

A. I. Nº - 274068.0009/15-3
AUTUADO - MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17.03.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0016-02/16

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. a) FALTA DE ESCRITURAÇÃO. DEIXOU DE RECOLHER O IMPOSTO. Item reconhecido. b) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS EFETUADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. b.1) DEMONSTRATIVO DE ECF. Razões de defesa não são suficientes para elidir a atuação. Item subsistente. b.2) DEMONSTRATIVO DE NF. Item reconhecido. c) DESENCONTRO ENTRE VALOR DO IMPOSTO RECOLHIDO E O ESCRITURADO. RECOLHIMENTO A MENOS. c.1) CONTA CORRENTE FISCAL. Item reconhecido. c.2) LANÇADO O IMPOSTO NO LIVRO FISCAL VALOR INFERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Razões de defesa não são suficientes para elidir a atuação. Item subsistente. 2. ALÍQUOTA. SAÍDA DE MERCADORIAS ESCRITURADAS. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. a) DEMONSTRATIVO DE ECF. Item subsistente. b) DEMONSTRATIVO DE NF. Item reconhecido. 3. BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOS. a) ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. DEMONSTRATIVO DE ECF Item reconhecido. b) BENEFÍCIO DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. Item reconhecido. Afastada as preliminares de nulidade. 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\$142.577,83, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – 02.01.02 Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Lançado ICMS no valor de R\$921,94, relativo aos meses de fevereiro, março, abril, junho, julho e setembro de 2011.

Consta da descrição dos fatos que o contribuinte não escriturou as notas fiscais de saída no Registro de Saídas. Tudo conforme DEMONSTRATIVO DE NF-e NÃO LANÇADAS NA ESCRITA FISCAL – ANEXO 1, que faz parte dos autos à fl. 11 e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

INFRAÇÃO 2 - 02.01.03 Deixou de recolher ICMS no valor de R\$61.374,21, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos meses de janeiro a dezembro de 2011.

Tudo conforme DEMONSTRATIVO DE ECF – TRIBUTADO COMO NÃO TRIBUTADO – ANEXO 2, que faz parte integrante dos autos às fls. 12 a 31 e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

INFRAÇÃO 3 - 02.01.03 Deixou de recolher ICMS no valor de R\$3.571,14, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos meses de janeiro a dezembro de 2011.

Tudo conforme DEMONSTRATIVO DE NF – TRIBUTADO COMO NÃO TRIBUTADO – ANEXO 3, que faz parte integrante dos autos às fls. 35 a 44 e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

INFRAÇÃO 4 – 03.01.01 Recolheu a menor ICMS no valor de R\$190,06 em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, referente aos meses de março, abril e maio de 2011.

Tudo conforme DEMONSTRATIVO DE CONTA CORRENTE - ANEXO 4, que faz parte integrante dos autos às fl. 45 e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

INFRAÇÃO 5 – 03.01.04 Recolheu a menor ICMS no valor de R\$74.425,98 em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2011.

Consta da descrição que o contribuinte lançou ICMS no Livro de Registro de Saída valor inferior ao destacado no documento fiscal, por este motivo recolheu ICMS a menor. Tudo conforme DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR – DIVERGENCIA ENRE DOCUMENTO E EFD –ANEXO 5, que faz parte integrante dos autos às fls. 47 a 67 e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

INFRAÇÃO 6 – 03.02.02 Recolheu a menor ICMS no valor de R\$575,79 em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2011.

Tudo conforme DEMONSTRATIVO ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO –ANEXO 6, que faz parte integrante do auto às fls. 68 a 72 e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

INFRAÇÃO 7 – 03.02.02 Recolheu a menor ICMS no valor de R\$146,23 em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2011.

Tudo conforme DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR – NOTA FISCAL – ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO – ANEXO 7, que faz parte integrante do auto à fls. 73 e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

INFRAÇÃO 8 – 03.02.04 Recolheu a menor ICMS no valor de R\$36,09 em decorrência de erro na apuração do imposto.

Tudo conforme DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR – ECF – ERRO NO CÁLCULO – ANEXO 8, que faz parte integrante do auto à fls. 74 a 81 e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

INFRAÇÃO 9 – 03.02.06 Recolheu a menor ICMS no valor de R\$1.336,39 em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo.

Tudo conforme DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR – ECF – ERRO NO CÁLCULO – ANEXO 9, que faz parte integrante do auto à fls. 83 a 81 e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

O autuado apresenta suas razões de defesa às fls. 99 a 109, onde reconhece as infrações 1, 3, 4, 6, 7, 8 e 9, informando ter efetuados o pagamentos dos valores apurados e impugna as infrações 2 e 5. 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 à ausência de descrição clara e precisa das autuações, preliminarmente entende que deve ser reconhecida a nulidade do Auto de Infração nº 274068.0009/15-3 no que se refere às Infrações 02 e 05. 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 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; (iv) a disposição legal infringida e a penalidade aplicável; e (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 2 e 5 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 pelas autoridades Fiscais 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 sobre a falta de recolhimento de créditos de ICMS.

Ademais, destaca que, além de acusá-lo de ter deixado de recolher débitos de ICMS, o Auto de Infração em questão tampouco traz elementos hábeis a comprovar a acusação constante nas Infrações 2 e 5.

Diz que, a conduta correta a ser adotada pela Fiscalização seria intimar a apresentar esclarecimentos, inclusive apresentar documentos para comprovar a origem e o montante dos débitos exigidos. Ao omitir-se dessa tarefa, as Autoridades Fiscais dificultaram sobremaneira a defesa da Requerente.

Diz que, o Auto de Infração em questão não contém qualquer indicação quanto às corretas circunstâncias que culminaram na alegada ilegalidade da conduta da Requerente, não mencionando que tipo de operação ensejou a suposta irregularidade. Em outras palavras, à Requerente restou a insólita missão de “adivinhar” os fundamentos suscitados pelas Autoridades Fiscais como causas da autuação.

Diante desse fato, restou se valer da parca descrição dos fatos contida no Auto de Infração lavrado como recurso à compreensão das condutas que lhe foram imputadas, à eventual tipificação dessas condutas e ao desenvolvimento de sua defesa contra a pesada exigência fiscal que lhe foi imposta.

Assim, diz que, tal fato é suficiente para caracterizar a violação ao artigo 142 do CTN. Em vista disso, fica demonstrado que o Auto de Infração merece ser declarado nulo, em relação as infrações 2 e 5, por estar despidido das formalidades legais necessárias, 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 da Requerente e infringindo os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV, da CF).

Quanto a impossibilidade de utilização de presunção por parte das Autoridades Fiscais, diz que, como se não bastasse a nulidade acima demonstrada, passará a demonstrar, nos próximos itens, os motivos pelos quais as Infrações 2 e 5 do Auto de Infração nº 274068.0009/15-3, 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 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, 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.

No presente caso, diz que as Autoridades Fiscais solicitaram da Requerente a apresentação de diversos documentos fiscais e contábeis necessários ao procedimento de fiscalização, sem, contudo, solicitar esclarecimentos quanto ao método de recolhimento de créditos utilizados pela Requerente, conforme será demonstrado adiante.

Entretanto, após terem identificado supostas inconsistências, ao invés de intimarem a Requerente para prestar esclarecimentos sobre meros indícios de irregularidade, as Autoridades Fiscais preferiram lavrar de imediato o Auto de Infração em questão, deixando a análise dos documentos para o momento da apresentação da Defesa. Assim, 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.

Entendimento em sentido contrário, diz que constitui verdadeira inversão das relações jurídicas, na qual se subverte o ônus da prova que, *in casu*, é manifestamente da Fazenda Pública. Admitir-se a presunção como meio de prova de acusação é violar os princípios constitucionais do contraditório e a presunção de inocência até prova em contrário.

A título ilustrativo, algumas ementas de julgamentos que transcreve nos autos, proferida pelo E. Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo.

Diante do exposto, diz que resta patente a necessidade de cancelamento do Auto de Infração nº 274068.0009/15-3 em relação às Infrações 2 e 5, por nulidade, uma vez que a exigência fiscal foi constituída com base em meras presunções desvinculadas da realidade.

Entretanto, diz que, caso não seja aceita as preliminares aduzidas acima, o que se admite apenas para fins de argumentação, confira a seguir as demais razões que, no mérito, ensejam o cancelamento integral dos débitos de ICMS objeto do Auto de Infração nº 274068.0009/15-3 (Infrações 2 e 5).

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 seu estabelecimento para análise de toda a documentação contábil-fiscal a fim de comprovar a legitimidade do método de recolhimento utilizado pela Requerente.

Portanto, pleiteia que 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, comprovando-se a regularidade dos procedimentos adotados pelo estabelecimento autuado.

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, 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, 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 praticou operações tributáveis como não tributáveis (Infração 2);
- (iii) queiram o Sr. Perito e o Assistente Técnico confirmar se há diferença entre o valor do imposto recolhido pela Requerente e o valor informado em seus documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos (Infração 5).

Por outro lado destaca a abusividade da multa aplicada. Diz que, além da cobrança do montante principal a título de crédito de ICMS, o Auto de Infração nº 274068.0009/15-3 também multa de 60%

do valor do imposto devido em relação às Infrações 2 e 5, com base no artigo 42, inciso II, alíneas “a” e “b” 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.

Diz que, a esse respeito, 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. Observa que, a multa aplicada no presente caso é totalmente desproporcional por ser idêntica à suposta infração cometida, importando em verdadeiro confisco.

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 274068.0009/15-3 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 deixou de recolher débitos de ICMS, 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 2 e 5) 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 274068.0009/15-3 em relação às Infrações 2 e 5, com o consequente cancelamento integral do débito exigido.

Caso assim não se entenda, o que se admite apenas para fins de argumentação, requer seja reconhecida a improcedência das Infrações 2 e 5 e, conseqüentemente, seja determinado o cancelamento do Auto de Infração nº 274068.0009/15-3 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 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 desta Junta de Julgamento, 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 que 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 fl. 133/140, dizendo que o contribuinte informou que efetuou o pagamento das infrações 1, 3, 4, 6, 7 e 9, omitindo a infração 8, as quais ratifica. Em seguida passa a informar sobre os aspectos traçados na defesa, onde apenas as infrações 2 e 5 são objeto de impugnação, conforme a seguir:

Sobre os aspectos de nulidade do Auto de Infração relativo descrição dos fatos e documentação. A defendente diz que o auto de infração não tem qualquer indicação quanto às circunstâncias e comprovação dos fatos apontados como infracionais. Observa, então, que as alegações não procedem, pois nas folhas 2 e 3 têm as descrições das infrações atendendo o que determina o art. 18 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, nos anexos 2 (folhas 12 a 31) e 5 (folhas 46 a 67) têm as informações necessárias para a convicção das infrações e nas folhas 84 tem as NF-e e Escrituração Fiscal Digital - EFD.

Observa que a defendente também argúi que a conduta correta seria intimar a requerente a apresentar esclarecimentos, inclusive apresentar documentos para comprovar o montante dos débitos exigidos. Tal arguição é improcedente, pois a fiscalização teve acesso as NF-e e Escrita Fiscal Digital – EFD, e constatou que na escrita fiscal não houve lançamento a débito de documentos com itens de descrição clara, que se enquadram em casos de operação tributada, como bebida láctea, flocão de arroz e outros (Infração 2 – ANEXO 2 – fls. 12 a 34) ou que o valor do imposto destacado no documento fiscal é maior que o lançado na escrita fiscal (infração 5 – ANEXO 5 – fls. 46 a 67). Em sendo assim, como são situações que não restam dúvida, diz que não há a necessidade de solicitar explicações ao contribuinte.

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

De outra parte, sobre os aspectos de nulidade do Auto de Infração relativo ilegalidade da presunção, a alegação é 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.

Diz 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. Portanto, aduz que não houve presunção, já que as infrações estão comprovadas.

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.

Sobre a abusividade da multa aplicada, diz que, a impugnante solicita o afastamento das multas aplicadas, pois considera que não há motivos para a manutenção da obrigação principal. O requerimento da defendente 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 contribuinte também alega que as multas são desproporcionais, importando em confisco e solicita a redução para percentuais condizentes com a CF. 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.

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.

As multas estão devidamente aplicadas conforme artigos: 42, II, “a” da Lei 7.014/96 e 42, II, “b” da Lei 7.014/96. 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, II, “a” e “b” da Lei 7.014/96.

Por tudo quanto aqui exposto mediante as considerações apresentadas, diz mantr 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. 163 a 166, 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 a Impugnante solicita diligência para análise de toda a documentação contábil-fiscal, a fim de comprovar a legitimidade do seu método de recolhimento do imposto, com isso afastar as infrações 2 e 5, que dizem respeito a falta de recolhimento do imposto em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, infração 2; e recolhimento a menos do imposto, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documento e livros fiscais, infração 5.

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.

Ademais, pelas acusações das infrações 2 e 5, não se trata de discordância da legitimidade do método de recolhimento do imposto pelo defendente, e sim de erro na apuração do imposto por interpretação indevida de operações tributáveis como não tributáveis, bem como de recolhimento a menos do imposto por divergência entre o valor recolhido e o informado nos documentos e livros fiscais do defendente.

Por outro lado, o defendente 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 autuante, em sede de Informação Fiscal, nas fls. 2 e 3 dos autos, têm-se as descrições das infrações 2 e 5, 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. 12/31, têm-se o Anexo-2, que diz respeito ao levantamento da Infração 2; nas fls. 46/67, têm-se o Anexo-

5, que se relaciona ao levantamento da Infração 5; elementos estes que considero suficientes para a constituição do crédito tributário, não ensejando aspectos de nulidade na ação fiscal.

Ainda, em preliminares de nulidade, a defendente argüi a falta de intimação, para apresentar esclarecimentos sobre os atos constitutivos das Infrações 2 e 5, onde entende que a conduta correta seria intimá-lo para apresentar esclarecimentos, inclusive apresentar documentos para comprovar o montante dos débitos exigidos. Tal argüição, como bem destacado pela autuante, em sede de Informação Fiscal, é improcedente, pois a fiscalização tem acesso, tanto as Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e), quanto a Escrita Fiscal Digital (EFD), e constatou que não houve lançamento a débito de itens com a descrição clara, que se enquadram em casos de operação tributada como "*bebida láctea*", "*flocão de arroz*" e outros (Infração 2 – ANEXO 2 – fls. 12 a 34) ou que o valor do imposto destacado no documento fiscal é maior que o lançado na escrita fiscal (infração 5 – ANEXO 5 – fls. 46 a 67).

Em sendo assim, como são situações que não deixam dúvidas, o que concordo plenamente, diz a agente Fiscal que não há a necessidade de solicitar explicações ao contribuinte. Na realidade tal solicitação é ato discricionário do agente Fiscal no desenvolvimento do roteiro de auditoria, 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

Sobre a alegação de que as infrações foram baseadas em presunção e que a empresa deveria ser previamente intimada a prestar esclarecimentos a respeito de eventuais indícios, como bem destacou a autuante, em sede de Informação Fiscal, não houve presunção na constituição do crédito lançado pelas Infrações 2 e 5, 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, também, 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, na forma do que dispõe o art. 123 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/1999, 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 das infrações 2 e 5, 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 2, enquadrada nos arts. 2º, 50, 111, inc. I e art. 124, inc. I; a Infração 5, enquadrada nos arts. 116 à 119, 124, 314 e 319; 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. II, alínea "a" e "b", da Lei 7.014/96.

Restam, assim, afastadas todas as preliminares de nulidades das infrações 2 e 5 aventadas pelo defendente.

O Auto de Infração reclama crédito tributário no valor total de R\$142.577,83, relativo a 9 (nove) infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, sendo as infrações 1, 3, 4, 6, 7, 8 e 9 plenamente acatadas e as infrações 2 e 5 impugnadas, as quais são o objeto da presente lide, já que as demais são considerada procedentes pelo reconhecimento e pagamento pelo defendente na forma das informações extraídas do Sistema SIGAT acostados às fls. 164 a 166 dos autos.

No mérito, em relação às infrações 2 e 5, que dizem respeito a ter deixado de recolher ICMS no valor de R\$61.374,21, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos meses de janeiro a dezembro de 2011, e ter recolhido a menor ICMS no valor de R\$74.425,98 em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2011; o defendente não apresenta qualquer impugnação do lançamento aduzida por escrito e

acompanhada das provas, como dispõe o art. 123, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/1999, exceto quanto as preliminares de nulidade, todas acima combatidas.

Há de se ressaltar que, nos termos do art. 140, do mesmo diploma legal, 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 2 e 5. 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.

Quanto à pretensão de que todas as 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; há de se registrar que não existe nenhum óbice em acatar o pedido, no entanto, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência do ato processual ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do RPAF, e, em perfeita sintonia com o estabelecido no art. 127 do CTN.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA TOTAL do Auto de Infração, devendo homologar os valores recolhidos, conforme consta do extrato do SIGAT às fls. 163/166 dos autos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0009/15-3** lavrado contra **MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$142.577,83**, acrescido das multas de 60% sobre R\$141.655,89 e de 100% sobre R\$921,94, previstas no art. 42, incisos II, “a” e “b”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADORA