

**PROCESSO** - A. I. N° 274068.0026/17-1  
**RECORRENTE** - MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0055-01/18  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 26/07/2019

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO CJF N° 0126-11/19**

**EMENTA:** ICMS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Os valores atinentes às mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária por antecipação – como açúcar light, costela suína, picanha suína, lombo defumado e picanha temperada - foram deduzidos no Acórdão recorrido. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de realização de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida por meio do Acórdão da 1ª JJF nº 0055-01/18, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado no dia 14/12/2017 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$261.593,41, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/1996, sob a acusação de falta de recolhimento, em decorrência da prática de operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Está dito que:

*“Consta no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração: O contribuinte efetuou a saída das mercadorias tributadas como não tributadas através de cupons fiscais relacionados no anexo 1. Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético. Tudo conforme ANEXO 1 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - CF - TRIBUTADADO COMO NÃO TRIBUTADO, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte. Valor histórico R\$ 261.593,41 (duzentos e sessenta e um mil quinhentos e noventa e três reais e quarenta e um centavos)”.*

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 20/04/2018 e decidiu pela Procedência Parcial por unanimidade (fls. 80 a 87), nos seguintes termos:

**“VOTO**

*Incialmente, cabe consignar que não acolho a nulidade arguida. Inexiste qualquer vício ou falha capaz de inquinar de nulidade o Auto de Infração. O devido processo legal foi observado, inclusive o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte, já que a infração se encontra descrita claramente, sendo possível se 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, os elementos que compõem o presente processo elaborados pela autuante, foram fornecidos ao autuado, conforme comprovante acostado aos autos.*

*Observo que, no presente caso, não ocorreu qualquer ofensa ou inobservância das disposições dos artigos 129, § 1º, incisos III e IV, 130 do COTEB - Lei nº 3.956/81 -, 142 do CTN e 5º, LV, da CF, conforme arguido pelo impugnante.*

*Quanto à arguição de nulidade por ilegalidade da presunção como meio de prova, também não há como prosperar. Não se trata de presunção. A Fiscalização embasada na legislação do ICMS e nos documentos fiscais emitidos pela empresa, materialmente, apontou a realização de operações de saídas de mercadorias tributadas como não tributadas, por meio de cupons fiscais que relacionou no demonstrativo que colacionou aos autos. Diante disso, não acolho as nulidades arguidas.*

*No que concerne ao pedido de realização de perícia formulado pelo impugnante, considero que os elementos*

que compõem o presente processo tornam desnecessária a realização da perícia requerida. Isto porque, a matéria objeto da autuação não depende da análise e participação de um perito para solução da lide, haja vista que se trata de matéria de pleno conhecimento dos Julgadores. A intervenção de um perito se torna necessária e, invariavelmente, indispensável, quando a matéria exige conhecimento especial de um técnico, o que, certamente, não é o caso do Auto de Infração em lide. Assim sendo, com fulcro no art. 147, II, "a", do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/99), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, indefiro o pedido de realização de perícia.

No mérito, verifico que as mercadorias arroladas na autuação constam no Anexo 1, elaborado pela autuante.

Observo que o impugnante não se reportou, especificamente, sobre qualquer item de mercadoria arrolada na autuação, haja vista que, de forma genérica, apenas sustentou que os valores em discussão foram devidamente quitados com base no recolhimento do ICMS-ST, e que se trata também de mercadorias amparadas por isenção.

Coaduno com o entendimento da autuante no sentido de que, os valores pagos mediante os DAEs, acostados às fls. 55 a 81, tiveram o crédito concedido no Auto de Infração 274.068.0019/17-5, referente às mercadorias consideradas pela Fiscalização como sujeitas a antecipação tributária, portanto, estes DAEs não podem ser usados para abater do valor do Auto de Infração em tela.

Entretanto, independentemente de o impugnante não haver especificado qualquer mercadoria, a análise do Anexo 1, permite constatar que entre as mercadorias arroladas na autuação, de fato, as mercadorias açúcar lighth, costela suína, picanha suína, roupa íntima, lombo defumado e picanha temperada, estão sujeitas à antecipação tributária aduzida pelo impugnante, portanto, sendo incabível a exigência fiscal no tocante a estas mercadorias. Assim sendo, no presente caso, cabível a exclusão dos valores atinentes às mercadorias açúcar lighth, costela suína, picanha suína, roupa íntima, lombo defumado e picanha temperada, conforme demonstrativo elaborado pela autuante, acostado em mídia CD às fls. 79 dos autos, passando o valor do ICMS devido para R\$232.318,43. Infração parcialmente subsistente.

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, nos termos do 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 PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuado".

Com respaldo no art. 169, I, "b" do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF-BA/1999; Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 97 a 108.

Preliminarmente, suscita a invalidade do lançamento de ofício, pois a acusação teria sido descrita de forma genérica, inespecífica e pouco clara, o que viola frontalmente os artigos 5º, LV da Constituição Federal e 142 do CTN (Código Tributário Nacional). A autuação, segundo alega, é manifestamente genérica e não contém indicação quanto às corretas circunstâncias que a ensejaram.

No mérito, afirma que a exigência é insustentável, pois em momento algum deixou de cumprir a obrigação principal a que estava ligado pela legislação. Parte das mercadorias fiscalizadas encontrava-se submetida ao regime da substituição tributária e a parte restante diz respeito a operações isentas do ICMS.

Pleiteia a realização de diligência para provar o alegado.

Em seguida, aduz a impossibilidade de utilização de presunção como meio de prova, sem o procedimento prévio, absolutamente imprescindível à constituição definitiva do crédito, de intimar o contribuinte para prestar esclarecimentos sobre eventuais indícios de irregularidades, e com a utilização indiscriminada da alíquota de 17% (desconsideração das saídas sujeitas à redução de base de cálculo e à alíquota da cesta básica – 7%).

Prosegue argumentando que a multa é confiscatória, abusiva, extorsiva, expropriatória e solicitando redução ou cancelamento.

Protesta pela produção de provas e conclui requerendo provimento.

## VOTO

O autuante e os membros da JJF expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram o ilícito tributário, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, seus dados e cálculos, assim como apontaram o embasamento jurídico, que se mostra correto e facilmente compreensível.

Não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º do RPAF-BA/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Todos os elementos necessários ao julgamento estão presentes nos autos. Com supedâneo no art. 147, I, “a” do RPAF-BA/1999, indefiro o pedido de realização de diligência.

No mérito, a legislação do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, ao contrário do que ocorre em outras unidades da Federação, não exige a intimação prévia do contribuinte, antes da lavratura do Auto de Infração, para prestar esclarecimentos sobre eventuais indícios de irregularidades, o que não impede que alguns agentes do Fisco adotem tal metodologia.

Os valores atinentes às mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária por antecipação – como açúcar light, costela suína, picanha suína, lombo defumado e picanha temperada - foram deduzidos no Acórdão recorrido.

Não há itens da cesta básica, sujeitos à substituição por antecipação ou à redução de base de cálculo no demonstrativo de apuração do valor devido, de fls. 06 a 18. As mercadorias de códigos 911495, 910481, 910793 e 911105, discriminadas, por exemplo, à fl. 11, são arrozes especiais, fabricados com ervas, pimentas, alho e beterraba.

As saídas de açúcar light, como já se disse, foram retiradas do levantamento no julgamento originário.

Relativamente à multa, este Conselho não tem competência para exercer controle de constitucionalidade, tampouco para negar eficácia a norma emanada de autoridade superior (art. 167, I e III do RPAF-BA/1999).

Em face do exposto, voto pelo IMPROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 274068.0026/17-1, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$232.318,43**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS