

A. I. Nº - 274068.0023/20-2
AUTUADO - MAKRO ATACADISTA S.A.
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/09/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0143-04/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. DUVERGÊNCIA ENTRE VALOR RECOLHIDO E O INFORMADO EM DOCUMENTOS E LIVROS FISCAIS. **a)** NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS; **b)** NOTAS FISCAIS AO CONSUMIDOR ELETRÔNICAS. Apesar de os fatos apurados estarem devidamente demonstrados através de planilha analítica de débito, a defesa não se reportou de forma objetiva aos fatos concernentes à autuação. Infrações subsistentes; **c)** NOTAS FISCAIS AUTORIZADAS COMO CANCELADAS; **d)** ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. Infrações não impugnadas. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS. **a)** BENS PARA INTEGRAÇÃO AO ATIVO FIXO. **b)** MERCADORIAS PARA USO OU CONSUMO PRÓPRIO. Igualmente, a defesa não se reportou de forma objetiva aos fatos concernentes à autuação. Infrações subsistentes. Não acolhida a arguição preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 17/09/2020, exige crédito tributário no valor de R\$136.634,26, em razão do cometimento das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 03.01.04 - Recolheu a menor ICMS no valor de R\$896,95, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos.

Consta ainda as seguintes informações: “*O contribuinte lançou ICMS nos REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, referente a notas fiscais – NF-e dos anexos 1 e 2, valor inferior ao destacado no documento fiscal, implicando em lançamento a menor no REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS – OPERAÇÕES PRÓPRIAS e consequentemente recolhimento a menor.*

Infração 02 - 03.01.04 – Recolheu a menor ICMS no valor de R\$79.918,08, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos.

Consta ainda as seguintes informações: “*O contribuinte lançou ICMS nos REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, referente a notas fiscais – NFC-e dos anexos 4 e 5, valor inferior ao destacado no documento fiscal, implicando em lançamento a menor no REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS – OPERAÇÕES PRÓPRIAS e consequentemente recolhimento a menor.*

Infração 03 – 03.01.04 - Recolheu a menor ICMS no valor de R\$543,20, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos.

Consta ainda as seguintes informações: “*O contruinbuinte lançou ICMS nos REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, notas fiscais autorizadas como canceladas, sendo assim, a tributação das respectivas NF-e não foram incluídas na apuração do imposto.*

Infração 04 – 03.02.04 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, no valor de R\$1.536,39.

Consta ainda as seguintes informações: “*O valor lançado na EFD a débito referente a Nota Fiscal do Consumidor Eletrônica -NFC-e é inferior ao valor do imposto correspondente a aplicação da alíquota prevista para as operações com as respectivas mercadorias sobre a base de cálculo.*

Infração 05 – 06.01.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no valor de R\$22.113,81.

Infração 06 - 06.02.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento, no valor de R\$31.625,83.

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 55 a 64v), inicialmente falando sobre a tempestividade da mesma. Em seguida diz que em relação as infrações 03 e 04 efetuará o recolhimento integral, razão pela qual deve ser reconhecida a extinção dos respectivos créditos tributários, nos termos do art. 156, inciso I do Código Tributários Nacional (CTN).

No que tange aos demais itens diz que não pode concordar com as acusações fiscais, seja pelo fato de sua conduta estar amparada na legislação específica, da qual não resultou qualquer prejuízo ao Erário, seja ainda pelo fato do AI padecer de fundamento legal. Assim, considerando que a referida exigência é manifestamente ilegítima e improcedente, e passará a expor suas razões, de modo a evidenciar a impossibilidade de exigência de qualquer valor pretendido com base no presente Auto de Infração, não havendo como o lançamento prosperar, devendo ser integralmente cancelado.

Passa a discorrer sobre a nulidade do lançamento asseverando que a Fiscalização Estadual formalizou de maneira equivocada e indevida a exigência de tributo e a infração descrita nas peças infracionais não é precisa. Trata-se, pois, 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 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 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.

Explica que a descrição do fato gerador contida no mencionado auto de infração não deixa clara a razão que teria motivado a Fiscalização Estadual a demandar da MAKRO tão vultosa quantia,

limitando-se a indicar sinteticamente a suposta omissão parcial de recolhimento de ICMS, o que viola frontalmente os arts. 142 do CTN e 129, §1º, III, do CTE.

Acrescenta que basta uma simples leitura da infração e do respectivo demonstrativo de débito para verificar que a acusação trata da suposição de que a Impugnante “*recolheu a menor ICMS em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado em documentos e livros fiscais*”, enquanto é cobrado o valor cheio da alíquota percentual de 17%.

Entende que se a Impugnante recolheu o valor a menor a Fiscalização deveria apenas ter cobrado a suposta diferença, caso devida. Portanto há uma confusão por parte da Fiscalização, sobretudo em definir a infração cometida, diante da incoerência da fundamentação legal.

Assim, caso a Autoridade Fiscal não cumpra os requisitos previstos na legislação de regência (incluindo a motivação/fundamentação do ato administrativo), a declaração de nulidade e o consequente cancelamento das autuações fiscais são medidas que se impõem, a teor do que dispõe o artigo 18 do RPAF/BA, cujo teor transcreve.

No presente caso, é inegável que, além do sintético fundamento apresentado pela Fiscalização Estadual como descrição da infração, não há no restante da notificação fiscal qualquer indicação ou demonstração das premissas que teriam sido averiguadas pela Fiscalização Estadual para infirmar o recolhimento a menor do imposto, tampouco a comprovação cabal dessa ocorrência. Está nítido 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. Em outras palavras, restou à Impugnante a insólita missão de adivinhar os elementos suscitados pela D. Fiscalização Estadual como causas da autuação.

Como se não bastasse, 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. 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.

Assim, afirma ter restado demonstrado que o auto de infração em comento deve ser declarado nulo por violar as formalidades legais e materiais necessárias. Esse entendimento é corroborado pela jurisprudência, conforme se depreende do precedente do E. Superior Tribunal de Justiça (STJ), que transcreveu.

Conclui 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. Assim, 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.

Ressalta que este entendimento é corroborado pela jurisprudência deste CONSEF, em casos análogos ao presente, e é pacífico em reconhecer a insubsistência fiscal do lançamento quando não há elementos suficientes para determinar a infração e apurar por método em conformidade com a lei, conforme se depreende das ementas que transcreve.

Entende que em razão dos vícios apontado, à luz da legislação e jurisprudência acima transcritas, há de ser reconhecida a nulidade absoluta do presente lançamento tributário, pois tanto o seu teor, como a sua instrução carecem da descrição dos elementos de fato que teriam ensejado a autuação, cerceando seu direito de defesa e infringindo os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como a legislação infraconstitucional já apontada.

Acrescenta que como mencionado acima, o auto de infração ora combatido é lacônico e impreciso, o que levou a Impugnante a ter que adivinhar as irregularidades que eventualmente teria cometido para ocasionar o suposto recolhimento a menor. Diante disso, resta para a

Impugnante 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.

Passa a demonstrar os motivos pelos quais o 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 os supostos débitos, afirmando que a lavratura de Auto de Infração contra contribuinte tem como pressuposto o procedimento de fiscalização prévia, por meio do qual a D. Fiscalização Estadual possui amplos poderes para requerer e o dever de analisar todos os documentos necessários à minuciosa verificação dos fatos alegados na autuação.

No caso presente a fiscalização não solicitou da Impugnante qualquer apresentação de documentos fiscais e contábeis necessários ao procedimento de fiscalização, tampouco, solicitou esclarecimentos quanto às operações de saídas.

Assevera que após ter sido identificado supostas inconsistências no recolhimento do imposto referente às operações de saídas, ao invés de intimar a Impugnante para prestar esclarecimentos sobre meros indícios de irregularidade, a Fiscalização Estadual preferiu lavrar de imediato o Auto de Infração em questão, deixando a análise dos documentos para o momento da apresentação da impugnação.

Dessa forma, entende não restar dúvidas de que o presente lançamento foi pautado apenas em indícios e que a Fiscalização Estadual se valeu de mera presunção para a sua formalização, pois ocorreu apenas um levantamento superficial e genérico que trata tão somente de operações de saídas, sem o devido aprofundamento da questão, inclusive para saber se se trata de produtos isentos ou não tributáveis.

Entende que caberia à fiscalização o ônus de munir-se de provas necessárias à comprovação do alegado e não apenas presumir a infração. Há que se considerar também que a presunção de inocência, até prova em contrário é garantia constitucional asseguradas, que restaria desprezada caso se admitisse como legítima a presunção com o meio de prova de acusação válido.

Caso contrário, haverá inversão das relações jurídicas, na qual se subverte o ônus da prova que, *in casu*, é manifestamente da D. Fiscalização Estadual. Ora, para penalizar o contribuinte, a D. Fiscalização Estadual 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.

Destaca que o utilizar a presunção, a Fiscalização Estadual transfere ao contribuinte o ônus da prova, em manifesta afronta ao disposto nos arts. 113, §1º, e 142, ambos do CTN. Acerca dessa impossibilidade de inverter o ônus da prova ao contribuinte transcreve lições de Marco Aurélio Greco.

Externa o entendimento de que para verificar se o pagamento foi a menor, a Fiscalização Estadual deveria cotejar os registros de entradas com as saídas diante do resumo de apuração do ICMS. Contudo, como exposto anteriormente a Fiscalização Estadual sequer analisou as entradas tributadas do estabelecimento da Impugnante ou as saídas, inclusive para a apuração de créditos, presumindo o recolhimento a menor.

Assim, resta comprovada novamente a integral falta de tipicidade da conduta considerada ante a ausência de efetiva demonstração de ocorrência da infração pela D. Fiscalização Estadual, ou seja, a Impugnante não cometeu a infração da qual foi acusada porque não deixou de recolher qualquer valor de imposto devido. 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.

Destaca, ainda, que a técnica de apuração tributária utilizada pela Fiscalização Estadual é

manifestamente ilegal, na medida em que se deu por “arbitramento” de tributação a alíquota de 18% sobre a base de cálculo do valor da operação de saídas das mercadorias. Isto é, além de imputar a infração de pagamento a menor 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 18% indiscriminadamente.

Frisa que não se pode presumir que todas as mercadorias vendidas pela Impugnante se submetem ao regime de tributação normal, tal como pretendeu a Fiscalização Estadual ao fazer incidir a alíquota de 18% a base de cálculo do valor da operação de saídas das mercadorias em que ocorreu o suposto recolhimento a menor.

Tal presunção é ainda mais evidente, na medida em que a presente autuação trata especificamente de operações com produtos cujas saídas não são tributadas ou são beneficiadas com redução da base de cálculo, como os produtos submetido a outras tributações e que, portanto, não estão submetidas à alíquota de 18%.

Por mais tais razões, resta demonstrada a nulidade do auto de infração ora combatido.

Em seguida diz que a fim de comprovar as alegações quanto a inexistência de falta de recolhimento requer a posterior juntada dos documentos que tratam do levantamento dos tens não tributáveis, em que não houve o respectivo aproveitamento dos créditos quando das entradas.

Dessa forma entende que, comprovará que, ao menos, parte das notas fiscais apontadas pela fiscalização deve ser cancelada, sobretudo em razão do fato de que não há que se falar em recolhimento de imposto sobre itens não tributáveis.

Requer a posterior juntada dos documentos, com fundamento no princípio da verdade material, reiterando seu pedido para que seja reconhecida a precariedade da autuação, sobretudo para que seja reconhecida a existência de itens não tributáveis. Subsidiariamente, pugna pela conversão do feito em diligência para fins de confirmação.

Fala sobre a abusividade da aplicação de penalidade combinada em 60% do valor do imposto supostamente não recolhido que é outra circunstância que macula a exigência fiscal. A citada multa é manifestamente inaplicável ao caso pois está evidente o descompasso entre a realidade fática e a acusação.

A penalidade imposta pressupõe a ausência de recolhimento tempestivo do ICMS que, como já demonstrado, foi integralmente recolhido no momento das saídas e, portanto, a referida penalidade seria inaplicável ao presente caso.

Ademais, a multa é absolutamente desproporcional, caracterizando verdadeiro confisco, na medida em que corresponde a mais da metade do valor do imposto exigido que, como já demonstrado, é indevido e foi devidamente recolhido. A esse respeito, note-se 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.

Conclui afirmando que de todo o exposto, tem como demonstrado que a exigência fiscal em questão deve ser integralmente cancelada, em síntese, pela comprovação e demonstração da nulidade da autuação em razão de ausência de descrição clara e precisa da infração e da utilização de mera presunção como prova.

Caso não seja este o entendimento requer que a multa aplicada seja afastada ou 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.

Pugna pela posterior juntada de documentos comprobatórios referentes à relação dos itens não tributáveis, sobretudo quanto à conversão do processo em diligência, a fim de comprovar a insubsistência fiscal, bem como protesta pela realização de sustentação oral quando do

julgamento.

A Autuante presta informação fiscal fls. 79 a 86. Inicialmente transcrevendo o inteiro teor das infrações. Em seguida faz um resumo dos argumentos defensivos e passa a prestar os seus esclarecimentos a seguir resumidos:

Inicialmente assevera que a impugnante informa que efetuará o recolhimento integral das infrações 1, 3 e ratifica as mesmas.

Em relação ao argumento de que a fiscalização formalizou de maneira equivocada e indevida a exigência de tributos, além de que a infração descrita nas peças infracionais não é precisa os diz que a mesma não pode prosperar, pois como pode ser observado nas folhas 1 a 5 tem-se a descrição das infrações, inclusive com descrições complementares, de forma clara e completa com o devido enquadramento e tipificação da multa aplicada, atendendo o que determina o art. 18 do RFAP, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e os anexos foram entregues ao contribuinte conforme folhas 19 a 29 e arquivos conformes folhas 42 e 43.

Assevera que as planilhas são claras e objetivas, descrevendo as operações com os respectivos pagamentos com os seus respectivos dados, contendo informações como data, número dos documentos, código do produto, descrição do produto, preço, alíquota usada, alíquota correta, diferença do ICMS devido ao uso da alíquota divergente e todas as informações necessárias para a demonstração das infrações. Existem no auto os documentos necessários para a demonstração da infração. A escrita fiscal, NF-e e relatório das NFC e constam no arquivo magnético, folhas 36 e 37. Os valores reclamados na autuação se basearam nas NF-e e na Escrituração Fiscal Digital - EFD, documento gerado pela própria autuada. Em momento algum a impugnante questionou as informações da EFD.

No que diz respeito ao argumento defensivo de que foram desrespeitados os art. 129 § 1º da Lei 3.956/81, art. 142 do CTN e art. 5º, LV da CF/88 a mesma não prospera, pois, o auto de infração seguiu o estabelecido nestes dispositivos.

Rechaça o argumento defensivo de que houve ilegalidade na medida em que utilizou a alíquota de 17% sobre a base de cálculo, entretanto, na descrição da infração existe um demonstrativo sintético, enquanto que os anexos são analíticos e evidenciam de forma individualizada cada operação para calcular o imposto sobre a base de cálculo com alíquota e respectiva e redução da base de cálculo.

Quanto a alegada falta de intimação para prestar esclarecimentos a respeito de eventuais indícios de irregularidades diz não existir previsão legal e que não houve presunção, porque a fiscalização tem acesso a NF-e e Escrita Fiscal Digital – EFD e fez a análise da documentação, não existindo dúvidas quanto ao ilícito praticado, por este motivo não há necessidade de solicitar esclarecimentos adicionais. Mesmo assim foi enviado para o contribuinte e-mail solicitando informações, conforme folhas 11 e 12 e não houve resposta.

Quanto a suposta ilegalidade de utilização de alíquota de 18% sobre a base de cálculo e que presumiu que todas as mercadorias vendidas se submetem ao regime de substituição normal afirma que a mesma não prospera pois na descrição da infração existe um demonstrativo sintético, enquanto que no anexo o demonstrativo é analítico, evidenciando o valor de forma individualizada de cada operação para calcular o imposto sobre a base de cálculo com alíquota No que diz respeito a alegada presunção de que não se pode presumir que todas as mercadorias vendidas se submetem ao regime de tributação normal incidir a alíquota de 18% sem considerar que a empresa comercializa mercadorias beneficiadas com redução da base de cálculo e com produtos submetidos a outras tributações, afirma que nos demonstrativos só existem mercadorias tributadas normalmente e nos demonstrativos contam a respectiva redução da base de cálculo e alíquota de forma individualizada, além do que a autuada não cita um exemplo de produto não sujeito ao regime de tributação normal, ou item que não foi aplicada a redução da base de cálculo, ou ainda com aplicação de alíquota divergente.

A impugnante requer a posterior juntada dos documentos que tratam do levantamento dos itens não tributáveis, em que não houve o aproveitamento dos créditos, a fim de comprovar as alegações quanto a inexistência de falta de recolhimento, o que não pode ser acatado pois de acordo com o § do art. 123 do RPAF a matéria relacionada à situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez. Registra que o inciso IV do artigo 8º e art. 143 do RPAF determinam que as petições devem conter os meios de prova com que o interessado pretenda demonstrar a veracidade de suas alegações, pois a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal.

Quanto à multa aplicada diz que não cabe, no âmbito de suas atribuições, a discussão sobre entendimento constitucional, posto que deve obediência ao RICMS/BA por responsabilidade funcional.

Entende não ser necessária a realização de diligência, pois constam no respectivo PAF todos os elementos necessários para conclusão da procedência das infrações.

Finaliza opinando pela Procedência do Auto de Infração.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Pedro Ernesto de Albuquerque, OAB/SP nº 362.553, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

O presente Auto de Infração, diz respeito ao cometimento de (06) seis infrações, sendo que o autuado, na apresentação da defesa, reconheceu como devidas as imputações relacionadas às infrações 03 e 04, razão pela qual, julgo-as procedentes.

Quanto às demais infrações que foram impugnadas, ou sejam, as infrações 01, 02, 05 e 06, o autuado arguiu a nulidade das mesmas, por existência de vício material, tendo em vista que estas, ao seu entender, estão descritas de forma imprecisa.

Não acolho tal argumento defensivo, visto que as acusações estão postas de maneira clara, sendo possível 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, constato que as infrações encontram-se devidamente demonstradas de forma analítica, cujas planilhas elaboradas contêm diversas informações, tais como: data, número do documento, código do produto, descrição do produto, preço, alíquota e todas as informações necessárias para a demonstração das infrações, e as mesmas foram entregues ao autuado.

Quanto à arguição de nulidade por ilegalidade da presunção como meio de prova, também não há como prosperar, pois não se trata de presunção. A Fiscalização, embasada na legislação do ICMS, elaborou demonstrativos analíticos demonstrando individualmente em cada documento fiscal, objeto da presente exigência, o imposto lançado pelo recorrente no seu livro fiscal, e o calculado pela fiscalização, estabelecendo as diferenças, as quais não foram oferecidas à tributação, caracterizando assim, o recolhimento a menos do imposto, conforme demonstrativos anexados aos autos.

Dessa forma, rejeito as preliminares de nulidade apresentadas nas razões de defesa.

No que concerne ao pedido de realização de diligência, considero que os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação de meu convencimento, na qualidade de julgadora deste processo administrativo fiscal, razão pela qual, tal pleito também fica indeferido, com base no art. 147, inciso I do RPAF/99, que assim dispõe:

"Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;
- b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos".

É preciso ainda se observar que o não deferimento do pedido não pode ser considerado como cerceamento de defesa, à vista do fato dos dados constantes no processo serem suficientes para a devida apreciação, nos termos do acima mencionado artigo 147 do RPAF/99.

No mérito, observo que as infrações questionadas, 01, 02 e 04, tratam de recolhimento a menos do imposto, em decorrência de divergência entre o valor recolhido e o informado nos livros fiscais (infração 02), e erro na aplicação de alíquota em saídas acobertadas por Nota Fiscal do Consumidor Eletrônica – NFC-e (infração 04).

Já as infrações 05 e 06, dizem respeito à falta de recolhimento do ICMS, referente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento (infração 05), e ao consumo do estabelecimento (infração 06).

Inicialmente, em relação ao argumento defensivo de que não houve intimação prévia para esclarecimentos a respeito de eventuais indícios de irregularidades, como bem pontuado pela autuante, tal procedimento não foi adotado por inexistência de previsão legal.

Quanto à alegação de que foi aplicada indiscriminadamente a alíquota de 18 % sobre a base de cálculo do valor das operações de saídas, observo que apesar do sujeito passivo não mencionar a que infração estava se referindo, verifico que tal argumento diz respeito às infrações 05 e 06, e como bem esclareceu a autuante nos demonstrativos analíticos, está evidenciada de forma individualizada cada operação, e foram consideradas as reduções da base de cálculo e alíquotas compatíveis com as mercadorias comercializadas, razão pela qual, tal argumento não pode ser acolhido.

Quanto ao pedido do defendant, referente à posterior juntada dos documentos que tratariam do levantamento dos itens não tributáveis em que não houve o aproveitamento dos créditos, a fim de comprovar as alegações quanto à inexistência de falta de recolhimento, tal pleito não pode ser acatado, pois caberia ao mesmo apontar objetivamente os itens que estariam incluídos indevidamente nos mencionados demonstrativos elaborados pela fiscalização, com as devidas justificativas e comprovações necessárias, e não apenas asseverar que não foram aproveitados suposto créditos fiscais.

Até porque, caso existissem os supostos créditos, se não lançados no próprio mês ou no mês subsequente, os mesmos deveriam se submeter ao regramento estabelecido nos art.314 e 315 do RICMS/BA, que assim estabelecem:

Art. 314 A escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte no próprio mês ou no mês subsequente em que se verificar:

I - a entrada da mercadoria e a prestação do serviço por ele tomado ou a aquisição de sua propriedade; II - o direito à utilização do crédito.

Art. 315. A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314 dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte.

Dessa forma, como o autuado não apontou qualquer equívoco porventura existente nos levantamentos elaborados pela autuante, as infrações 02, 04, 05 e 06 subsistem em sua totalidade.

No que tange à arguição de desproporcionalidade, do caráter confiscatório e de constitucionalidade 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, conforme disposto no 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 do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 274068.0023/20-2, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$136.634,26**, acrescido da multa de 60%, prevista pelo Art. 42, inciso II, alíneas “a”, “b” e “f” da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões CONSEF, 20 de julho de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR