

A. I. N° - 274068.0026/17-1
AUTUADO - MAKRO ATACADISTA S.A.
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 21. 05. 2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0055-01/18

EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Excluídos do levantamento os valores atinentes às mercadorias cujas saídas, de fato, já deveriam ocorrer sem destaque do imposto, conforme corretamente procedido pelo autuado. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Não acolhida à arguição preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de realização de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 14/12/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor total histórico de R\$261.593,41, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas*. Período de ocorrência: janeiro a dezembro de 2013.

Consta no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração: *O contribuinte efetuou a saída das mercadorias tributadas como não tributadas através de cupons fiscais relacionados no anexo 1. Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético. Tudo conforme ANEXO 1 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - CF - TRIBUTADO COMO NÃO TRIBUTADO, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte. Valor histórico R\$ 261.593,41 (duzentos e sessenta e um mil quinhentos e noventa e três reais e quarenta e um centavos).*

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 25 a 40). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Preliminarmente, argui a nulidade do Auto de Infração, por vício material.

Consigna que de acordo com o art. 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. Destaca que esta norma encontra-se recepcionada pela legislação estadual no art. 129 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB).

Alega que a descrição do fato gerador contida no Auto de Infração não deixa clara a razão que teria motivado a Fiscalização a demandar da empresa tão vultosa quantia, limitando-se a indicar sinteticamente a suposta omissão de recolhimento de ICMS, o que viola frontalmente os artigos 142 do CTN e 129, §1º, III, do COTEB.

Acrescenta que além do sintético fundamento apresentado pela autuante como descrição da infração, não há no restante da notificação fiscal qualquer indicação ou demonstração das premissas que teriam sido averiguadas para infirmar a omissão de recolhimento de ICMS, muito

menos a comprovação cabal dessa ocorrência.

Assevera que resta evidenciado que o Auto de Infração é manifestamente genérico e não contém qualquer indicação quanto às corretas circunstâncias que culminaram nas alegadas ilegalidades, não se mencionando ou indicando as operações que ensejaram em irregularidade. Ou seja, restou à empresa a insólita missão de adivinhar os elementos suscitados pela autuante como causas da autuação.

Diz que é cediço que a autuação fiscal deve obrigatoriamente ser clara e precisa, descrevendo os fatos que justifiquem a exigência do tributo ou multa, a fim de que o autuado possa se defender adequadamente. Acrescenta que a aplicação desse preceito tem um nítido contorno constitucional, já que privilegia o direito ao contraditório e à ampla defesa, previstos no art. 5º, LV, da CF/88.

Afirma que em vista disso, fica demonstrado que o Auto de Infração em comento deve ser declarado nulo, por não conter as formalidades legais e materiais necessárias. Assinala que esse entendimento é corroborado pela jurisprudência, conforme se depreende da decisão do STJ cuja ementa reproduz.

Salienta que é certo que estando a descrição dos fatos deficiente a ponto de abalar a sua subsunção à norma jurídica, comprometendo a adequada aplicação do direito, não se está diante de erro formal, mas sim material, de direito. Ressalta que não se trata de simples imprecisão do lançamento por insuficiência na descrição dos fatos, visto que houve, de fato, uma imprecisa e, portanto, incorreta apuração da própria infração tributária.

Assinala que tal entendimento, inclusive, já foi manifestado pelo E. CARF em diversas ocasiões nas quais se apreciou a pretensão da Procuradoria da Fazenda Nacional acerca da natureza da declaração de nulidade do lançamento em hipóteses semelhantes, concluindo-se que se trata de mácula de critério essencial da regra matriz de incidência tributária. Reproduz decisão do referido órgão nesse sentido.

Conclusivamente, diz que em razão dos vícios apontados e à luz da legislação e jurisprudência acima aduzidas, há de ser reconhecida a nulidade absoluta do lançamento tributário consubstanciado no Auto de Infração, pois, tanto o seu teor como a sua instrução carecem de descrição clara e precisa dos elementos de fato que teriam ensejado a autuação, cerceando o seu direito de defesa e infringindo os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como a legislação infraconstitucional concernente já apontada.

Salienta que caso não seja aceita a preliminar aduzida, o que admite apenas para fins de argumentação, passa a apresentar as demais razões que no mérito, ensejam o cancelamento integral do Auto de Infração.

Sustenta a inocorrência da infração que lhe foi imputada. Consigna que buscou localizar algumas hipóteses para comprovar a inexistência de omissão de recolhimento de ICMS devido e conseguiu verificar alguns casos que levaram à equivocada interpretação da autuante.

Assevera que parte das operações apontadas teve a totalidade do tributo incidente recolhida na entrada das respectivas mercadorias como ICMS-ST, pois submetidas ao regime de substituição tributária e a parte restante refere-se a operações com produtos cujas saídas são isentas do imposto, e portanto, não houve recolhimento de ICMS, tampouco aproveitamento dos respectivos créditos.

Afirma que dessa forma, nota-se a falta de tipicidade das condutas consideradas, ou seja, não cometeu as infrações das quais foi acusado porque apurou e recolheu todo o ICMS devido nas operações indicadas pela autuante. Acrescenta que exatamente por isso, não há de se falar em qualquer omissão de recolhimento de ICMS no referido período, tampouco em multa devida, na medida em que resta demonstrado que a autuação não tem o mínimo fundamento que lhe possa dar sustentação, seja de ordem lógica, legal ou fática, devendo ser integralmente cancelada a

exigência fiscal decorrente.

Salienta que para comprovar o integral recolhimento do ICMS incidente nos termos da fundamentação apresentada, em observância ao princípio da verdade material que rege o Direito Tributário e ainda que o dever de comprovar as acusações seja da Fiscalização, tal como disposto no art. 333, I do CPC, como forma de demonstrar sua boa-fé e com o objetivo de efetivamente garantir seu direito pleno ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal, postula seja determinada a realização de diligência e produção de prova pericial, por meio da qual, a partir da análise do seu rigoroso sistema de controle de estoques e livros fiscais, restará comprovado inequivocamente que não pode ser compelido a recolher os débitos de ICMS que lhe estão sendo imputados.

Reporta-se sobre a impossibilidade de utilização de presunção como meio de prova.

Observa que a lavratura de Auto de Infração contra contribuinte tem como pressuposto o procedimento de fiscalização prévia, por meio do qual a Fiscalização possui amplos poderes para requerer e o dever de analisar todos os documentos necessários à minuciosa verificação dos fatos alegados na autuação.

Acrescenta que no Estado da Bahia, faz parte esse 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 desta autuação.

Alega que a Fiscalização não lhe solicitou qualquer apresentação de documentos fiscais e contábeis necessários ao procedimento fiscalizatório, tampouco solicitou esclarecimentos quanto às operações que poderiam ser facilmente sanadas apenas com a análise simples dos livros fiscais correspondentes.

Acrescenta que após ter identificado supostas inconsistências no recolhimento do tributo incidente sobre operações realizadas entre janeiro e dezembro de 2013, em vez de lhe intimar para prestar esclarecimentos sobre meros indícios de irregularidade, a Fiscalização preferiu lavrar de imediato o Auto de Infração em questão, deixando a análise dos documentos para o momento da apresentação da defesa.

Afirma que não restam dúvidas de que o lançamento em tela foi pautado apenas em indícios e que a Fiscalização se valeu de mera presunção para a sua formalização, contudo, não se admite lançamento baseado em mera presunção, sendo princípio basilar do Direito que o ônus da prova cabe àquele que formula a acusação.

Diz que para apenar o contribuinte a Fiscalização tem necessariamente de se pautar na realidade concreta dos fatos ocorridos, que têm de ser provados e devem ser apurados no procedimento de fiscalização prévio, no qual seja permitido ao contribuinte esclarecer eventuais indícios de irregularidades encontrados antes da efetiva cobrança fiscal.

Alega que ao utilizar a presunção, a Fiscalização transfere ao contribuinte o ônus da prova, em manifesta afronta ao disposto nos artigos 113, § 1º, e 142, ambos do CTN. Neste sentido, reproduz lições de Marco Aurélio Greco, Ives Gandra da Silva Martins, Samuel Monteiro.

Reitera que até mesmo os Tribunais Administrativos brasileiros possuem o entendimento de que não se pode admitir autuações e imposição de penalidades com base em presunção. Neste sentido, reproduz precedente do E. Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo. Acrescenta que a jurisprudência no âmbito judicial é pacífica no sentido de afastar a inversão do ônus da prova, como se observa da ementa que transcreve, do acórdão proferido pela C. 2ª Turma do E. Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

Afirma que assim sendo, resta comprovada novamente a integral falta de tipicidade da conduta considerada, ante a ausência de efetiva demonstração de ocorrência da infração pela

Fiscalização. Ou seja, não cometeu a infração da qual foi acusado porque não deixou de recolher qualquer valor de imposto devido, razão pela qual a penalidade aplicada não tem o mínimo fundamento que lhe possa dar sustentação, seja de ordem lógica, legal ou fática, devendo ser integralmente cancelada a exigência fiscal dela decorrente.

Destaca que a técnica de apuração tributária utilizada pela Fiscalização é manifestamente ilegal, na medida em que se deu por “arbitramento” de tributação à alíquota de 17% sobre a base de cálculo do valor da operação de entrada das mercadorias. Ou seja, além de imputar a infração de omissão de recolhimento de tributo sem qualquer comprovação fática, a Fiscalização também simplesmente presumiu que ocorreram saídas de mercadorias tributáveis no referido período, submetidas ao regime de tributação normal, incidindo a alíquota de 17% indiscriminadamente.

Afirma que não se pode presumir que todas as mercadorias vendidas pela empresa se submetem ao regime de tributação normal, tal como pretendeu a Fiscalização ao fazer incidir a alíquota de 17% sobre a base de cálculo do valor da operação de entrada das mercadorias em que ocorreu a suposta omissão de recolhimento de ICMS. Diz que tal presunção equipara à tributação mais onerosa, operações submetidas ao regime de substituição tributária ou operações com produtos cujas saídas são isentas do imposto ou são beneficiadas com redução da base de cálculo, como os produtos que compõem a cesta básica e que portanto, não estão submetidas à alíquota de 17% como imputado na autuação.

Consigna que no entanto, caso não se entenda pela manifesta nulidade da autuação nos termos da fundamentação apresentada, reitera seja alternativamente determinada a realização de diligência e produção de prova pericial, por meio das quais, a partir da análise do seu rigoroso sistema de controle de estoques e livros fiscais, restará demonstrado que as mercadorias referidas pela Fiscalização tiveram a totalidade do tributo incidente devidamente recolhido.

Reporta-se sobre a abusividade da multa imposta. Registra que apenas para fins de argumentação, caso hipoteticamente sejam desconsiderados os argumentos apresentados, outra circunstância que macula a exigência fiscal em questão é a abusividade da aplicação de penalidade cominada em 60% do valor do imposto supostamente não recolhido.

Assevera que a penalidade imposta é manifestamente inaplicável ao presente caso, pois em evidente descompasso entre a realidade fática e as acusações feitas. Acrescenta que a penalidade imposta, nos termos do art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, pressupõe ausência de recolhimento tempestivo do ICMS, que como já demonstrado, foi integralmente recolhido no momento devido, e, portanto, a referida penalidade seria inaplicável ao presente caso.

Sustenta que é preciso admitir que a referida multa é absolutamente desproporcional, caracterizando verdadeiro confisco, na medida em que corresponde a mais da metade do valor do imposto exigido que é indevido e foi devidamente recolhido tempestivamente. Neste sentido, invoca o art. 150, IV, da CF/88 que determina que é vedado à União, Estados, Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco.

Lembra que o art. 3º do CTN estabelece que tributo é uma prestação pecuniária que não constitui sanção por ato ilícito. Acrescenta que por esse motivo, o tributo não pode ser utilizado para punir, da mesma forma que as sanções não podem ser utilizadas como instrumentos de arrecadação disfarçados. Aduz que a sanção deve ser apenas o meio de que se vale o Fisco para desestimular o comportamento ilícito, o qual sequer ocorreu no caso em tela.

Alega que a aplicação de multa tão exorbitante, além de não se coadunar com princípios constitucionais implícitos reconhecidos amplamente pela doutrina e pela jurisprudência pátria, quais sejam, os da proporcionalidade e da razoabilidade, viola frontalmente o disposto no art. 150, IV, da CF/88, que consagra o princípio constitucional da vedação do confisco, aplicável não apenas aos tributos, mas também às penalidades por infrações à legislação tributária.

Diz que nesse contexto é inegável que a multa aplicada é abusiva, extorsiva, expropriatória e confiscatória, representando flagrante desrespeito ao art. 150, IV, da CF/88, na medida em que

expropria o contribuinte de parcela considerável de seu próprio patrimônio, sem que para tanto, tenha ocorrido qualquer infração à legislação tributária.

Destaca que nesse sentido, o E. STF, após definir em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade que *são abusivas as multas tributárias que ultrapassem o percentual de 100%* (ADI nº 1.075-MC), tem reiteradamente aplicado esse entendimento em inúmeros julgados mais recentes, de ambas as suas Turmas, sendo que o patamar de 100% é um limite máximo, o que não implica que a redução do percentual da multa imposta deva necessariamente ser fixado nesse percentual.

Assinala que seguindo essa orientação, mais recentemente, firmou-se entendimento de que resta concretizado o intuito confiscatório de multa aplicada em alíquota acima de 30% do valor do imposto não recolhido, conforme se depreende do excerto de voto que reproduz. Menciona diversos precedentes neste sentido. Destaca que tal entendimento tem sido rotineiramente replicado pelos demais Tribunais Pátrios. Registra que na esfera federal, o atual entendimento pacífico do E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região é de que a multa de ofício aplicada pela omissão de recolhimento de tributos deve ser obrigatoriamente reduzida, seja porque configura caráter confiscatório, seja em respeito aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, adotando-se o patamar de 20% como percentual razoável em casos análogos.

Conclusivamente, diz que resta demonstrada a abusividade da penalidade imposta, que viola o art. 150, IV, da CF/88, sendo absolutamente desproporcional à infração imputada, já que agiu de boa-fé e não pode ser responsabilizado por eventual falha da Fiscalização, partindo de premissas equivocadas alcançou conclusões distanciadas da realidade fática.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, a improcedência. Requer, também, caso este não seja o entendimento desta Junta de Julgamento Fiscal, que a multa aplicada seja afastada ou ao menos reduzida, haja vista a manifesta desconexão da realidade fática com os fatos descritos na presente autuação, bem como a desproporcionalidade e a patente irrazoabilidade em relação à infração supostamente cometida. Requer, ainda, em respeito ao princípio da verdade real, 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 compelido a recolher os supostos débitos que lhe estão sendo imputados.

A autuante prestou Informação Fiscal (fls. 68 a 72). Contesta as alegações defensivas. Afirma que não procede a alegação defensiva de que os fatos narrados no Auto de Infração e que fundamentam a autuação encontram-se genericamente redigidos. Diz que conforme pode ser observado às fls. ½, existe descrição complementar, inclusive fazendo referência ao demonstrativo e aos documentos que deram origem a identificação da irregularidade.

Sustenta que as alegações não procedem, pois às fls. 1/2 têm a descrição com complementação da infração com o devido enquadramento e multas aplicadas, atendendo o que determina o art. 18 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e o anexo foi entregue ao contribuinte conforme fls. 6 a 18 e arquivos de fls. 19/20. Acrescenta que a planilha é clara e objetiva. Diz que a planilha contém diversas informações como data, código do produto, descrição do produto, preço, alíquota e todas as informações necessárias para a demonstração da infração. Afirma que constam nos autos os documentos e provas necessárias, a escrita fiscal constante no arquivo magnético, fls. 19/20. Diz que os valores reclamados na autuação se basearam na Escrituração Fiscal Digital - EFD, documento gerado pelo próprio autuado. Ressalta que em momento algum o impugnante questionou as informações da EFD, portanto, não houve cerceamento de defesa.

Sustenta que a alegação defensiva de que foram desrespeitados os artigos 129, § 1º, III, do COTEB, Lei nº 3.956/81, art. 142 do CTN e art. 5º, LV, da CF, não prospera, pois o lançamento de ofício seguiu o que estabelecem estes dispositivos legais.

Ressalta que a alegação defensiva de que parte dos produtos está sujeita a antecipação tributária ou isenção, é prova de que o autuado compreendeu a infração e a constatação, portanto, não teve cerceamento do seu direito de defesa.

Afirma que a alegação defensiva de que parte dos produtos está sujeito à substituição tributária ou isenção não tem fundamento, pois os produtos relacionados no Anexo 1 são tributáveis e o impugnante não citou nenhum exemplo ou anexou documentação.

Observa que o inciso IV do artigo 8º e art. 143, todos do RPAF/99, determinam que as petições devem conter os meios de prova com que o interessado pretenda demonstrar a veracidade das suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal. Acrescenta que se existe alguma prova 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.

Salienta que, além disso, os valores pagos referentes à antecipação tributária foram abatidos na rotina de substituição tributária no Auto de Infração 274.068.0028/17-4 e não resta saldo para abater no presente Auto de Infração.

Contesta a alegação defensiva de que faz parte do procedimento prévio, a intimação do contribuinte para prestar esclarecimentos a respeito de eventuais indícios de irregularidades. Afirma que tal alegação não prospera, pois não existe exigência legal para intimação prévia ao contribuinte.

Assevera que não houve presunção, haja vista que a Fiscalização tem acesso a NF-e e Escrita Fiscal Digital – EFD e fez a análise da documentação, conforme descrito acima. Diz que inexistência dúvida quanto ao ilícito praticado, razão pela qual não há necessidade de solicitar esclarecimento adicional. Ressalta que mesmo assim foi enviado para o contribuinte *e-mail* solicitando informações, conforme consta à fl. 5, sendo que o autuado não se manifestou.

Reitera que não houve cerceamento de defesa. Repete que no Auto de Infração, (fls. 1/2), constam a transcrição detalhada da infração, enquadramento da infração, tipificação das multas e o indicativo do demonstrativo utilizado para quantificar o valor da infração de forma detalhada. Observa que nesse relatório constam diversas informações como data, código do produto, descrição do produto, preço, alíquota e todas as informações necessárias para a demonstração da infração. Salienta que tudo foi entregue ao contribuinte no momento da ciência, conforme consta às fls. 6/18 e arquivos acostados às fls. 19/20.

Contesta também a alegação defensiva de que houve ilegalidade na utilização da alíquota de 17% sobre a base de cálculo. Afirma que tal alegação não prospera, haja vista que na descrição da infração existe um demonstrativo sintético, enquanto no Anexo o demonstrativo é analítico, evidenciando a alíquota de forma individualizada para calcular o imposto sobre a base de cálculo. Assevera que todos os produtos arrolados no Anexo 1 estão sujeitos à alíquota de 17%.

No tocante à arguição defensiva atinente à multa, diz que não procede, já que os demonstrativos comprovam as infrações, logo a obrigação principal persiste e não tem justificativa o cancelamento pretendido.

Quanto à alegação defensiva de que a multa de 60% é desproporcional, importando em confisco, razão pela qual requer a redução para percentuais condizentes com a CF, diz que não lhe cabe, no âmbito de suas atribuições, a discussão sobre entendimento constitucional, já que deve obediência ao RICMS/BA por responsabilidade funcional.

Assinala que a dispensa ou redução de imposição de penalidade, prevista no §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, exige do sujeito passivo a comprovação de que a infração cometida não tenha implicado em falta de recolhimento do ICMS. Acrescenta que não existe comprovação de falta de pagamento de imposto ao erário no respectivo PAF, motivo pelo qual a multa deve ser mantida.

No que tange ao pedido do impugnante para realização de diligência, diz que não se faz

necessária, haja vista que consta no PAF todos os elementos necessários para conclusão da procedência das infrações.

Finaliza a peça informativa mantendo o Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, cabe consignar que não acolho a nulidade arguida. Inexiste qualquer vício ou falha capaz de inquinar de nulidade o Auto de Infração. O devido processo legal foi observado, inclusive o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte, já que a infração se encontra descrita claramente, sendo possível se identificar os fatos que ensejaram a autuação; o sujeito passivo; a base de cálculo; a alíquota aplicada; o montante do débito. O enquadramento legal da infração e respectiva penalidade foram feitos em conformidade com as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Ademais, os elementos que compõem o presente processo elaborados pela autuante, foram fornecidos ao autuado, conforme comprovante acostado aos autos.

Observo que, no presente caso, não ocorreu qualquer ofensa ou inobservância das disposições dos artigos 129, § 1º, incisos III e IV, 130 do COTEB - Lei nº 3.956/81 -, 142 do CTN e 5º, LV, da CF, conforme arguido pelo impugnante.

Quanto à arguição de nulidade por ilegalidade da presunção como meio de prova, também não há como prosperar. Não se trata de presunção. A Fiscalização embasada na legislação do ICMS e nos documentos fiscais emitidos pela empresa, materialmente, apontou a realização de operações de saídas de mercadorias tributadas como não tributadas, por meio de cupons fiscais que relacionou no demonstrativo que colacionou aos autos.

Diante disso, não acolho as nulidades arguidas.

No que concerne ao pedido de realização de perícia formulado pelo impugnante, considero que os elementos que compõem o presente processo tornam desnecessária a realização da perícia requerida. Isto porque, a matéria objeto da autuação não depende da análise e participação de um perito para solução da lide, haja vista que se trata de matéria de pleno conhecimento dos Julgadores. A intervenção de um perito se torna necessária e, invariavelmente, indispensável, quando a matéria exige conhecimento especial de um técnico, o que, certamente, não é o caso do Auto de Infração em lide.

Assim sendo, com fulcro no art. 147, II, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/99), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, indefiro o pedido de realização de perícia.

No mérito, verifico que as mercadorias arroladas na autuação constam no Anexo 1, elaborado pela autuante.

Observo que o impugnante não se reportou, especificamente, sobre qualquer item de mercadoria arrolada na autuação, haja vista que, de forma genérica, apenas sustentou que os valores em discussão foram devidamente quitados com base no recolhimento do ICMS-ST, e que se trata também de mercadorias amparadas por isenção.

Coaduno com o entendimento da autuante no sentido de que, os valores pagos mediante os DAEs, acostados às fls. 55 a 81, tiveram o crédito concedido no Auto de Infração 274.068.0019/17-5, referente às mercadorias consideradas pela Fiscalização como sujeitas a antecipação tributária, portanto, estes DAEs não podem ser usados para abater do valor do Auto de Infração em tela.

Entretanto, independentemente de o impugnante não haver especificado qualquer mercadoria, a análise do Anexo 1, permite constatar que entre as mercadorias arroladas na autuação, de fato, as mercadorias açúcar ligh, costela suína, picanha suína, roupa íntima, lombo defumado e picanha temperada, estão sujeitas à antecipação tributária aduzida pelo impugnante, portanto, sendo incabível a exigência fiscal no tocante a estas mercadorias.

Assim sendo, no presente caso, cabível a exclusão dos valores atinentes às mercadorias açúcar

length, costela suína, picanha suína, roupa íntima, lombo defumado e picanha temperada, conforme demonstrativo elaborado pela autuante, acostado em mídia CD às fls. 79 dos autos, passando o valor do ICMS devido para R\$232.318,43. Infração parcialmente subsistente.

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

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

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **274068.0026/17-1**, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$232.318,43**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, cabendo a homologação do pagamento efetuado pelo autuado.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de abril de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR