

A. I. Nº - 274068.0022/19-2
AUTUADO - MAKRO ATACADISTA S.A.
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/11/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0182-04/20-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O sujeito passivo não apresentou qualquer argumento ou documento, visando objetivamente desconstituir o lançamento tributário, o qual se encontra devidamente demonstrado, de forma analítica e compreensível, possibilitando ao autuado exercer plenamente sua defesa. Não acolhidas as arguições de nulidade. Indeferido o pedido de diligência e de perícia fiscal. Mantida a multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração expedido em 17/12/2019, para reclamar crédito tributário no montante de R\$248.270,06, mais multa de 60%, com previsão no Art. 42, inciso II alínea “d” da Lei nº 7.014/96, referente ao período de janeiro/15 a novembro/15, em decorrência da seguinte acusação: *“Efetou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior. A base de cálculo das mercadorias constantes no Protocolo 50/05 está de acordo com a Clausula Segunda do Protocolo ICMS 50/05.*

Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÕES DE SERVIÇOS, Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético e NF-e.

Tudo conforme ANEXOS 1 a 4, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte em meio magnético”.

O autuado, através de seus representantes legais, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 18 a 36, onde após considerações iniciais, argumentou não concordar com a exigência fiscal, afirmando 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 das infrações tendo em vista que a autuação foi lavrada baseada na mera presunção e que, ao contrário das alegações, todo imposto foi efetivamente recolhido e todo creditamento realizado na forma da lei, não havendo qualquer prejuízo ao erário *iii*) a ilegalidade da presunção como meio de prova, uma vez que ao proceder de acordo com a legislação não precisa demonstrar sua boa-fé, e *iv*) abusividade das penalidades aplicadas.

Como questão preliminar arguiu a nulidade do Auto de Infração por existência de vício material. Para tanto sustentou 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.

Pontuou 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 pela mesma para infirmar o recolhimento indevido de ICMS, muito menos a comprovação cabal dessa ocorrência.

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 mencionadas, 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 omissão de recolhimento de ICMS devido e conseguiu verificar alguns casos que levaram à equivocada interpretação dada pela autuante.

Pontuou que no presente caso foi alegado que houve falta de recolhimento de ICMS antecipado por substituição tributária, todavia, em verdade, as operações apontadas tiveram a totalidade do tributo incidente recolhida como ICMS-ST, uma vez que se percebe que possuem notas fiscais com o destaque do tributo pelo próprio fornecedor.

Ponderou, também, que a antecipação do recolhimento do imposto é ilegal e inconstitucional, dada a cobrança de pagamento de ICMS sobre operações que ainda não ocorreram, sem que haja regime de substituição tributária, sendo que, com efeito, a exigência tributária combatida ofende os arts. 155, II da CF/88 e o 2º, I e 12, I da LC 87/96, que preveem expressamente que o ICMS incidirá sobre a circulação de mercadorias, considerando-se o fato ocorrido o fato jurídico tributário na saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte.

Neste contexto, teceu considerações jurídicas objetivando sustentar seus argumentos, transcrevendo, inclusive decisões de Tribunais Superiores, e sustentou que de modo a comprovar a tributação integral das operações indicadas, nos termos da fundamentação acima apresentada, em observância ao princípio da verdade material e, ainda, que o dever de comprovar as acusações seja da Fiscalização, nos termos do art. 333, I do CPC, como prova de demonstrar sua boa-fé e com o objetivo de garantir seu direito ao pleno contraditório, postula que 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 qualidade de estoques e livros fiscais, restará comprovado inequivocamente que não pode ser compelido 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.

Passou a se reportar a respeito do que denomina de “abusividade da multa imposta”, no percentual de 60% do valor do imposto apurado em cada operação de entrada maculada com creditamento indevido.

Após tecer outras considerações de cunho jurídico, 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.

Acrescentou outros argumentos para sustentar sua tese de abusividade da multa aplicada, citando, inclusive, decisões de Tribunais Superiores, onde mencionou a adoção do patamar de 20% como razoável para casos análogos, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, 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.

Ao final 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, consequentemente, seja determinado o cancelamento integral da exigência consubstanciada 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. 57 a 62, 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.

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, conforme fls. 06 a 12 e arquivos conforme fls. 13 e 14, descrevendo o conteúdo de tais documentos, e observou que os valores reclamados se basearam nas notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital – EFD do autuado, documento este gerado pelo próprio, sendo que, em nenhum momento foi questionado pelo autuado as informações da sua EFD, afirmando, ainda, 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, conforme citado pelo autuado, vez que o Auto de Infração seguiu o estabelecido por estes dispositivos legais.

No tocante ao argumento de inocorrência das infrações, não acolheu o argumento defensivo visto que considera que a simples alegação na forma posta não elide a infração, enquanto que o inciso IV do art. 8º e o art. 143, ambos do RPAF/BA determinam que as petições devem conter os meios de prova com que o interessado pretenda demonstrar a veracidade de 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, acrescentando que, se há alguma prova a ser apresentada, certamente é decorrente de documentos que o próprio autuado possui e, assim sendo, dele é o ônus de apresentá-los.

Acrescentou que nos demonstrativos 02 e 03 tem a coluna ICMS ST NF-e destinada ao ICMS-ST existente nas notas fiscais eletrônicas de entradas, citando e transcrevendo a título de exemplo a NF-e nº 112.766, de 19/01/2015, com destaque de R\$129,01 referente a ICMS-ST, para o item HTH – Purificador Flutuador Pequeno (12x0,83kg)un 2468 II Ácido Tricloroisocianu Rico, Seco 5.1.

Ratificou a acusação.

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 aplicada 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 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.

VOTO

Através do Auto de Infração em análise, foi imputado ao autuado o recolhimento a menos do ICMS antecipação tributária no total de R\$248.270,06, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, referente ao período de janeiro/15 a novembro/15. A apuração dos fatos se deu com base nos demonstrativos anexos, denominados “REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÕES DE SERVIÇOS”, além da própria escrituração fiscal digital do autuado e respectivas notas fiscais eletrônicas, estando tudo demonstrado através dos Anexos 1 a 4 e mídia digital eletrônica, fl. 13, todos entregues ao autuado mediante recibo constante à fl. 14.

Em sua defesa, o autuado arguiu a nulidade do Auto de Infração por existência de vício material, tendo em vista que a infração que lhe foi imputada, ao seu entender, está descrita de forma imprecisa.

Não vejo como acolher tal argumento defensivo, 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 ali 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 conforme recibo de fl. 14, de forma pormenorizada, a identificação de todas as operações que deram causa à autuação.

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. Assim, por não se confirmar a existência do alegado vício material no lançamento, afastos 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 das infrações questionadas, e que pelo fato das mesmas estarem postas 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, de fácil compreensão, na medida que as planilhas elaboradas pela autuante, de posse do autuado, lhe possibilitam esta condição, a tipificação se apresenta de forma correta enquanto que a defesa teve todas as possibilidades possíveis ao seu desenvolvimento de forma objetiva e criteriosa, entretanto, não é isto que vejo nos autos.

A infração impugnada, conforme já dito linhas acima, se refere a recolhimento a menos do ICMS a título de antecipação tributária, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, no período de janeiro/15 a novembro/15. De início observo que não pode ser acolhido o argumento defensivo de que *“a antecipação do recolhimento do imposto é ilegal e inconstitucional, dada a cobrança de pagamento de ICMS sobre operações que ainda não ocorreram, sem que haja regime de substituição tributária, sendo que, com efeito, a exigência tributária combatida ofende os arts. 155, II da CF/88 e o 2º, I e 12, I da LC 87/96, que preveem expressamente que o ICMS incidirá sobre a circulação de mercadorias, considerando-se o fato ocorrido o fato jurídico tributário na saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte”*.

Isto porque, a exigência tributária possui previsão expressa na Lei estadual nº 7.014/96, a qual deve ser cumprida por todos. Aliás, não houve por parte do Supremo Tribunal Federal decretação de sua inconstitucionalidade, portanto não há o que se discutir a este respeito.

Assim é que, da análise levada a efeito nos argumentos defensivos relacionados ao mérito da autuação, sem qualquer dificuldade, se constata que, a rigor, o autuado, apesar de haver recebido todos os demonstrativos que deram causa à autuação, não enfrentou, objetivamente, as acusações que lhe foram impostas.

Sua tese defensiva, se limitou a citar, que buscou localizar algumas hipóteses para comprovar a inexistência de omissão de recolhimento, e conseguiu verificar alguns casos que levaram à equivocada interpretação da autuante, entretanto, não os apontou e sequer citou algum, mesmo por amostragem, limitando-se a dizer, simplesmente, que houve falta de tipicidade das condutas consideradas, o que não concordo pois não apresentou qualquer justificativa ou respaldo legal para tal afirmação, e, o que é mais grave, apenas citou que não cometeu as infrações, sem apresentar qualquer prova que justificasse seu argumento. Utilizou tal argumento, apenas, para pugnar pela realização de diligência ou perícia fiscal, as quais, por falta de elementos que as justifiquem, já foram acima indeferidas.

Convém aqui registrar, que apesar do autuado ter afirmado que todo o imposto exigido a título de ICMS-ST já fora inteiramente pago através de retenção efetuada pelo próprio fornecedor no documento fiscal emitido, não anexou aos autos um exemplo sequer para fim de sustentar seu argumento, apesar de ter em mãos as planilhas analíticas elaboradas pela autuante, que apresenta os cálculos de forma bastante detalhada, possibilitando todos os meios de conferência, o que, infelizmente não ocorreu.

No que diz respeito à 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. 04, 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. 05, onde foram apresentadas as inconsistências colhidas para efeito de análise pelo mesmo, porém, não consta resposta 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 de entradas de mercadorias, todas identificadas nas através das multicamadas planilhas, além dos dados extraídos da 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, 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. De igual maneira, a doutrina trazida aos autos está desassociada aos fatos aqui analisados.

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.

Desta maneira, pelo fato da autuante ter apurado e demonstrado de forma compreensível e detalhada a infração questionada, cujos respectivos demonstrativos analíticos elaborados foram entregues ao autuado consoante recibo de fl. 14, além de assinatura posta nas planilhas constantes nos autos pela representante da empresa auditada, e, considerando que o autuado não apontou

qualquer equívoco porventura existente nos levantamentos elaborados pela autuante, não vejo outra opção senão julgar subsistente a acusação.

No que tange à arguição de abusividade da multa imposta, no percentual de 60%, por considerá-la desproporcional, de caráter confiscatório e inconstitucional, saliento que esta se encontra prevista pelo Art. 42, inciso VII da Lei nº 7.014/96, não cabendo a este órgão julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta, de acordo com o disposto no Art. 167, I do RPAF-BA. Também, por se tratar de penalidade por descumprimento de obrigação principal, falece competência a este órgão julgador administrativo para promover sua redução. Desta maneira, em face da existência de previsão legal para aplicação no percentual posto no Auto de Infração, mantenho a penalidade aplicada no percentual de 60%.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração, no valor de R\$248.270,06.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0022/19-2**, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$248.270,06**, acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de setembro de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR