

A. I. N° - 274068.0021/19-6
AUTUADO - MAKRO ATACADISTA S.A.
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/08/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0111-04/20-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação prevê a exigência do imposto por solidariedade, em decorrência da falta de comprovação do recolhimento do valor do ICMS relativo à substituição tributária, não retido ou retido a menos, em operação de aquisição de mercadoria sujeita à substituição tributária. Não comprovado a ocorrência do pagamento do imposto. Rejeitada preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de exigência tributária no montante de R\$1.293.304,90, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, relativamente ao período de janeiro/2015 a dezembro/2015, em face da seguinte acusação: *“Deixou o adquirente, de recolher ICMS devido por Responsabilidade Solidária, nas entradas decorrentes de prestações interestaduais, junto à contribuinte substituto, por força de Convênio ou Protocolo, nas hipóteses regulamentares. A base de cálculo das mercadorias constantes no Protocolo ICMS50/05 está de acordo com a Cláusula Segunda do Protocolo ICMS50/05.*

Anexos: REGISTRO FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS. Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético e NF-e. Tudo conforme anexos 1 a 5, que fazem parte deste auto cujas cópias foram entregues ao contribuinte em meio magnético”.

O autuado, por intermédio de seus representantes legais, ingressou com a Impugnação de fls. 18 a 37, onde, inicialmente, discorreu acerca da tempestividade da peça defensiva, e sobre a autuação fiscal e os fatos que a antecederam, destacando que não pode concordar com a exigência fiscal, ao tempo em que diz que comprovará e demonstrará: *(i)* a nulidade da autuação em razão de ausência de descrição clara e precisa da infração; *(ii)* a inoccorrência da infração tendo em vista que a autuação foi lavrada baseada na mera presunção e que, ao contrário das alegações, todo o imposto foi efetivamente recolhido, não havendo qualquer prejuízo ao erário; *(iii)* a legalidade da presunção como meio de prova, uma vez que o contribuinte que procede de acordo com a legislação não precisa demonstrar sua boa-fé; e *(iv)* a abusividade das penalidades aplicadas.

Em preliminar pontuou que o caso em questão trata de matéria gravada pela sistemática da Repercussão Geral perante o E. Supremo Tribunal Federal, através do RE 628.075/RS, qual seja, a Guerra Fiscal entre os Estados, acrescentando que com o advento do Novo Código de Processo Civil em 25.10.2016, o I. Ministro Relator Edson Fachin determinou a imediata suspensão de todos os processos que envolvam a matéria em discussão neste processo, nos termos dos Arts. 1.035, §5º e 1.037, II do CPC, sendo assim, com base na aplicação direta do Art. 15 do CPC, requer a imediata suspensão deste processo administrativo até o julgamento final do *leading case*, conforme determinado pelo E. STF.

Em seguida passou a arguir a nulidade do Auto de Infração por existência de vício material, tendo em vista que a autuante formalizou de maneira equivocada e indevida a exigência de tributo e a infração descrita nas peças infracionais não é precisa, se configurando, pois, de inequívoco vício material que macula irremediavelmente o lançamento.

Afirmou 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, destacando que esta norma se encontra recepcionada pela legislação estadual através do Art. 129 do CTE, segundo o qual, o Auto de Infração deve conter: a identificação do autuado e do funcionário autuante, além do endereço do autuado; o dia, hora e local da autuação; a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações principais e acessórias, indicando as datas da ocorrência; o demonstrativo do débito tributário, discriminando a base de cálculo e as parcelas do tributo, por período, bem como os seus acréscimos e as multas aplicadas; a indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos, além do dispositivo regulamentar ou legal referente à multa aplicada; as assinaturas do autuante, do autuado ou de seu representante ou preposto, ou a declaração de sua recusa; e, a intimação para pagamento ou defesa, com indicação do prazo.

Asseverou que a descrição do fato gerador contida no Auto de Infração não deixa clara a razão que teria motivado a Fiscalização Estadual a lhe demandar tão vultosa quantia, limitando-se a indicar sinteticamente a suposta utilização indevida de créditos fiscais, o que viola frontalmente os Arts. 142 do CTN e 129, §1º, III, do CTE.

Após tecer outras considerações acerca desta questão, citando, inclusive jurisprudência de outros Tribunais Pátrios, concluiu asseverando que em razão dos vícios apontados e à luz da legislação e jurisprudência acima transcritas, há de ser reconhecida a nulidade absoluta do lançamento tributário consubstanciado no Auto de Infração ora impugnado, 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.

Ao adentrar nos argumentos relacionados ao mérito da autuação, pontuou que o Auto de Infração é lacônico e impreciso o que o levou a ter que adivinhar as irregularidades que eventualmente teria cometido para ocasionar a suposta utilização indevida de créditos fiscais, restando-lhe valer-se da imprecisa descrição dos fatos contida no Auto de Infração como recurso *(i)* à compreensão das condutas que lhe foram imputadas, *(ii)* à eventual tipificação destas condutas; e *(iii)* ao desenvolvimento de sua defesa contra a exigência fiscal que lhe foi imposta.

Assim, diz que buscou localizar algumas hipóteses para comprovar a inexistência de recolhimento indevido de ICMS e conseguiu verificar alguns casos que levaram à equivocada interpretação da autuante, mencionando que esta alega que teria deixado de recolher ICMS decorrente de operações realizadas com outros Estados da Federação de forma indevida, sem autorização por Convênio ou Protocolo, todavia, em verdade, o Estado da Bahia se utiliza da via inadequada para discutir incentivo fiscal concedido por outro Estado, conforme restou muito bem ressaltado na decisão da Ministra Ellen Gracie nos autos da Ação Cautelar nº 2.611/MG.

Com isso, afirmou que resta evidente, no presente caso, que o Estado da Bahia optou pelo caminho mais simples, preferindo constranger os contribuintes a discutir, no foro adequado, a validade do(s) ato(s) contra o(s) qual(is) se volta, emanado(s) de outro ente federado, porém, se o Estado da Bahia considera ilegal ou inconstitucional o incentivo fiscal concedido por outros Estados da Federação, deveria submeter tal questão ao E. STF, nos termos do art. 102, I, “f”, da CF/88, acrescentando que até que a questão da concessão de benefício fiscal sem autorização do CONFAZ seja apreciada pelo E. STF, o Estado que se sentir prejudicado deverá observar o ato

normativo que considera ilegal, inclusive em vista da presunção de legalidade que o informa, não podendo obstar a aplicabilidade de tal ato unilateralmente – por qualquer meio e sob o argumento que for.

Mencionou que ainda que tivesse aproveitado indevidamente crédito de ICMS, que implicasse no suposto recolhimento a menor do imposto, não mereceria prosperar o entendimento da autuante tendo em vista a jurisprudência pacífica do E. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não é permitido às Autoridades Fiscais glosar créditos de ICMS sem que o respectivo benefício fiscal concedido pelo outro Estado tenha sido declarado inconstitucional pelo E. STF. Desta maneira, havendo conflito entre entes federados, a questão deve ser dirimida pelo E. STF, não sendo admitida a adoção unilateral de procedimentos tendentes a obstar a aplicabilidade do ato do outro Estado, que, também em prol do princípio da segurança jurídica, goza de presunção de legalidade.

Disse que é fato as medidas adotadas pela autuante com o fito de lhe impedir que exercendo o seu direito que decorre do princípio da não cumulatividade do ICMS, aproprie-se integralmente dos créditos do tributo, a partir de aquisições legítimas de mercadorias, ainda que realizadas junto a empresas beneficiadas em seus Estados por incentivos fiscais, são arbitrárias e inconstitucionais.

Apresentou outras considerações jurídicas acerca da questão em foco, sobre a falta de tipicidade das condutas consideradas, e que não cometeu as infrações das quais foi acusada porque recolheu todo o ICMS devido nas operações indicadas pela autuação, no modo permitido pela legislação pátria, acrescentando que, exatamente por isso, não há de se falar em qualquer omissão de recolhimento de ICMS no referido período, ou multa devida, na medida em que resta demonstrado que a presente autuação não tem mínimo fundamento que lhe possa dar sustentação, seja de ordem lógica, legal ou fática, devendo ser integralmente cancelada a exigência fiscal decorrente.

Concluiu este tópico dizendo que para comprovar o integral recolhimento do ICMS incidente nos termos da fundamentação acima, em observância ao princípio da verdade material que rege o Direito Tributário e ainda que o dever de comprovar as acusações seja da acusação, tal como disposto pelo 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 compelida a recolher os débitos de ICMS que lhe estão sendo imputados.

No tópico seguinte, intitulado “*A impossibilidade de utilização de presunção como meio de prova*”, disse que passa a demonstrar os motivos pelos quais o presente Auto de Infração, na forma como lavrado para a constituição do crédito tributário, nos termos do art. 142 do CTN, não poderia ter se pautado em mera presunção para exigir o débito lançado.

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

Disse que no presente caso a autuante não solicitou qualquer apresentação de documentos fiscais e contábeis necessários ao procedimento de fiscalização, tampouco, solicitou esclarecimentos quanto às operações que poderiam ser facilmente sanadas apenas com a análise simples dos livros fiscais correspondentes, e que, após haver identificado supostas inconsistências no recolhimento do tributo incidente sobre operações realizadas entre janeiro e dezembro de 2014,

ao invés de lhe intimar para prestar esclarecimentos sobre meros indícios de irregularidade, a autuante preferiu lavrar de imediato o Auto de Infração em questão, deixando a análise dos documentos para o momento da apresentação da impugnação, não restando dúvidas de que o presente lançamento foi pautado apenas em indícios e que a autuante se valeu de mera presunção para a sua formalização.

Após citar farta doutrina e Decisão de Tribunal Superior visando consubstanciar seus argumentos, destacou que ao utilizar a presunção, a autuante transfere ao contribuinte o ônus da prova, em manifesta afronta ao disposto nos arts. 113, §1º, e 142, ambos do CTN.

Ponderou que o lançamento, enquanto ato jurídico administrativo deve ser devidamente fundamentado, ou seja, a Fiscalização tem que oferecer prova concludente de que o evento ocorreu na estreita conformidade da previsão genérica da hipótese normativa, o que não foi o caso destes autos, restando, assim, comprovada novamente a integral falta de tipicidade da conduta considerada ante a ausência de efetiva demonstração de ocorrência da infração pela autuante, e que não cometeu a infração da qual foi acusada porque não deixou de recolher qualquer valor de imposto devido ou sequer utilizou indevidamente créditos fiscais. Exatamente por isto, a penalidade aplicada não tem mínimo fundamento que lhe possa dar sustentação, seja de ordem lógica, legal ou fática, devendo ser integralmente cancelada a exigência fiscal decorrente.

Por fim destacou que a técnica de apuração tributária utilizada pela autuante 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, significando que além de imputar a infração de omissão de recolhimento de tributo sem qualquer comprovação fática, também simplesmente presumiu que ocorreram saídas de mercadorias tributáveis no referido período submetidas ao regime de tributação normal, incidindo a alíquota de 17% indiscriminadamente.

Sustentou que não se pode presumir que todas as mercadorias que vendeu se submetem ao regime de tributação normal, tal como pretendeu a D. Fiscalização Estadual 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, ao tempo em 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 pela autuante.

Concluiu este tópico defensivo pontuando que caso não se entenda pela manifesta nulidade da autuação, nos termos da fundamentação acima, 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 autuante tiveram a totalidade do tributo incidente devidamente recolhido.

Em seguida passou a contestar o que denominou de abusividade da multa imposta no percentual de 60%, a qual, nos termos do art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, pressupõe ausência de recolhimento tempestivo do ICMS que, conforme dito acima foi integralmente recolhido no momento devido e, portanto, a referida penalidade seria inaplicável ao presente caso.

Além disso, argumentou que a referida multa é absolutamente desproporcional, caracterizando verdadeiro confisco, na medida em que corresponde a mais da metade do valor do imposto exigido, enquanto que o Art. 150, IV, da CF/88 determina que é vedado à União, Estados, Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco.

Apresentou argumentações jurídicas para sustentar seu argumento de abusividade da multa aplicada, citando, inclusive, decisões de Tribunais Superiores, para concluir que resta demonstrada a abusividade da penalidade imposta, a qual viola o art. 150, IV, da CF/88, sendo

absolutamente desproporcional à infração que lhe foi imputada, e que agiu de boa-fé e não pode ser responsabilizada por eventual falha da Fiscalização Estadual que, partindo de premissas equivocadas alcançou conclusões distanciadas da realidade fática.

Como conclusão e considerando ter plenamente demonstrado que a exigência fiscal em questão deve ser integralmente cancelada, pela comprovação e demonstração da:

- (i) nulidade da autuação em razão de ausência de descrição clara e precisa da infração;
- (ii) inoccorrência de infração tendo em vista que a autuação foi lavrada baseada na mera presunção e que, ao contrário das alegações, todo imposto devido no referido período foi efetivamente recolhido e não houve qualquer utilização indevida de créditos fiscais de ICMS;
- (iii) ilegalidade da presunção como meio de prova, uma vez que o contribuinte que procede de acordo com a legislação não precisa demonstrar sua boa-fé; e,
- (iv) manifesta abusividade da penalidade aplicada.

Desta maneira requereu seja dado integral provimento à presente Impugnação, para que seja reconhecida a improcedência da imputação fiscal em questão e, conseqüentemente, seja determinado o cancelamento integral das exigências não quitadas consubstanciadas no presente Auto de Infração, com o decorrente arquivamento deste processo administrativo, tendo em vista a demonstração inequívoca da ausência de ocorrência das condutas imputadas.

Pontuou, por outro lado, que caso este não seja o entendimento, requer 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, requerendo, finalmente, 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 compelida a recolher os supostos débitos que lhe estão sendo imputados neste momento.

A autuante apresentou Informação Fiscal conforme fls. 58 a 63, rebatendo os argumentos defensivos de forma pontual, conforme passo a destacar.

No tocante ao argumento de que os fatos foram narrados de forma genérica sustenta que o mesmo não prospera pois de acordo com o constante às fls. 1 e 2 existem descrições complementares, inclusive fazendo referência a demonstrativos e os documentos que deram origem a identificação das irregularidades apuradas.

Em relação ao argumento de que o caso em questão trata de matéria gravada pela sistemática de repercussão geral perante o STF através do RE 628.075/RS (guerra fiscal entre os estados) e que o I. Ministro Relator Edson Faccin determinou a imediata suspensão de todos os processos que envolvam a matéria em discussão, sustentou que a alegação defensiva não procede pois a situação apontada pelo autuado é no sentido de que o Estado da Bahia considera ilegal ou inconstitucional o incentivo fiscal concedido por outros Estados, porém não existe no presente PAF aplicação do Decreto nº 14.213/12, razão pela qual não existem motivos para suspensão dos trâmites deste processo.

Quanto a arguição de nulidade do Auto de Infração trazida pelo autuado sob a alegação de que não está claro a razão que teria motivado a autuação, sustentou que tal argumento também não procede vez que o auto contém a descrição dos fatos de forma clara e completa, com o devido enquadramento legal e a multa aplicada, não havendo ofensa ao art. 18, IV do RPAF/BA, acrescentando que os anexos foram entregues ao autuado, enquanto que as planilhas elaboradas são claras e objetivas, contendo as informações de cada operação, como data, número do documento, código e descrição do produto, preço, alíquota, redução da base de cálculo, MVA e todas as informações necessárias à demonstração da infração.

Citou que existem nos autos os documentos e provas necessárias, a exemplo da escrita fiscal e notas fiscais constantes no arquivo magnético entregue ao autuado, enquanto que os valores reclamados se basearam nas notas fiscais eletrônicas e na escrituração fiscal digital EFD do autuado, portanto são documentos gerados pelo próprio, observando que em momento algum o autuado questionou as informações da sua EFD, não havendo qualquer desrespeito ao art. 129, § 1º do COTEB, ao art. 142 do CTN bem como ao art. 5º, LV da CF/88.

No tocante ao argumento de inocorrência das infrações, voltou a afirmar que estes não procedem na medida em que não existe no PAF a aplicação do Dec. nº 14.213/12 e, também, em nenhum momento se falou em glosa de crédito, inclusive não apontou nenhum valor de crédito fiscal que tenha sido glosado, inexistindo, pois, ofensa ao direito constitucional da não cumulatividade do imposto, detalhando, em seguida, como os cálculos foram efetuados, concluindo que não houve glosa de créditos nos Anexos 2, 3 e 4 que elaborou.

Em relação ao argumento de ilegalidade da presunção como meio de prova, onde o autuado alegou que o procedimento prévio para fim de constituição do crédito tributário se faz necessário intimação do contribuinte para prestar esclarecimentos a respeito de eventuais indícios de irregularidades, e que deixou de ser cumprido pela autuante, pontuou que não existe previsão legal para expedição de intimação prévia, e que também inexistiu presunção porque teve acesso as notas fiscais eletrônicas e a escrituração fiscal digital do autuado, os quais foram objeto de análise, sendo que não há dúvidas quanto ao ilícito praticado, motivo pelo qual não há necessidade de solicitar esclarecimento prévio, embora, mesmo assim, tenha sido enviado e-mail ao autuado, fl. 05, solicitando informações.

Sustentou, também que não houve ilegalidade na utilização da alíquota de 17%, a qual foi utilizada sobre a base de cálculo e, também, não houve cerceamento ao direito de defesa ante ao detalhamento das infrações apontadas pela autuação.

No que diz respeito ao argumento de abusividade da multa aplicada, diz que não cabe no âmbito de suas atribuições discussões de cunho constitucional e que a penalidade possui previsão na Lei nº 7.014/96 a qual deve obediência.

Pontuou que não se faz necessário realização de diligência, pois constam nos autos todos os elementos necessários para conclusão da Procedência do Auto de Infração.

VOTO

A acusação fiscal sob apreciação reporta-se a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$1.293.304,90, mais multa de 60%, com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, relativamente ao período de janeiro/2015 a dezembro/2015, contém a seguinte acusação: *“Deixou o adquirente, de recolher ICMS devido por Responsabilidade Solidária, nas entradas decorrentes de prestações interestaduais, junto a contribuinte substituto, por força de Convênio ou Protocolo, nas hipóteses regulamentares. A base de cálculo das mercadorias constantes no Protocolo ICMS50/05 está de acordo com a Cláusula Segunda do Protocolo ICMS50/05.*

Existe, também, a informação constante no próprio campo da acusação, da existência dos seguintes elementos: REGISTRO FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS; Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético e NF-e, além dos Anexos de nº 01 a 05, contendo demonstrativos que tratam respectivamente de: falta de recolhimento do ICMS por solidariedade – exercício de 2015; mercadorias sujeitas a MVA – Antecipação tributária por solidariedade – 2015; mercadorias sujeitas a MVA ou pauta – Antecipação tributária por solidariedade – 2015; mercadorias relacionadas pela Portaria 50/05 – Antecipação por solidariedade – 2015; arrecadação substituição tributária por operação – Contribuinte inscrito – 2015.

O autuado, ao iniciar sua defesa, requereu a imediata suspensão deste processo até o julgamento final da matéria que entende estar envolvida nos presentes autos a qual se encontra gravada pela sistemática da Repercussão Geral perante o STF, através do R.E 628.075/RS.

Não acolho tal argumento na medida em que a situação apontada pelo autuado é no sentido de que o Estado da Bahia considera ilegal ou inconstitucional o incentivo fiscal concedido por outros Estados, porém tal argumento não se adéqua aos fatos narrados pela autuação, enquanto que o argumento defensivo transita no sentido do quanto estabelecido pelo então Decreto nº 14.213/12, o qual dispõe sobre a vedação de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo, nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 07 de janeiro de 1975 cuja normas por ele editadas não estão inseridas na presente autuação. Superada, portanto, esta argumentação defensiva.

Quanto ao argumento de nulidade do Auto de Infração por existência de vício material, tendo em vista que as infrações, ao seu entender, estão descritas de forma imprecisa, não o acolho. Isto porque, ao se reportar ao art. 142 do CTN, para sustentar sua irresignação, vejo que todos os itens citados estão contemplados pelo lançamento, ou seja, qualificação do autuado, local data e hora do lançamento, descrição clara e precisa do fato motivacional, disposição legal infringida e intimação para pagamento do débito, sendo, por conseguinte, também atendido *in totum* o regramento estabelecido pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA.

Especificamente em relação à questão da descrição dos fatos, com indicação das datas de ocorrência, vejo que está contemplada de forma satisfatória na peça inicial na medida em que a exigência tributária está amparada por demonstrativos analíticos e sintéticos, de pleno conhecimento do autuado, o que lhe possibilitou os mais amplos meios para o pleno exercício da defesa. Ademais, a acusação está contemplada com descrições complementares no próprio corpo do Auto de Infração, o que lhe possibilitou o total conhecimento dos fatos apurados, situação esta que também afasta o argumento defensivo de que os fatos estão narrados com descrição genérica.

Portanto, não se confirma o alegado vício material no lançamento. Afasto, pois, todos os argumentos de nulidade trazidos pelo autuado.

Quanto ao mérito, de imediato, não acolho o pedido para realização de perícia ou diligência, com base no art. 147 do RPAF/BA, já que se encontram nos autos elementos que considero suficientes para formação do meu convencimento.

No que diz respeito ao argumento de que a autuação ocorreu através de utilização de presunção como meio de prova, não é o que se apresenta nestes autos. Vejo que a ação fiscal foi precedida da respectiva cientificação ao autuado, e, também, ainda no curso da ação fiscal, foi encaminhada mensagem ao autuado através do e-mail constante à fl. 06, onde foram apresentadas as inconsistências colhidas para efeito de análise pelo mesmo, porém não houve resposta a este respeito, além de que não existe previsão para intimação prévia ao contribuinte acerca das ocorrências apuradas no curso da ação fiscal.

De fato, vejo que não houve a alegada presunção, na medida em que, conforme está demonstrado analiticamente nos autos, a fiscalização foi efetuada com base nas notas fiscais eletrônicas e na escrita fiscal digital do autuado sendo que, à luz do quanto apurado nestes autos, entendeu a autuante não haver necessidade de buscar maiores explicações ao autuado, além daquelas acima já mencionadas.

Portanto, repito, a autuação não ocorreu por meio de presunção, e sim com base em fatos plenamente apurados e demonstrados, razão pela qual fica afastado o argumento de que foi utilizado, como meio prova, simples presunção.

Com relação às decisões mencionadas pelo autuado em sua defesa, elas não lhe socorrem, já que se referem a lançamento com ausência de provas, diferentemente com o que ora se aprecia que se encontra devidamente comprovado e documentado.

Convém aqui registrar que a presente autuação em momento algum se refere a utilização irregular de créditos fiscais, portanto, os argumentos colacionados pelo autuado nesse sentido, não merecem prosperar.

No que diz respeito à alegação de que a técnica de apuração é manifestamente ilegal, na medida em que se deu por arbitramento com aplicação de alíquota de 17%, isto não se confirma, já que os demonstrativos elaborados pela autuante e entregues ao autuado atestam que a exigência fiscal considerou para cada documento fiscal a alíquota do estado de origem, apenas no demonstrativo do débito do Auto de Infração foi consignada a alíquota de 17%, apenas para efeito de adequação à base de cálculo, porém não houve qualquer repercussão no valor da exigência do tributo, que foi feito com base no valor original indicado no documento fiscal.

Por outro lado, destaco que a exigência fiscal se relaciona a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, listadas no Anexo 1 do Regulamento do ICMS, Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012, e adquiridas sem a retenção do imposto substituído.

Nesta condição, conforme previsto no art. 6º, XV da Lei nº 7.014/96, *“são solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais, o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra Unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário”*. Neste contexto, caberia ao contribuinte trazer a comprovação de que o fornecedor possuía inscrição ativa neste Estado, o que não ocorreu. Também, não há qualquer comprovação de que ocorreu o pagamento integral do imposto em relação às mercadorias autuadas, apesar da afirmativa do autuado neste sentido.

De maneira que entendo que as exigências tributárias estão devidamente comprovadas e caracterizadas nos autos deste PAF visto que foram levadas a efeito considerando as regras constantes na legislação tributária pertinente.

No tocante ao argumento de abusividade da multa aplicada e seu alegado caráter confiscatório destaco que não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta, *ex vi* do art. 167, I do RPAF/BA. Da mesma forma, falece competência a esta Junta de Julgamento Fiscal para reduzir ou cancelar multa por descumprimento de obrigação principal, as quais foram aplicadas corretamente e com base legal.

Do exposto concluo votando pela Procedência do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0021/19-6**, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.293.304,90**, acrescido da multa de 60%, prevista pelo Art. 42, inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR