **d)** SAÍDAS SUBSEQÜENTES EFETUADAS COM REDUÇÃO DO IMPOSTO. Razões de defesa não são capazes de elidir a autuação. Infração subsistente. **e)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Item reconhecido. **f)** FALTA DE EXIBIÇÃO, AO FISCO, DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO CRÉDITO FISCAL. Razões de defesa não são capazes de elidir a autuação. Infração subsistente. **g)** BENS DO ATIVO PERMANENTE. VALORES APROPRIADOS SUPERIORES AO PERMITIDO NA LEGISLAÇÃO. Item reconhecido. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Item reconhecido. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 24/09/2015, objetiva constituir crédito tributário no valor de R\$178.212,32, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – 01.02.02 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$676,46, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, exercício de 2011.

Consta que o contribuinte deu entrada no estabelecimento do item 999998 – ARTIGO NÃO COMERCIALIZ/CADASTRADO e com CFOP 2.102 e se creditou de item não destinado a comercialização. Tudo conforme DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO E DIFAL - MERCADORIA USO E CONSUMO - ANEXO 1 (fls.11/12), que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

INFRAÇÃO 2 - 06.02.01 Deixou de recolher ICMS no valor de R\$756,43, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquirida de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, exercício de 2011.

Consta que o contribuinte deu entrada no estabelecimento do item 999998 – ARTIGO NÃO COMERCIALIZ/CADASTRADO e com CFOP 2.102 sem efetuar o pagamento de diferencial de alíquota. Tudo conforme DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO E DIFAL - MERCADORIA USO E CONSUMO - ANEXO 1 (fls. 11/12), que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

INFRAÇÃO 3 – 01.02.05 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$130.984,61, referente a mercadorias(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária no exercício de 2011.

Tudo conforme DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA COM ANTECIPAÇÃO - ANEXO 2 (fls. 13/31), que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

INFRAÇÃO 4 – 01.02.26 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$264,52, referente à aquisição de mercadorias com saídas subseqüentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto no exercício de 2011.

Consta que o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor R\$264,52, de mercadoria com saída subseqüente isenta. Tudo conforme DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA COM ISENÇÃO - ANEXO 3 (fl. 32), que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

INFRAÇÃO 5 – 01.02.26 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$17.169,83, referente a aquisição de mercadorias com saídas subseqüentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, exercício de 2011.

Consta que o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS de mercadoria com saída subseqüente beneficiada com 100% da redução da base de cálculo. Tudo DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA COM REDUÇÃO DA BASE CÁLCULO - ANEXO 4 (fls. 33/39), que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

INFRAÇÃO 6 – 01.02.40 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is) no valor de R\$1.175,45, exercício de 2011.

Tudo conforme DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO A MAIOR - DIVERGENCIA ENTRE DOCUMENTO E EFD - ANEXO 5 (fls. 40), que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

INFRAÇÃO 7 – 01.02.42 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$23.808,30, sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, exercício de 2011.

Tudo conforme DEMONSTRATIVO DE NOTAS FISCAIS LANÇADAS NA EFD SEM DOCUMENTO AUTORIZADO - ANEXO 6 (fl. 41/42), que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

INFRAÇÃO 8 – 01.03.12 Utilizou crédito fiscal de ICMS no valor de R\$3.376,72, relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, exercício de 2011.

O autuado apresenta suas razões de defesa às fls. 79 a 89, onde reconhece as infrações 1, 2, 4, 6 e 8, informando ter efetuado os pagamentos dos valores apurados e impugna as infrações 3, 5 e 7. Após descrever resumidamente as ocorrências que geraram as infrações impugnadas, descreve os motivos determinantes para o reconhecimento da improcedência das exigências fiscais em questão, conforme a seguir:

Em preliminar de nulidade das autuações, traz os seguintes destaques (1) ausência de descrição clara e precisa das autuações, e (2) impossibilidade de utilização de presunção por parte das autoridades fiscais.

Quanto a ausência de descrição clara e precisa das autuações, diz, preliminarmente, que entende que deve ser reconhecida a nulidade do Auto de Infração nº 274068.0008/15-7 no que se refere às Infrações 3, 5 e 7. Isso porque, de acordo com o artigo 142 do CTN, o ato que consubstancia o lançamento tributário deverá ser lavrado por autoridade administrativa competente, e conterá 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.

Contudo, diz que, a “descrição do fato gerador” contida nas Infrações 3, 5 e 7 do Auto de Infração em questão não deixa clara a razão que teria motivado a Fiscalização Estadual a demandar da

Requerente tão vultosa quantia, limitando-se a indicar sinteticamente a alegada “descrição” da suposta infração fiscal.

