

A. I. N° - 247068.0024/20-9
AUTUADO - MAKRO ATACADISTA S.A.
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 24/09/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0147-04/21-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NA EFD. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. a) NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS- NFE-e. Fato não impugnado. Acusação mantida. b) NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS – NF-e. c) DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR LANÇADO NOS LIVROS FISCAIS E OS DESTACADOS NOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. Apesar dos fatos apurados estarem devidamente demonstrados através de planilha analítica do débito, 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\$398.825,34, em razão do cometimento das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 02.01.02 - *Deixou de recolher, no (s) prazo (s) regulamentar (es) ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. O contribuinte realizou operações tributáveis através de Nota Fiscal Eletrônica – NF-e e não lançou os referidos documentos da na escrituração fiscal, implicando em não recolhimento do imposto. O contribuinte foi citado através da Intimação 5 para comprovar os lançamentos das notas fiscais do respectivo anexo nos REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. O contribuinte não se manifestou*”. Valor lançado R\$125,16, mais multa de 100% com previsão no Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - 02.01.02 - *Deixou de recolher, no (s) prazo (s) regulamentar (es) ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. O contribuinte realizou operações tributáveis através de Nota Fiscal do Consumidor Eletrônica– NF-C e não lançou os referidos documentos na escrituração fiscal, implicando em não recolhimento do imposto. O contribuinte foi citado através da Intimação 5 para comprovar os lançamentos das NF-C do respectivo anexo nos REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. O contribuinte não se manifestou*”. Valor lançado R\$256.578,82, mais multa de 100% com previsão no Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – *Deixou de recolher, no (s) prazo (s) regulamentar (es) ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Nos meses de março e abril de 2017 o não lançou os documentos fiscais de saída no REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO e lançou valor no REGISTROS FISCAIS DE APURAÇÃO DO ICMS- OPERAÇÕES PRÓPRIAS no campo VALOR TOTAL DOS AJUSTES A DEBITO DO IMPOSTO. O ICMS das NF-e e NFC-e foram somadas e foi abatido o valor lançado no ajuste. Valor lançado R\$142.121,36, mais multa de 100% com previsão no Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.*

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 42 a 60), inicialmente falando sobre a tempestividade da apresentação da mesma. Em seguida diz que a empresa que tem por objeto social, entre outros, a comercialização no varejo de produtos

alimentícios e bens de consumo em geral, está sujeita à incidência de diversos tributos federais, estaduais e municipais, inclusive, ICMS.

Afirma que apesar de cumprir corretamente as suas obrigações fiscais, Fiscalização Estadual lavrou o presente auto de infração, cujas infrações transcreveu.

Em seguida diz que em relação a infração 01 adianta que 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 Auto de Infração 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 o suposto recolhimento a menor do 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 “*deixou de recolher ICMS referente as operações não escrituradas*”, enquanto é afirmado que o “*contribuinte realizou operações tributadas*” através de nota fiscal.

Entende que se a Impugnante realizou operações tributadas e deixou apenas de escriturar, a Fiscalização deveria apenas ter lavrado o Auto de Infração sob a acusação de eventual descumprimento de obrigação acessória. Portanto, no seu entender 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.

Assevera estar 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 citadas, 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 aprofundou os demais documentos fiscais para confirmar se houve, de fato, falta de pagamento do imposto ou apenas eventual descumprimento de obrigação.

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 dos demais documentos.

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 beneficiadas com redução de base de cálculo e simplesmente resumiu que houve pagamento 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.

Fala sobre a abusividade da aplicação de penalidade cominada 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, e protesta pela realização de sustentação oral quando do julgamento.

A Autuante presta informação fiscal fls. 83 a 89. Inicialmente transcreve 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, e ratifica a 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 4 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 29 e 30.

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 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 25 e 26. 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.

Acrescenta que defendente argui que basta uma leitura da infração e do respectivo demonstrativo de débito para verificar que a acusação trata da suposição de que a Impugnante deixou de recolher ICMS referente as operações não escrituradas enquanto é afirmado que o “contribuinte realizou operações tributadas” através de nota fiscal e presume que deveria a acusação eventual ser de descumprimento de obrigação acessória.

Rechaça tal argumento informando que a realização de operação tributada é a saída de mercadoria sujeita ao regime de tributação normal, enquanto a não escrituração é não lançar o débito desta operação nos livros fiscais. São coisas distintas. Se não houve o lançamento na escrituração fiscal o valor do tributo das respectivas operações não compõem o valor total do debito transferido para a apuração, o que implica em falta de recolhimento do imposto. Neste caso entende que houve um descumprimento de obrigação principal.

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 legais

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 solicitação para apresentação de documentos fiscais e contábeis

necessários ao procedimento de fiscalização diz não ser necessária pois com o advento do SPED os dados fiscais (notas eletrônicas e escrituração) já existem no banco de dados da SEFAZ.

Em relação à 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 13, assim como o mesmo foi notificado através de intimação 5, folhas 8 a 12 para comprovar os lançamentos dos documentos fiscais nos registros fiscais dos documentos de Saídas e também não houve resposta.

Rechaça o argumento defensivo de que houve ilegalidade na medida em que utilizou a alíquota de 18% sobre a base de cálculo e que presumiu que todas as mercadorias vendidas se submetem ao regime de substituição normal 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 respectiva.

Acrescenta que nos demonstrativos também estão individualizados a redução da base de cálculo e contém apenas mercadorias sujeitas ao regime normal e nos demonstrativos constam a respectiva redução da base de cálculo e alíquota de forma individualizada, não havendo a presunção alegada de que foi aplicada 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.

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. Otávio de Abreu Caiafa, OAB/MG nº 400.056, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

O presente Auto de Infração, diz respeito ao cometimento de (03) três infrações, sendo que o autuado, na apresentação da defesa, reconheceu como devida a imputação relacionada à infrações 01, e informa que efetuará o recolhimento integral da mesma. Portanto, em razão da inexistência de lide em relação à referida infração, julgo-a procedente.

Quanto às demais infrações que foram impugnadas, ou sejam, as infrações 02 e 03, as mesmas estão assim descritas:

Infração 02 - Deixou de recolher, no (s) prazo (s) regulamentar (es) ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. O contribuinte realizou operações tributáveis através de Nota Fiscal do Consumidor Eletrônica– NF-C e não lançou os referidos documentos da na escrituração fiscal, implicando em não recolhimento do imposto.

Infração 03 – Deixou de recolher, no (s) prazo (s) regulamentar (es) ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Nos meses de março e abril de 2017 o não lançou os documentos fiscais de saída no REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO e lançou valor do REGISTROS FISCAIS DE APURAÇÃO DO ICMS- OPERAÇÕES PRÓPRIAS no campo VALOR TOTAL DOS AJUSTES A DEBITO DO IMPOSTO.

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 e 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:

Na infração 02, o imposto destacado nos documentos fiscais e não lançados pelo recorrente no seu livro fiscal, e conseqüentemente, os mesmos não foram oferecidos à tributação (Anexos 3 e 4);

Na infração 03, o imposto destacado nos documentos fiscais cujos totais mensais foram comparados com o lançado pelo contribuinte, estabelecendo as diferenças, as quais não foram oferecidas à tributação, conforme demonstrativos anexados aos autos (Anexos 5 a 7).

Alega também o defendente, que teria havido uma confusão por parte da Fiscalização na definição da infração pois na descrição inserida no Auto de Infração consta ao mesmo tempo que a Impugnante teria deixado de “*recolher o ICMS referente a operações não escrituradas*” e que o “*contribuinte realizou operações tributadas*” através de nota fiscal, e neste caso entende o autuado que haveria apenas um descumprimento de obrigação acessória.

Tal argumento não pode ser acatado, pois nas infrações sob análise restou esclarecido e demonstrado que o contribuinte emitiu notas fiscais acobertando saídas de mercadorias tributadas, porém, não as escriturou em sua escrita fiscal, conseqüentemente tais valores não foram oferecidos à tributação, caracterizando um descumprimento de obrigação principal e não obrigação acessória.

Dessa forma, rejeito as preliminares de nulidade apresentadas nas razões de defesa, e passo a análise do mérito.

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.

O defendente alega que para verificar se o pagamento do imposto foi a menor, caberia à fiscalização cotejar os registros de entradas e saídas diante do resumo de apuração do ICMS, entretanto não foram analisadas as entradas tributadas ou as saídas beneficiadas com redução da base de cálculo, presumindo assim que houve pagamento a menos.

Conforme descrito no Auto de Infração e demonstrado através dos papéis de trabalho anexados aos autos, as infrações 02 e 03 se referem à falta de pagamento do imposto, em face da falta de lançamento na escrita fiscal dos documentos fiscais elencados no Anexo 3 e 4 (infração 02), e diferenças encontradas entre os valores do ICMS lançados no *REGISTROS FISCAIS DE APURAÇÃO DO ICMS- OPERAÇÕES PRÓPRIAS* no campo *VALOR TOTAL DOS AJUSTES A DEBITO DO IMPOSTO* e o destacado nos documentos fiscais listados nos Anexos 6 e 7 (infração 03).

Como bem esclarecido pela autuante, os documentos fiscais listados nos referidos anexos acobertam apenas mercadorias sujeitas ao regime normal e os mesmos estão individualizados, constando a respectiva redução da base de cálculo e alíquotas respectiva para cada operação.

Portanto, não houve qualquer presunção e sim comprovação de que o contribuinte emitiu

documentos fiscais com destaque de imposto, e os mesmos não foram lançados na escrita fiscal, resultando em falta de recolhimento do imposto.

Quanto à alegação de que foi aplicada indiscriminadamente a alíquota de 18 % sobre a base de cálculo do valor das operações de saídas, sem considerar que a empresa comercializa mercadorias beneficiadas com redução da base de cálculo e com produtos submetidos à outras tributações, como bem pontuou a autuante nos demonstrativos que embasaram as acusações, somente constam mercadorias tributadas normalmente, 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.

Dessa forma, como o autuado não apontou qualquer equívoco porventura existente nos levantamentos elaborados pela autuante, as infrações 02 e 03 subsistem em sua totalidade.

No que tange à arguição de desproporcionalidade, do caráter confiscatório e de inconstitucionalidade da multa, saliento que a multa aplicada encontra-se prevista no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, não cabendo a este órgão julgador administrativo a apreciação de questões relacionadas à constitucionalidade da legislação tributária estadual, de acordo com o 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 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0024/20-9**, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$398.825,34**, acrescido da multa de 100%, prevista pelo Art. 42, incisos III da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais,

Sala Virtual das Sessões CONSEF, 21 de julho de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR