

PROCESSO - A. I. Nº 274068.0004/18-6
RECORRENTE - MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0048-04/19
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/07/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0138-12/22-VD

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. **a)** OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. **b)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS DE TERCEIROS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **c)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. APURAÇÃO EM FUNÇÃO DO VALOR ACRESCIDO. Fatos demonstrados pela autuante através de planilhas analíticas e sintéticas. A diligência realizada (infração 1), devido à nova determinação da Portaria nº 445/98, por meio da Portaria nº 001/2020, a qual alterou a redação para infrações relativa às omissões de saídas de mercadorias tributáveis, onde passou a vigor a nova redação que prevê apuração dos débitos mediante auditoria nos levantamentos quantitativos de estoques para aferição à título de perda, roubo ou extravio nas omissões de saídas dos quantitativos em relação a cada item de mercadoria, de acordo com o inciso VII, do §§§ 1º, 2º e 3º, do art. 3º da Portaria nº 445/98. Não acolhidas as arguições de nulidade. Modificada a Decisão recorrida para infração 1. Mantida a Decisão recorrida para as infrações 2 e 3. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente o presente Auto de Infração, de exigência de crédito tributário no montante de R\$ 265.241,78, mais multas e acréscimos tributários, tendo em vista as seguintes acusações:

1 - Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$165.284,36 relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Tudo conforme demonstrativos 1 a 5 e anexos, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte em meio magnético. Anexos: intimação, e-mail, NF-e, ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD e LIVROS FISCAIS (gerado pelo Sistema Público de Escrituração Digital).

2 - Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$71.295,66, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Tudo conforme demonstrativos 1 a 6 e anexos, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte em meio magnético. Anexos: intimação, e-mail, NF-e, ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD e LIVROS FISCAIS (gerado pelo Sistema Público de Escrituração Digital).

3 - Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$28.661,76, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias

de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado.

O autuado, por intermédio de seus patronos, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 68 a 85. A autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 112 a 117. A Junta julgadora decidiu pela Procedência do Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

Analizando as peças que integram os presentes autos, vejo que as acusações versam sobre levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, relacionadas ao exercício de 2014.

Em sua defesa, o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, por entender que os fatos narrados e que fundamentam a imposição fiscal encontram-se genericamente redigidos, com imprecisão, resultando na existência de vício material.

Não assiste razão ao autuado em seus argumentos. Isto porque, ao se reportar ao art. 142 do CTN para sustentar sua irresignação, vejo que todos os itens citados estão contemplados pelo lançamento, ou sejam, qualificação do autuado, local data e hora do lançamento, descrição clara e precisa do fato motivacional, disposição legal infringida e intimação para pagamento do débito, sendo, por conseguinte, também atendido in totum o regramento estabelecido pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA.

Especificamente em relação à questão da descrição dos fatos, com indicação das datas de ocorrência, vejo que está contemplada de forma satisfatória na peça inicial na medida em que a acusação versa sobre omissão de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque, cuja execução está respaldada nos Anexos 1 a 7 ao Auto de Infração, que se apresentam de forma analítica e foram entregues ao autuado, oferecendo o detalhamento que possibilita todos os meios de defesa. E isto é verdadeiro já que o autuado efetuou sua defesa adentrando a questões de mérito.

Desta maneira, não vislumbro a confirmação da alegação defensiva de que o Auto de Infração se encontra despidido das formalidades legais e materiais, já que os fatos estão devidamente demonstrados e o procedimento levou em consideração as regras estabelecidas pelos arts. 13, inciso I, e 10, inciso I, “a” e “b”, todos da Portaria nº 445/98, conforme está citado na descrição dos fatos na peça inicial.

Em vista disto, vejo que as decisões citadas na peça defensiva não socorrem o autuado já que, neste caso, não estão presentes vícios que conduzam à nulidade do Auto de Infração, razão pela qual afastos os argumentos defensivos nesse sentido.

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

O autuado suscita a inocorrência das infrações apontadas, por entender que o Auto de Infração se apresenta de forma lacônica e com imprecisão, o que o levou a adivinhar as irregularidades apontadas. Mesmo assim, citou que em sua atividade econômica de comércio atacadista, adquire produtos em grandes quantidades, sendo que, nem sempre as revende nas embalagens em que foram adquiridas, pois, para atender sua clientela, muitas vezes processa nova embalagem desses produtos em quantidades menores.

A este respeito, vejo que este fato não tem repercussão no levantamento quantitativo de estoque, já que a autuante observou esta questão, conforme afirmado através da sua informação fiscal “que utilizou fatores de conversão conforme consta nos Anexos 3 e 4, acrescentando que na EFD existe o Registro 220, que informa os fatores de conversão, destacando que como foram identificadas situações em que não consta o fator de conversão no mencionado registro, o autuado foi intimado (Intimação nº 7 – fls. 06 a 22), para apresentá-los, oportunidade em que o autuado respondeu a referida intimação informando os fatores de conversão que deveriam ser utilizados, conforme consta às fls. 23 a 28 e DVD de fl. 61, razão pela qual utilizou os fatores de conversão informados pelo próprio autuado, além daqueles constantes do Registro 0220 da EFD, exceto para o item 017154 - Papel Hig FD Leblanc 30MLL16P15, que a análise do preço unitário indica que o fator de conversão é 1”.

Convém registrar, que o único artigo mencionado pela defesa, no caso, a mercadoria arroz, não faz parte da autuação. Desta maneira, ultrapasso este argumento defensivo.

No que diz respeito ao outro argumento de que o lançamento foi efetuado baseado em mera presunção, não é o que vejo nestes autos. O demonstrativo de estoque de fl. 40, base para o lançamento, contém o código do produto, NCM, descrição, situação tributária individualizada, os estoques iniciais, as quantidades de entradas e de saídas, o estoque final, as quantidades omitidas, cálculo do preço unitário, alíquota, dentre outras informações, situação esta que afasta o argumento de que a exigência se baseou em mera presunção. Na prática

foi oferecido ao autuado todos os meios para se defender entretanto não foi apontado pelo mesmo equívoco, de qualquer ordem, no levantamento.

Quanto à alegação de que a apuração tributária ocorreu por arbitramento, à alíquota de 17% sobre a base de cálculo da operação de entrada, olvidando de considerar as operações cujas saídas são isentas ou são integrantes da cesta básica, também não se sustenta. Isto porque, no Anexo 1, onde se apurou imposto no valor de R\$165.284,36, fls. 40 a 43, se exige imposto com a alíquota de 17% sobre omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Já através do Anexo 6, onde se demonstra a exigência do imposto no valor de R\$71.295,66, incidente sobre omissão de saídas de mercadorias sujeitas à substituição tributária por solidariedade com a alíquota de 17%, enquanto através do Anexo 7, fls. 59 e 60, foi apurado imposto devido no valor de R\$28.661,76, referente a mercadorias sujeitas à antecipação tributária, saídas sem tributação. Portanto, não houve arbitramento de alíquota por parte da autuante, tampouco o autuado apontou saídas omitidas de mercadorias integrantes da cesta básica, e que estão sendo tributadas pela alíquota de 17%.

No tocante à alegada abusividade das multas aplicadas e seu alegado caráter confiscatório, não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta, ex vi do art. 169, I do RPAF/BA. Da mesma forma, falece competência a esta Junta de Julgamento Fiscal, reduzir ou cancelar multa por descumprimento de obrigação principal, a qual foi aplicada com base legal.

Em conclusão, voto pela Procedência do presente Auto de Infração.

O representante apresenta Recurso Voluntário às fls. 137 a 145, pois inconformado com a Decisão recorrida apela novamente pelas seguintes argumentações:

Suscita nulidade por vício material, pois informa que a decisão de piso rejeitou o pedido de nulidade. Explica que, ao contrário do acórdão recorrido, afirma que a descrição do fato gerador contida no mencionado Auto de Infração não deixa clara a razão que teria motivado a D. Fiscalização Estadual a demandar da Recorrente tão vultosa quantia, limitando-se a indicar sinteticamente a suposta omissão de recolhimento de ICMS, o que viola frontalmente os arts. 142 do CTN e 129, §1º, III do CTE.

Diz ser, além do sintético o fundamento apresentado na descrição da infração, não há no restante da notificação fiscal qualquer indicação ou demonstração das premissas que teriam sido averiguadas pela D. Fiscalização Estadual para infirmar a omissão de recolhimento de ICMS, muito menos a comprovação cabal dessa ocorrência.

Sustenta que resta evidenciado 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.

Afirma que tal descrição genérica afeta diretamente a defesa, tendo em vista que restou à Recorrente a insólita tarefa de presumir as razões das supostas ilegalidades, o que inequivocamente viola o direito ao contraditório e à ampla defesa, plenamente assegurados no art. 5º, LV da CF/88. E ressaltar que o entendimento do E. STJ no REsp nº 48.516/SP, já apontado pela Recorrente em sua impugnação, de que a presunção da legitimidade que goza o lançamento administrativo não dispensa a Fazenda Pública do seu dever de demonstrar de forma totalmente clara e precisa a metodologia seguida para o arbitramento do imposto supostamente devido.

Requer o acolhimento da preliminar de nulidade absoluta do lançamento em razão vício material demonstrado e à luz do direito ao contraditório e à ampla defesa.

No mérito, defende que não ocorreu a infração apontada no Auto de Infração. Disse que o relator de primo grau se limitou a discorrer sobre “o único artigo mencionado pela defesa, no caso, a mercadoria arroz, não faz parte da autuação. Desta maneira, ultrapasso este argumento defensivo”.

Esclarece que, não obstante a afirmação do relator de Primeira Instância, utilizou a título meramente exemplificativo os casos de mercadorias, como o arroz e o sabonete, as quais são adquiridas em grandes quantidades e, posteriormente, vendidas em embalagens menores aos

clientes. Disse que ilustrou meramente o procedimento por meio do qual registra a entrada de uma mercadoria em grande quantidade (sem a especificação das características peculiares), bem como a saída de diversas embalagens menores das mercadorias, classificando-se, quando cabível, as características dos produtos, tais como aromas, sabores e fragrâncias, no qual não teve sucesso, pois a JJF manteve o entendimento da fiscalização que apenas notou discrepâncias entre entrada e saída e procedeu à lavratura do Auto de Infração, de maneira totalmente equivocada.

Nota que não existirá a saída de fardos ou pacotes como um todo, tendo em vista que essa quantidade foi subdividida em embalagens menores, daí a suposta divergência encontrada pela D. Fiscalização Estadual. Pontua que tal equívoco pode ser indubitavelmente comprovado através de realização de diligência a qual deve ser determinada por este E. Conselho de Fazenda, em observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Reafirma que resta demonstrado que a infração apontada não ocorreu, uma vez que as operações foram efetivamente registradas e apenas foram indicadas por códigos diferentes em razão das características próprias de cada produto, circunstância inerente à atividade atacadista da Recorrente.

Sustenta, portanto, que a falta de tipicidade das condutas consideradas, ou seja, não cometeu as infrações das quais foi acusada porque apurou e recolheu todo o ICMS devido nas operações indicadas, não há de se falar em qualquer omissão de recolhimento de ICMS no referido período, tampouco em multa devida, de modo que a presente autuação não tem mínimo fundamento que lhe possa dar sustentação, devendo ser integralmente cancelada a exigência fiscal decorrente.

Alega a impossibilidade da utilização de presunção como meio de prova. Aduz que o referido demonstrativo, não exime a D. Fiscalização Estadual de realizar o procedimento de fiscalização prévia, por meio do qual seriam possíveis o requerimento e a respectiva análise de todos os documentos necessários à minuciosa verificação dos fatos alegados na autuação.

Ressalta que, no Estado da Bahia, 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.

Reporta que a D. Fiscalização Estadual não solicitou da Recorrente 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. Entretanto, após terem identificado supostas inconsistências no recolhimento do tributo incidente sobre operações realizadas em dezembro de 2014, ao invés de intimá-la para prestar esclarecimentos sobre meros indícios de irregularidade, a D. Fiscalização Estadual preferiu lavrar de imediato o Auto de Infração em questão, deixando a análise dos documentos para o momento da apresentação da impugnação.

Reforça entendimento que não restam dúvidas de que o presente lançamento foi pautado apenas em indícios e que a Fiscalização se valeu de mera presunção para a sua formalização. Porém, como mencionado, não se admite lançamento baseado em mera presunção, sendo princípio basilar do Direito que o ônus da prova cabe àquele que formula a acusação.

Pontua que caberia à Fiscalização o ônus de munir-se das provas necessárias à comprovação do alegado e não apenas presumir as infrações apontadas. Há que se considerar também que a presunção de inocência até prova em contrário é uma garantia constitucionalmente assegurada, que restaria desprezada caso se admitisse como legítima a presunção como meio de prova de acusação válido.

Assevera que resta comprovada novamente a integral falta de tipicidade da conduta considerada ante a ausência de efetiva demonstração de ocorrência da infração pela Fiscalização, ou seja, a

Recorrente 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 decorrente.

Destacar ainda, que a técnica de apuração tributária utilizada pela Fiscalização 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. Ora, não se pode presumir que todas as mercadorias vendidas pela Recorrente se submetem ao regime de tributação normal. 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%, conforme foi mantido indevidamente pelo v. acórdão recorrido.

Inferir em relação à multa aplicada imposta nos autos. Disse que é abusiva a multa aplicada no percentual de 60% (Infração 03) e 100% (Infrações 01 e 02) do valor do imposto supostamente não recolhido, o v. acórdão recorrido se limitou a afirmar que o ato de declarar a inconstitucionalidade das penalidades não faria parte da competência da JJF.

Destaca que a Recorrente não busca a declaração de inconstitucionalidade da referida sanção por este E. Conselho. Ressalta novamente que a pretensão é tão somente a redução para um patamar razoável e proporcional. Isso porque, sob qualquer ângulo que se observe a questão, é preciso admitir que a referida multa é absolutamente desproporcional, caracterizando verdadeiro confisco, na medida em que corresponde a mais da metade do valor do próprio tributo que, como já demonstrado, é indevido. 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.

Ressalta 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. Nessa mesma linha, vale lembrar que o art. 3º do CTN estabelece que o tributo é uma prestação pecuniária que não constitui sanção por ato ilícito. Cita entendimento jurisprudencial do E. STF (Voto da relatora, STF, EDcl no AI nº 805.745/PR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 27.06.2012) firmou-se no sentido de que configura intuito confiscatório a multa aplicada em alíquota acima de 30% do valor do imposto não recolhido.

Destaca também o entendimento do próprio E. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (Apelação, Processo nº 0341497-15.2014.8.05.0001, Rel. Des. Carmem Lucia Santos Pinheiro, 5ª Câmara Cível, DJ 27.07.2016) no sentido da ilegalidade da aplicação de multa com caráter abusivo e que extrapola os limites do razoável.

Requer a não decretação de sua inconstitucionalidade, mas, tão somente, a sua redução para patamares razoáveis e proporcionais.

Pede por realização de diligência ou perícia. Informa que o acórdão recorrido negou o pedido solicitado. Contudo, afirma que tal entendimento viola frontalmente os princípios da verdade real, do contraditório e da ampla defesa. Por essa razão, reitera o seu pedido para que o presente processo seja 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 foram mantidos indevidamente pelo v. acórdão recorrido.

Finaliza solicitando o Provimento total do Recurso Voluntário no sentido de reformar a Decisão recorrida e julgar Improcedente o Auto de Infração ora combatido. Pleiteia também que lhe seja assegurado o direito à produção de todos os meios de prova em Direito admitidos, em especial a realização de diligência, bem como a posterior juntada de novos documentos.

Na sessão de julgamento do dia 03/02/2021, esta 2ª CJF converteu os autos em diligência ao autuante de se apurar o real valor referente à infração 1, pois devido a nova determinação da

alteração da Portaria nº 445/98, ocorrida no **dia 03/01/2020**, por meio da **Portaria nº 001/2020**, a qual alterou a redação do falta de recolhimento do ICMS relativo a omissões de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, passando a vigor a nova redação para efeito de julgamento, que prever apuração dos débitos mediante auditoria a serem considerados nos levantamentos quantitativos à título de perda, roubo ou extravio, para efeito de apuração de **omissões de saídas**, os quantitativos em relação a cada item de mercadoria resultantes da aplicação dos seguintes percentuais sobre o somatório do estoque inicial mais as entradas no período, neste caso, aferição que poderia ser aplicada para o recorrente (*I - 2,05%, no comércio varejista de supermercados; ou VII - 0,99%, no comércio de atacarejo*). Assim, solicitou o refazimento do demonstrativo de débito do imposto conforme a **Portaria nº 001/2020** à luz da dicção do seu **Art. 3º, § 1º** e com base também no teor da **Portaria nº 001/2020**.

Em atendimento a diligência solicitada, a autuante proferiu informação fiscal às fls. 172-173, ressaltando que nas fls. 112 a 117, concluiu pela Procedência do Auto de Infração, não existindo demonstrativo, na época, naquela informação fiscal prestada. No cumprimento do solicitado, disse que anexou novo demonstrativo do estoque (Infração 1 – fls. 174/177) no valor reduzido para R\$150.112,80, onde afirma que calculou o quantitativo da perda, roubo ou extravio de acordo com o inciso VII, do §§§ 1º, 2º e 3º, do art. 3º da Portaria nº 445/98. Concluiu pela manutenção da ação fiscal que resultou a reclamação do crédito tributário.

Nas fls. 179 a 185, consta intimação para os representantes do recorrente.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, contra a decisão de piso que julgou Procedente o Auto de Infração supra, devido a:

1 - Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$165.284,36 relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.

2 - Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$71.295,66, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado.

3 - Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$28.661,76, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado.

A ora recorrente tece as mesmas razões de defesa em sua peça recursal, sendo conhecida a peça recursal com previsão legal no art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual fora julgada na 4ª JF pela Procedência do Auto de Infração, lavrado em 29/03/2018, e fato gerador 31/12/2014.

Apresento as principais alegações da recorrente que percebo ser necessária para análise:

- O autuado arguiu nulidade da autuação, pede realização de diligência e de prova pericial com base no art. 147 do RPAF/BA, por ausência de descrição clara e precisa da infração.
- Alega que a acusação imputada – a incorrência das infrações tendo em vista que a autuação foi lavrada baseado na mera presunção que, ao contrário das alegações todo o imposto foi recolhido, não havendo quaisquer prejuízos ao erário.
- Defende quanto à proporcionalidade da penalidade aplicada, e solicita o cancelamento ou redução manifestando inconstitucionalidade por ofensas aos arts. 3º do CTN e 150, inciso IV da

Constituição Federal.

Para alegação da nulidade suscitada, me alinho ao entendimento da JJF onde *“Não assiste razão ao autuado em seus argumentos. Isto porque, ao se reportar ao art. 142 do CTN para sustentar sua irresignação, vejo que todos os itens citados estão contemplados pelo lançamento, ou sejam, 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”*.

Ainda discordo da alegação do recorrente, pois não encontro no presente processo motivos elencados na legislação, inclusive as hipóteses previstas no art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do Auto de Infração, que rejeito por completo.

Quanto à solicitação de diligência ou perícia com base no art. 147 do RPAF/BA, esta Segunda Instância converteu em diligência, devido a nova determinação da Portaria nº 445/98, ocorrida no dia 03/01/2020, por meio da Portaria nº 001/2020, a qual alterou a redação para infrações relativas à omissões de saídas de mercadorias tributáveis, onde passou a vigor a nova redação que prevê apuração dos débitos mediante auditoria nos levantamentos quantitativos de estoques para aferição à título de perda, roubo ou extravio nas omissões de saídas dos quantitativos em relação a cada item de mercadoria.

Assim, solicitou o refazimento do demonstrativo de débito para infração 1, conforme Portaria nº 001/2020, à luz da dicção do seu Art. 3º, § 1º e com base também no teor da Portaria nº 001/2020. Em atendimento à diligência solicitada, a autuante anexou novo demonstrativo do estoque (Infração 1 – fls. 174/177), no valor reduzido para R\$ 150.112,80, sendo calculado o quantitativo de acordo com o inciso VII, dos §§ 1º, 2º e 3º, do art. 3º da Portaria nº 445/98.

Quanto aos outros argumentos, a recorrente deveria, nesta oportunidade recursal, apresentar provas para apontar os erros da autuação com tabela dos cálculos dos impostos, pagamentos realizados e que não foram considerados, ou mesmo destacar a correta apuração do imposto. Não apresentou nenhuma informação concreta para a realização de perícia por parte do fisco, apenas alegou inocorrência das infrações, tendo em vista que a autuação foi lavrada baseado na mera presunção. Como não fez uso oportuno, não acolho tal solicitação. Destaco também que não encontrei nos papéis de trabalho nenhum erro na elaboração dos demonstrativos acostados aos autos, que neste caso, quem deveria apontar tal situação seria o recorrente.

Não prospera a alegação recursal em relação aos itens apresentados na EFD sem informação de fatores de conversão, conforme fls. 08 a 60 acostadas ao PAF e cientificado pelo autuado, não sendo aferido qualquer meio de arbitramento de presunção como quis fazer crer em sua peça de defesa.

Ainda não pode prosperar o argumento do autuado que contraria a técnica utilizada pela autuante, onde a apuração do imposto está devidamente legal, na medida em que se deu por arbitramento da tributação à alíquota de 17%, excluindo apenas os produtos que compõem a cesta básica, sobre a base de cálculo do valor da operação de entrada. Também a autuação se trata de omissão de saídas e não omissão de levantamento de diferenças de entradas, consequentemente, por isso não se trata de presunção, e que nessas omissões de saídas apuradas em razão de auditoria de estoques especifica a alíquota para cada produto autuado, dando sentido de que houve omissão de saídas, mostrando assim a alíquota de cada produto. Concluo também que apenas no demonstrativo do Auto de Infração é que se coloca a descrição da alíquota de 17%, por efeito de demonstração do sistema de tributação ao ser lançado o demonstrativo, onde a partir da apuração do valor do imposto na auditoria de estoque se demonstra a verdadeira aplicação da alíquota, para efeito de demonstração no Auto de Infração da base de cálculo, embora esteja evidenciada, não existe nenhuma majoração do imposto apurado, estando conforme levantamento quantitativo. Portanto, a autuação procede.

Quanto à solicitação de redução ou cancelamento da multa aplicada por desproporcionalidade - o percentual atribuído de 60% na infração 3 e 100% nas infrações 1 e 2, estão em conformidade ao estabelecido no art. 42 e seus incisos, previstas na Lei nº 7.014/96 – ressalto que este colegiado não tem mais competência para este fato da redução ou cancelamento, principalmente redução de multa referente a imposto de obrigação principal, conforme legislação editada em dezembro de 2019 - Art. 167, inciso I do RPAF/BA, que determina não se incluir na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

Voto, assim, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntario apresentado, para julgar PROCEDENTE EM PARTE o presente Auto de Infração, sendo reduzida a infração 1 de R\$ 165.284,36, para R\$ 150.112,80, conforme demonstrativos anexados às fls. 174/177, e mantida as infrações 2 e 3 em sua inteireza. Assim, o montante do Auto de Infração é no valor de R\$ 250.070,22.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **274068.0004/18-6**, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 250.070,22**, acrescido das multas de 100% sobre R\$ 221.408,46, e 60% sobre R\$ 28.661,76, previstas no art. 42, incisos III e II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO - RELATOR

LEÔNICIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGE/PROFIS