Além da sintética “motivação” apresentada pela Autoridade Fiscal como “descrição do fato gerador”, diz que, não há, no restante da notificação fiscal, qualquer indicação/demonstração dos motivos que teriam sido apurados pela fiscalização para infirmar a sobre a utilização indevida de créditos de ICMS.

Após traçar outros arrazoados sobre a descrição dos fatos, diz 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 e infringindo os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV, da CF).

Em segundo plano, destaca a impossibilidade de utilização de presunção por parte das Autoridades Fiscais. Assim, diz que, como se não bastasse a nulidade acima destacada, passará a demonstrar a seguir, os motivos pelos quais as infrações 3, 5 e 7 do Auto de Infração nº 274068.0008/15-7, na forma como lavradas para a constituição do crédito tributário, nos termos do artigo 142 do CTN, não poderia ter se pautado em mera presunção para exigir da ora Requerente os supostos débitos de ICMS, o que também enseja a nulidade do Auto de Infração em relação a esses itens.

Com efeito, diz que, a lavratura de Auto de Infração contra o contribuinte tem como pressuposto o procedimento de fiscalização previsto no Capítulo XII do RICMS/BA, por meio do qual as Autoridades Fiscais têm amplos poderes para requerer e o dever de analisar todos os documentos necessários à minuciosa verificação dos fatos alegados na autuação.

No Estado da Bahia, destaca que faz parte desse procedimento prévio, absolutamente imprescindível à constituição do crédito tributário, a intimação do contribuinte para prestar esclarecimentos a respeito de eventuais indícios de irregularidades constatados, evitando-se, assim, a constituição de créditos tributários pautados em mera presunção, como é o caso destes autos.

Assegura que, no presente caso, a Autoridade Fiscal solicitou da Requerente a apresentação de diversos documentos fiscais e contábeis necessários ao procedimento de fiscalização, sem, contudo, solicitar esclarecimentos quanto à utilização de créditos utilizados pela Requerente, conforme diz que será demonstrado adiante.

Após ter identificado supostas inconsistências, aduz que, ao invés de intimar a Requerente para prestar esclarecimentos sobre meros indícios de irregularidade, a Autoridade Fiscal preferiu lavrar de imediato o Auto de Infração em questão, deixando a análise dos documentos para o momento da apresentação da Defesa. Assim, diz que não restam dúvidas de que o presente lançamento foi pautado apenas em indícios e que as Autoridades Fiscais se valeram de presunção para a sua formalização.

Traçando outros comentário, destaca que, resta patente a necessidade de cancelamento do Auto de Infração nº 274068.0008/15-7 em relação às Infrações 3, 5 e 7, por nulidade, uma vez que a exigência fiscal foi constituída com base em meras presunções desvinculadas da realidade.

Entretanto, caso não seja aceita a preliminar aduzida acima, o que se admite apenas para fins de argumentação, pede para conferir a seguir as demais razões que, no mérito, ensejam o cancelamento integral dos débitos de ICMS objeto do Auto de Infração nº 274068.0008/15-7 (Infrações 03, 05 e 07).

Sem adentrar, em questões de mérito, traça alguns comentários sobre a necessidade de conversão do julgamento em diligência ou de realização de perícia técnica.

Diz que, considerando os fundamentos aduzidos acima, faz-se necessária a realização de diligência física ou de perícia técnica no estabelecimento autuado da Requerente para análise de

toda a documentação contábil-fiscal a fim de comprovar a origem e o montante de créditos utilizados pela Requerente.

Portanto, pleiteia seja deferida a realização de diligência ou de perícia técnica, nos termos do artigo 145 do Decreto 7.629/99, por meio da qual serão examinados os seus documentos contábeis e fiscais objeto do Auto de Infração, em local e prazo a ser determinado por Vossas Senhorias, comprovando-se a regularidade dos procedimentos adotados pelo estabelecimento autuado.

A esse respeito, diz que a realização de diligência ou de perícia técnica é medida que se requer, pois não é demais lembrar que, apesar de o interesse em comprovar o fato ser da Requerente, o processo administrativo fiscal é movido pelo princípio da verdade real, e a Requerente, como contribuinte, tem direito ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal, nos termos do artigo 5º, incisos LIV e LV, da CF.

Nesse sentido, na hipótese de ser determinada a realização de perícia técnica, a Requerente formula os seguintes quesitos, com fundamento no parágrafo único do artigo 145 do Decreto 7.629/99:

- (i) queiram o Sr. Perito e o Assistente Técnico responder quais são as atividades desenvolvidas pela Requerente em seu estabelecimento autuado e o tipo de mercadorias comercializadas;
- (ii) queiram o Sr. Perito e o Assistente Técnico confirmar se a Requerente utilizou os créditos de ICMS referentes a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária (Infração 03);
- (iii) queiram o Sr. Perito e o Assistente Técnico confirmar se a Requerente utilizou créditos de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto (Infração 05); e
- (iv) queiram o Sr. Perito e o Assistente Técnico confirmar se a Requerente deixou de apresentar documentos comprobatórios do direito ao referido crédito (Infração 07).

Traz, agora, discussão sobre seu entendimento de abusividade da multa aplicada. Diz que, além da cobrança do montante principal a título de crédito de ICMS, o Auto de Infração nº 274068.0008/15-7 também multa de 60% do valor do imposto devido em relação às Infrações 03, 05 e 07, com base no artigo 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Contudo, destaca que não cometeu infração alguma que justificasse a imposição de multa tão elevada, o que desde já se configura a manifesta inconstitucionalidade por ofensa aos artigos 37 e 150, inciso IV, da CF. Assim, não havendo motivos para a manutenção da obrigação principal supostamente descumprida pela Requerente, por consequência deve ser também afastada a multa aplicada.

A esse respeito, diz que há que se considerar que o artigo 3º do CTN estabelece que o tributo é uma prestação pecuniária que não constitui sanção por ato ilícito. Por esse motivo, o tributo não pode ser utilizado para punir, da mesma forma que as sanções não podem ser utilizadas como instrumento de arrecadação disfarçado. A sanção deve ser apenas o meio de que se vale o Fisco para desestimular o comportamento ilícito, o que não ocorreu no caso em tela.

Comprovado, portanto, o descabimento da penalidade imposta à Requerente, em caráter absolutamente desproporcional à infração inexistente que lhe foi imputada, pleiteia seja imediatamente afastada a multa aplicada de 60% do valor do suposto imposto devido, sob pena de violação ao artigo 150, inciso IV, da CF, ou, ao menos seja ela reduzida a percentuais condizentes com o entendimento exarado pelo STF.

Como conclusão de todo o exposto, diz que tem como plenamente demonstrado que a exigência fiscal em questão deve ser integralmente cancelada, pelos seguintes motivos:

- (i) por conta da ausência de descrição clara e precisa das autuações, o Auto de Infração nº 274068.0008/15-7 acaba por cercear o direito de defesa da Requerente e por infringir os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV, da CF), devendo, portanto, ser declarado nulo;
- (ii) a Fiscalização Estadual não poderia ter presumido que a Requerente 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; e
- (iii) as multas aplicadas no percentual de 60% do valor do imposto supostamente devido (Infrações 03, 05 e 07) são excessivamente abusivas e confiscatórias, em ofensa aos artigos 37 e 150, inciso IV, da CF, devendo elas ser imediatamente canceladas.

Assim sendo, diante de tudo o que foi exposto, requer seja dado integral provimento à presente Defesa, para que seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração nº 274068.0008/15-7 em relação às Infrações 03, 05 e 07, com o consequente cancelamento integral do débito exigido.

Caso assim não se entenda, o que se admite apenas para fins de argumentação, requer que seja reconhecida a improcedência das Infrações 03, 05 e 07 e, conseqüentemente, seja determinado o cancelamento do Auto de Infração nº 274068.0008/15-7 nesse ponto, correspondente ao imposto, às multas e a todos os demais acréscimos, com o decorrente arquivamento do presente processo administrativo, tendo em vista a demonstração da certeza e da legitimidade das operações realizadas pela Requerente e da forma de recolhimento do imposto em relação às mercadorias elencadas pela Fiscalização.

Entretanto, caso este não seja o entendimento de Vossas Senhorias, o que também se admite apenas para fins de argumentação, requer que as multas de 60% sejam afastadas ou ao menos reduzidas, haja vista a manifesta desproporcionalidade e a patente irrazoabilidade em relação às infrações supostamente cometidas pela Requerente.

Em respeito ao princípio da verdade real, nos termos do artigo 145 do Decreto 7.629/99, requer seja o presente processo convertido em diligência, bem como que lhe seja assegurado o direito à produção de qualquer meio de prova em Direito admitidos, em especial pela posterior juntada de novos documentos, de forma a comprovar que não pode ser compelida a recolher os débitos de ICMS que lhe estão sendo imputados.

Por fim, pleiteia que todas as intimações/publicações sejam feitas em nome dos advogados Marcelo Mazon Malaquias (OAB/SP nº 98.913) e João Alberto Pereira Lopes Junior (OAB/BA nº 11.972), sob pena de nulidade.

O autuante presta Informação Fiscal às fls. 133/140, dizendo que o contribuinte informou que efetuou o pagamento das infrações 1, 2, 4, 6, e 8, as quais ratifica. Em seguida passa a informar sobre os aspectos traçados na defesa, onde apenas as infrações 3, 5 e 7 são objeto de impugnação, conforme a seguir:

Sobre as preliminares de nulidade, a Impugnante alega que o auto de infração não tem qualquer indicação quanto às circunstâncias e comprovação dos fatos apontados como infracionais. Diz a d. Agente Fiscal que as alegações não procedem, pois nas folhas 2, 3 e 4 têm as descrições das infrações atendendo o que determina o art. 18 do RFAP, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, nos Anexo-2 (fls. 13/31), Anexo-4 (fls. 33/39) e Anexo-6 (fls. 41/42) têm as informações necessárias para a convicção das infrações e na fl. 60 tem as NF-e e Escrituração Fiscal Digital - EFD.

Diz, ainda, que a Impugnante também argúi que a conduta correta seria intimar a requerente a apresentar esclarecimentos, inclusive apresentar documentos para comprovar a origem e o montante dos créditos utilizados. Aduz, portanto, que tal argüição é improcedente, pois a fiscalização tem acesso as NF-e e Escrita Fiscal Digital –EFD e constatou que na escrita fiscal houve creditamento de documentos com 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 consta na escrita fiscal "*crédito de NF-e sem chave*" ou "*com chave não autorizada*", logo, diz que, o crédito é inidôneo. Como são situações que não restam dúvida, não há a necessidade de solicitar explicações ao contribuinte.

Destaca, também, que Impugnante cita que foram desrespeitados o art. 142 do CTN e o art. 5º, LV da CF. A citação da defendente não prospera, pois o auto de infração seguiu o que estabelece nestes artigos. A impugnante não apresentou qualquer documentação para eleger o lançamento fiscal.

Observa, ainda, que a Impugnante alega que as infrações foram baseadas apenas em presunção e que a empresa deveria ser previamente intimada a prestar esclarecimentos a respeito de eventuais indícios. Diz, então, que não existe exigência legal para intimação previa ao contribuinte. Não houve presunção, porque a fiscalização tem acesso a NF-e e Escrita Fiscal Digital –EFD e fez a análise da documentação, conforme descrito acima. Não há dúvida quanto ao ilícito praticado, por este motivo não há necessidade de solicitar esclarecimento adicional. Afirma que não houve presunção, já que as infrações estão comprovadas.

Por sua vez, a Impugnante solicita diligência para análise de toda a documentação contábil-fiscal, a fim de afastar as presunções impostas pela fiscalização e comprovar a improcedência das exigências fiscais. Diz que não se faz necessária a diligência, pois constam no respectivo PAF todos os elementos necessários para conclusão da procedência das infrações.

Diz, também, que a impugnante solicita o afastamento das multas aplicadas, pois considera que não há motivos para a manutenção da obrigação principal. Aduz, então, que o requerimento da Impugnante não procede, já que os demonstrativos 2, 4 e 6 comprovam as infrações, logo a obrigação principal persiste e não tem justificativa o cancelamento das multas.

O Impugnante também alega que as multas são desproporcionais, importando em confisco e solicita a redução para percentuais condizentes com a CF. Afirma, portanto, que 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.

A d. agente Fiscal, considera 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.

Desta forma, diz que, não há, por conseguinte, o que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, além de serem, no presente caso, corolários do princípio do não confisco, já analisado, não encontram amparo fático, na medida em que a multa aplicada é adequadamente modulada para o desestímulo ao descumprimento das obrigações tributárias ora apuradas.

Diz que as multas estão devidamente aplicadas conforme artigos: 42, VII, "a" da Lei 7.014/96 e 42, II, "f" da Lei 7.014/96. Cita a alínea "a" do inciso VII do art. 42 da Lei 7.014/96 vigente à época dos fatos geradores. Observa, assim, como a multa está prevista em lei, não há que se falar de confisco, portando devem ser mantidas as multas de 60% prevista no art. 42, VII, "a" da Lei 7.014/96 e no art. 42, II, "f" da Lei 7.014/96.

Quanto ao pedido de dispensa, ou redução, de imposição de penalidade que se encontra prevista no §7º, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, diz que, exige do sujeito passivo a comprovação de que as

infrações teriam sido praticadas sem dolo, fraude, ou simulação, e que não houve implicação na falta de recolhimento do ICMS.

Por tudo quanto aqui exposto mediante as considerações apresentadas, mantenho a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário apurado nas infrações, visando salvaguardar os interesses públicos, esperando dos membros deste Egrégio Colégio um julgamento exemplar pela procedência do presente auto.

Às fls. 145 a 148, constam detalhamentos de pagamento parcial do PAF, conforme extrato extraído do Sistema SIGAT.

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 defendente – 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 dependente.

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 dependente, *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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0008/15-7** lavrado contra **MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$178.212,32**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, II, “f” e VII, “a”, da Lei nº7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de fevereiro de 2016

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE / EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA