

A. I. Nº - 274068.0020/19-0
AUTUADO - MAKRO ATACADISTA S.A.
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/08/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0116-04/20-VD

EMENTA: ICMS. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. **a)** OPERAÇÕES REALIZADAS ATRAVÉS DE EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. **b)** OPERAÇÕES REALIZADAS ATRAVÉS DE NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS. Fato não impugnado em relação ao item “b”. Acusação mantida. Quanto a imputação indicada no item “a”, apesar de idêntica a seguinte, item “b”, o autuado não apresentou fatos, argumentos ou elementos capazes de desconstituir a acusação. A exigência tributária está devidamente demonstrada e corretamente caracterizada, não sendo apurada por meio de presunção ou arbitramento de alíquota. Não acolhidas às arguições de nulidade. Indeferido o pedido de diligência e/ou de perícia fiscal. Incompetência do órgão julgador administrativo para apreciar questões de constitucionalidade. Mantida a multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de exigência de ICMS no montante de R\$564.359,78, através do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 17/12/2019, em decorrência das seguintes acusações:

Infração 1 – *“Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.*

O contribuinte efetuou a saída das mercadorias aplicando alíquota diversa da prevista na legislação, 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 e NF-e. Tudo conforme ANEXO 1 – DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR – ECF – ALÍQUOTA DIVERGENTE, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte em meio magnético. Valor lançado: R\$559.103,36, referente ao período de janeiro/15 a dezembro/15, com multa no percentual de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 2 – *“Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.*

O contribuinte efetuou a saída das mercadorias aplicando alíquota diversa da prevista na legislação, através de notas fiscais relacionados no anexo 2.

Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético e NF-e. Tudo conforme ANEXO 2 – DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR – ECF – ALÍQUOTA DIVERGENTE, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte em meio magnético”. Valor lançado R\$5.256,42 com penalidade indicada no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

O autuado, por intermédio de seus patronos, ingressou com Impugnação conforme fls. 17 a 32, destacando que em relação à Infração 02 irá realizar o recolhimento do montante em cobrança, de modo a promover a quitação integral dos débitos fiscais referentes à mesma.

Tendo apresentado uma breve síntese dos fatos pontuou que por não concordar com a exigência fiscal, apresenta a presente Impugnação, por meio da qual afirma que será demonstrado e comprovado, em síntese: **(i)** a nulidade da autuação em razão de ausência de descrição clara e precisa da infração; **(ii)** a inocorrência da infração tendo em vista que a autuação foi lavrada baseada na mera presunção e que, ao contrário das alegações, todo imposto foi efetivamente recolhido, não havendo qualquer prejuízo ao erário; **(iii)** a 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)** a abusividade das penalidades aplicadas.

Como questão preliminar arguiu a nulidade do Auto de Infração alegando existência de vício material. Para tanto sustenta que a autuante formalizou de maneira equivocada e indevida a exigência de tributo, enquanto que a infração descrita não é precisa, revestindo-se, portanto, de inequívoco vício material que macula irremediavelmente o lançamento. Isso porque, de acordo com o Art. 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, destacando ainda que esta norma encontra-se recepcionada pela legislação estadual através do Art. 129 do CTE.

Nesta linha de entendimento teceu outras considerações a respeito da falta de clareza na descrição do fato gerador contido no Auto de Infração, onde a autuante, ao seu argumento, limitou-se a informar sinteticamente a suposta omissão de recolhimento de ICMS, o que viola frontalmente os arts. 142 do CTN e 129, § 1º do CTE.

Asseverou que a descrição do fato gerador contida no Auto de Infração não deixa claro, 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 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 que de fato 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 omissão de recolhimento de ICMS devido e conseguiu verificar alguns casos que levaram à equivocada interpretação da autuante, mencionando que esta alega que teria deixado de recolher ICMS por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, por haver desencontro entre os valores recolhidos e escriturados, ou ainda, por erro na apuração do imposto, de sua base de cálculo ou alíquota, todavia, em verdade, grande parte as operações apontadas tiveram a totalidade dos tributos incidentes recolhidos, de modo que não há de se falar em omissão de recolhimento de

ICMS ou em qualquer prejuízo ao erário.

Concluiu 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 passará a demonstrar os motivos pelos quais o Auto de Infração ora impugnado, 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 também, 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 autuante 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.

Em conclusão deste tópico defensivo pontuou 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, em síntese, 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. 53 a 58, 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 a 3 existem descrições complementares, inclusive fazendo referência a demonstrativos e os documentos que deram origem a identificação das irregularidades apuradas.

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 dotas 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. Com isso, afirmou que em momento algum houve desrespeito ao art. 129, § 1º do COTEB, ao art. 142 do CTN bem como ao art. 5º, LV da CF/88.

No tocante a menção de inocorrência das infrações, voltou a afirmar que estas não procedem na medida em que a simples alegação, por se só, não elide a infração, destacando que o inciso IV, do Art. 8º e o 143 do RPAF/BA 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, e, se há 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.

Com estes argumentos ratificou as infrações 1 e 2.

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. 07, 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.

Asseverou que não houve cerceamento de defesa, estando transcrito na autuação de forma detalhada as infrações, o enquadramento, tipificação das multas e o indicativo dos demonstrativos utilizados para quantificar o valor da infração, tudo entregue ao autuado conforme consta às fls. 12 e 13.

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

Às fls. 61 e 62 foram juntados extratos de pagamento emitidos através do SIGAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, dando conta da existência do pagamento efetuado pelo autuado no valor de R\$7.735,15 referente a integralidade do débito relacionado à infração 02.

VOTO

Através do Auto de Infração em análise foram imputados ao autuado o cometimento de duas infrações à legislação tributária do ICMS, as quais estão assim postas:

Infração 01: *“Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.*

O contribuinte efetuou a saída das mercadorias aplicando alíquota diversa da prevista na legislação, 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 e NF-e. Tudo conforme ANEXO 1 – DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR – ECF – ALÍQUOTA DIVERGENTE, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte em meio magnético. Valor lançado: R\$559.103,36, referente ao período de janeiro/15 a dezembro/15, com multa no percentual de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “a, da Lei nº 7.014/96.

Infração 2 – *“Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.*

O contribuinte efetuou a saída das mercadorias aplicando alíquota diversa da prevista na legislação, através de notas fiscais relacionados no anexo 2.

Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético e NF-e. Tudo conforme ANEXO 2 – DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR – ECF – ALÍQUOTA DIVERGENTE, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte em meio magnético”. Valor lançado R\$5.256,42 com penalidade indicada no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Em relação a segunda infração, apesar do autuado pugnar pela nulidade do Auto de Infração, não houve insurgência deste em relação à mesma, tanto que efetuou o respectivo pagamento de forma integral de acordo com os documentos de fls. 61 e 62, razão pela qual fica extinto o crédito tributário a ela relacionado, devendo ser homologado o valor pago. Infração 02 mantida.

Apesar do autuado ter apresentado argumento suscitando a nulidade do Auto de Infração por existência de vício material, tendo em vista que as infrações, ao seu entender, estão descritas de forma imprecisa, o seu reconhecimento expresso da infração 02, cujo pagamento foi efetuado de forma integral, conduz que os argumentos defensivos serão analisados doravante em relação apenas a infração 01, única que resta em discussão.

Assim é que, não vejo como acolher tal argumento de nulidade, porque, ao se reportar ao art. 142 do CTN e ao art. 129, § 1º, inciso III do COTEB para sustentar sua irresignação, vejo que todos os itens elencados 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.

De acordo com o que consta dos autos vê-se, sem qualquer dúvida, que a acusação está posta de forma clara, e corretamente fundamentada, sendo plenamente possível a identificação dos fatos narrados pela autuante, que indicam através das planilhas elaboradas e entregues ao autuado, de forma pormenorizada, a identificação de todas as operações que deram causa à autuação, com indicação individual de cada documento fiscal, contendo a data da emissão, o CFOP 5102 referente a todas as operações, a alíquota aplicada pelo autuado de 12% e a alíquota interna de 17%, recaindo a exigência sobre a diferença debitada e recolhida a menos.

Portanto, à luz do quanto acima descrito, além do correto enquadramento da infração e da penalidade aplicada, e pelo fato de se encontrar atendido o regramento estabelecido pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, não há como ser acolhido o pedido de nulidade pois não se caracterizou o aludido cerceamento ao direito de defesa. Portanto, por não se confirmar a existência do alegado vício material no lançamento, afasto todos os argumentos de nulidade trazidos pelo autuado.

Quanto ao mérito, com base no art. 147 do RPAF/BA, não acolho o pedido para realização de perícia ou diligência, em razão do autuado não apresentar argumentos ou indicar de forma concreta fatos que deem margem a sua realização, e em razão de considerar presentes nos autos todos os elementos suficientes a formação do meu convencimento como julgador.

Adentrando ao exame dos argumentos apresentados em relação ao mérito da autuação, vejo que o autuado alegou a inocorrência da infração apontada no Auto de Infração, e que pelo fato do mesmo estar posto de forma lacônica 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.

Conforme já pontuado linhas acima, a infração não está posta na forma mencionada pelo autuado e se encontra indicada de maneira perfeitamente compreensível e detalhada. Aliás, a autuação em momento algum se refere a utilização indevida de créditos fiscais conforme mencionado pela defesa, portanto, não se sustenta tal argumento. Aliás, convém destacar, que em mais de uma oportunidade o autuado se referiu a questões que não estão envolvidas na presente autuação, quando, por exemplo, assim se referiu: *“... 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”*.

Por oportuno, destaco que o autuado apesar de mencionar que conseguiu verificar alguns casos que levaram à equivocada interpretação da autuante, nada apresentou em seu benefício. As planilhas elaboradas pela autuante, mais precisamente a relacionada ao demonstrativo do débito lançado a menos, fl. 08, indica de forma clara as operações, todas internas, ou seja, realizadas dentro Estado, CFOP 5102, porém com utilização da alíquota de 12% aplicada nas operações interestaduais, o que não é permitido. Convém também esclarecer que o argumento defensivo de que algumas das operações tiveram o imposto integralmente pago, nada foi comprovado.

No que diz respeito a alegação de que a autuação ocorreu através de utilização de presunção como meio de prova, não é o que se apresenta nestes autos. A ação fiscal foi precedida da respectiva cientificação ao autuado, conforme se constata através do doc. fl. 06, que lhe foi encaminhado via Domicílio Tributário Eletrônico, cuja ciência e leitura pelo mesmo ocorreu no dia 21/10/19.

Ainda no curso da ação fiscal, foi encaminhada mensagem ao autuado através do e-mail constante à fl. 07, onde foram apresentadas as inconsistências colhidas para efeito de análise pelo

mesmo, porém não consta resposta do mesmo a este respeito. Apesar disto, tem razão a autuante quando menciona 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 e acima já explicitado, entendeu a autuante não haver necessidade de buscar maiores explicações ao autuado, além daquelas acima já mencionadas.

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, pois, os fatos apurados se encontram devidamente comprovados e documentados.

No que diz respeito ao argumento de que a técnica utilizada pela autuante para efeito de apuração do imposto é manifestamente ilegal, na medida em que se deu por arbitramento da tributação à alíquota de 17% sobre a base de cálculo do valor da operação de entrada, se trata de outro argumento que não prospera na medida em que se encontra analiticamente demonstrado de forma correta, a maneira de como foi apurado o imposto exigido, não havendo porque se falar em arbitramento.

No que tange à arguição de desproporcionalidade, do caráter confiscatório e de inconstitucionalidade da multa aplicada no percentual de 60%, saliento que esta se encontra prevista pelo Art. 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, de acordo com o disposto no Art. 167, I do RPAF-BA. Também, pelo fato da multa aplicada se referir a descumprimento de obrigação principal, esta Junta de Julgamento não possui competência para sua redução.

Em conclusão, voto pela Procedência do presente Auto de Infração, no valor de R\$564.359,78, devendo ser homologado o valor já recolhido em relação à infração 02.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0020/19-0**, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$564.369,78**, acrescido da multa de 60%, prevista pelo Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já pago referente à infração 02.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de junho de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR