

**PROCESSO** - A. I. N ° 274068.0018/20-9  
**RECORRENTE** - MAKRO ATACADISTA S/A  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JJF nº 0066-05/21-VD  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 05/01/2022

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0340-11/21-VD

**EMENTA.** ICMS: FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. Nas razões de mérito, o recorrente aborda exatamente a questão da relação do lançamento constar itens não tributáveis, contudo, não logrou trazer nenhum exemplo além dos citados (brócolis e vagem), pois o que se vê na relação são itens como suco industrializado, sardinha, algodão, bolsa térmica, café expresso etc. Negada preliminar de nulidade. Negado pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata o presente julgamento, de Recurso, interposto em face do Julgamento em primeira instância deste Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF, que decidiu pela Procedência do Auto de Infração de Infração lavrado em 15.06.2020, com duas infrações no presente lançamento de ofício, no valor histórico total de R\$88.155,37, contudo, com o reconhecimento e pagamento da segunda infração, resta à lide apenas a primeira, conforme a descrição abaixo:

*Infração 01 – 02.01.03: Deixou de pagar ICMS em face de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente lançadas através de notas fiscais de consumidor eletrônicas (NFC-e). Demonstração está no Anexo 1. Fatos geradores de junho a dezembro de 2016. Enquadramento normativo nos art. 2º, I, e 32 da Lei 7.014/96, c/c o art. 332, I, do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, e multa prevista no art. 42, II, “a” da lei retro mencionada. Cifra de R\$86.315,37.*

O contribuinte impugnou o lançamento, conforme fls. 46/65, e a autuante apresentou a informação fiscal, fls. 137/152, sendo então o processo pautado para julgamento, que decidiu pela Procedência conforme voto abaixo transcrito:

#### VOTO

*Cabe apreciar, inicialmente, as questões preliminares levantadas pela impugnante.*

*Assinalado na peça defensiva que seria pago o valor da infração 02. Identifica-se nos autos, registros de recolhimento no sistema SIGAT, fls. 155 e 156, a ser confrontado pelo setor encarregado da homologação dos recolhimentos.*

*A título preliminar, pede-se o cancelamento para a infração remanescente, porque detectado o cometimento de vício material, haja vista a formalização equivocada da exigência do imposto, visto que as irregularidades foram perfiladas com imprecisão.*

*No que tange ao vício material, sustenta que a auditoria formalizou de maneira equivocada e indevida a exigência do tributo, além da descrição das irregularidades se mostrar como imprecisa.*

*Não é isto que se extrai do descritivo das infrações e dos demonstrativos analíticos elaborados pela fiscalização, recebidos pelo sujeito passivo e anexados ao processo. Vinculando-se o teor de cada uma das infrações, com o conteúdo dos citados demonstrativos, percebe-se claramente do que trata a postulação do fisco.*

*Destarte, a autoridade fiscal averiguou sim a ocorrência do fato concreto, qual seja, a incidência do imposto estadual sobre operações mercantis tributadas, sob diversos fundamentos, especificados no corpo do auto de infração, inclusive com indicação dos demonstrativos analíticos, adequando-os às previsões normativas de regência da Lei 7.014/96. Fez-se, portanto, a subsunção correta do fato à norma, disponibilizando-se para o contribuinte todas as informações necessárias à compreensão do ilícito praticado. As demonstrações elaboradas pela fiscalização pautaram-se em documentos fiscais emitidos pela atuante e foram lançados na Escrituração Fiscal Digital (EFD), também por ela própria confeccionada. Logo, não há que se invocar qualquer vício material, tampouco desatenção ao exercício pleno do direito de defesa.*

*De outra sorte, inexistia qualquer paradoxo, em face de constar no corpo do auto de infração a alíquota cheia de 17%, e a cobrança aludir a diferenças de ICMS em face da adoção de alíquota errada. O demonstrativo de débito construído em campo apropriado do auto de infração decorre de imputações feitas dentro do sistema fazendário que prepara e oficializa o lançamento de ofício, através da alimentação das diferenças de imposto encontradas no curso da ação fiscal. O que interessa nesta discussão é saber se os valores de ICMS registrados no corpo do auto de infração, **correspondem** às diferenças quantificadas nas planilhas analíticas.*

*Os elementos fático-probatórios exibidos pela auditoria, bem asseveram a evasão tributária, dos quais teve ciência a defendente, sem fazer uma contraposição objetiva das cifras encontradas. **Preliminar afastada.***

*Ainda como preliminar, com argumentos muito parecidos com os utilizados na apreciada anteriormente, pede-se que sejam canceladas as infrações, porque suportadas apenas em presunções, meio de prova insuficiente para sustentar a postulação fiscal.*

*Como se viu antes, ao contrário do sustentado pela empresa, o auto de infração está robustecido com os elementos levantados nos demonstrativos elaborados pela autuante, em riqueza de detalhes suficiente para o contribuinte apreender o que está sendo cobrado e, em vista disto, exercer amplamente o seu direito de defesa.*

*Por seu turno, desnecessário vincular o lançamento de ofício a procedimento prévio de fiscalização, a partir do qual, haja a participação intensa do sujeito passivo. De fato, como as informações relacionadas às operações mercantis já são transmitidas com antecedência para a base de dados da Secretaria da Fazenda, o trabalho de detecção de eventuais diferenças de imposto já pode ser desenvolvido sem a necessidade de intimação anterior do contribuinte. Mesmo assim, cuidou a auditoria de comunicar-lhe das diferenças encontradas, em face de inconsistências, inclusive advertindo que entrasse ele em contato em caso de dúvida ou divergência, tudo conforme enuncia o documento juntado à fl. 18.*

*Em geral, não pode vingar o argumento da cobrança estar pautada em meras presunções. Ao contrário: verifica-se nos autos fundamentação suficiente para compreender-se o que está sendo exigido, e detecta-se a presença de elementos instrutórios que dão suporte à postulação fiscal, pelo menos suficientes para atestarem que não se cobra o tributo apenas calcado em signos presuntivos.*

*Assim, possui o lançamento de ofício sob julgamento, os elementos de prova necessários para caracterização do ilícito tributário, visto que os demonstrativos analíticos partiram das notas fiscais emitidas pelo estabelecimento autuado e lançadas na EFD, repita-se, que não contaram com questionamentos de qualquer natureza por parte da defendente.*

*De outro modo, conforme já analisado, os demonstrativos expressados pela auditoria, contemplaram as reduções de base de cálculo pertinentes, inexistindo qualquer atividade de “arbitramento” por parte da autuante. Nele estão individualizadas cada operação, com o fito de quantificar o ICMS sobre a base de cálculo com alíquota respectiva. **Preliminar igualmente afastada.***

*Ultrapassadas as preliminares aventadas, vale ressaltar, que o Auto de Infração cumpre formalmente os requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua formalização, designadamente os dados do contribuinte, os dados da lavratura, a existência da descrição dos fatos supostamente infracionais, o demonstrativo do débito, a existência de enquadramento legal, a previsão normativa da multa proposta e a assinatura da autuante, entre outros requisitos já padronizados pelo sistema denominado SLCT.*

*Não se percebeu intempestividade do gesto defensivo por parte do órgão de preparo. Tampouco defeitos de representação.*

*Reverenciados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem arranjo aos demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.*

*Indefere-se o pedido de diligência formulado na peça exordial defensiva, na medida em que já constam nos autos os elementos fático-instrutórios necessários ao desate da questão.*

*No mérito, cabe realçar novamente, que apenas a infração 01 contou com certa contradita do sujeito passivo. A outra irregularidade foi reconhecida e recolhida pela empresa, cabendo ao setor competente a tarefa de efetuar a homologação dos valores.*

*Ataca-se a irregularidade remanescente, com o argumento de que muitos itens – para a impugnante considerados isentos – não contaram com a apropriação dos créditos fiscais quando eles ingressaram no estabelecimento, conforme relação por ela confeccionada.*

*Efetivamente, o procedimento do contribuinte não ter usado os créditos fiscais quando das entradas, não autoriza que as saídas subsequentes não sejam consideradas tributadas pelo fisco. Entendeu este, que os produtos sob foco não são isentos, porque industrializados, excepcionados pela legislação regulamentar – art. 265, I, “a”.*

*Verifica-se às fls. 66 a 112, uma relação geral de notas fiscais de entradas em 2016, numa gama variadíssima, e que não consubstanciam a tese de haver hipóteses que se coadunam com a comentada isenção. São relações inespecíficas, com muitos itens contendo o ICMS, a despeito do indicado na contestação à fl. 61.*

*Na peça defensiva, há apenas, de passagem, uma referência exemplificativa para “brócolis” e “vagem”, mas sem indicar de que forma tais mercadorias foram apresentadas, se em estado natural ou já sujeitas a algum tipo*

*de processo de industrialização.*

*De fato, para exonerar-se de tributação, o Conv. ICMS 44/75, diploma-origem da norma estadual isentiva, realçou os hortifrutícolas em estado natural e frutas frescas. Pela descrição contida nos demonstrativos analíticos elaborados pela auditoria, não se extraem casos que categoricamente possam ser considerados nesta situação, até porque o sujeito passivo mencionou, mas não demonstrou quais as operações que poderiam envolver produtos de horta naturais ou frutas frescas.*

*Noutras palavras: o contribuinte não referenciou operações e documentos fiscais que contivessem mercadorias caracterizáveis como hortifrutícolas naturais ou frutas frescas, enquadráveis na norma de isenção estatuída no art. 265, I, “a” do RICMS-BA.*

***Assim, apesar de ter a chance de fazê-lo, não trouxe o sujeito passivo qualquer contraponto comprobatório com força suficiente que pudesse desfazer – ainda que parcialmente - o montante lançado e desmontar o alicerce legal-regulamentar no qual se escorou a autuação.***

*Vencido este aspecto, cabe examinar, por derradeiro, se a cobrança envolveu aplicação desproporcional da multa, haja vista a circunstância do seu percentual implicar em confisco.*

*Na verdade, a proposição das multas indicadas no corpo do auto de infração encontrou respaldo em comando de lei, designadamente no art. 42 e respectivos incisos da Lei nº 7.014/96.*

*Tem este Colegiado a obrigação de basear-se na penalidade prevista em lei. Para as situações retratadas neste PAF, a sanção cabível é aquela consignada no lançamento.*

*Há a conformação do ilícito tributário, à previsão normativa mencionada no corpo do auto de infração.*

*Quanto à alegação de confisco, falece competência a esta JJF apreciar pedido de dispensa ou redução de pena pecuniária em vista de inconstitucionalidades, segundo vedação disposta no art. 167 do RPAF-BA.*

*Afasto, pois, o pedido de inaplicação da **penalidade**.*

*Destarte, considero o auto de infração PROCEDENTE, equivalente ao histórico de R\$88.155,37, afora os consectários, devendo o setor competente homologar os valores já recolhidos para a infração 02.*

O contribuinte, inconformado com a decisão, ingressou com o presente Recurso Voluntário, nos termos abaixo transcrito, em resumo.

Pede inicialmente a nulidade pelo lançamento, em razão da precariedade do trabalho do fiscal, que importa em cerceamento de defesa, em decorrência da utilização da presunção como meio de prova e em relação a bens em que não houve o aproveitamento dos créditos quando da entrada, além da abusividade da multa imposta.

#### DA NULIDADE POR VÍCIO MATERIAL

Que se formalizou de maneira equivocada a exigência do tributo, além do fato de que a infração descrita nas peças infracionais não é precisa. Que a descrição do fato gerador contida no Auto de Infração não deixa clara a razão que teria motivado a fiscalização a demandar da recorrente tão vultosa quantia limitando-se a indicar sinteticamente o suposto recolhimento a menor do ICMS.

Que no presente caso, é inegável que além do sintético fundamento apresentado pela d. fiscalização como descrição da infração, não há qualquer indicação ou demonstração das premissas para infirmar o recolhimento a menor do imposto. 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.

#### DA NULIDADE POR INOCORRÊNCIA DA INFRAÇÃO E POR MEIO DA IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PRESUNÇÃO COMO MEIO DE PROVA

Que como já mencionado, o auto é lacônico e impreciso o que levou a recorrente a ter de adivinhar as irregularidades que teria cometido para ocasionar suposta omissão de recolhimento.

A título exemplificativo, cita-se os brócolis e a vagem enquadrados na hipótese de isenção, nos termos do art. 14, I, alínea “a”, itens 2 e 18 do RICMS que constam indevidamente no auto.

Que ocorreu apenas um levantamento superficial e genérico que trata tão somente de operações de saídas, sem o devido aprofundamento das operações isentas, por exemplo.

Por fim, cabe destacar tributação à alíquota de 17% sobre a base de cálculo do valor da operação de saídas, indiscriminadamente. Ora, não se pode presumir que todas as mercadorias foram vendidas fazendo incidir alíquota de 17%. Por meio de tais razões resta demonstrada a nulidade.

#### DO MÉRITO, RELAÇÃO DE ITENS NÃO TRIBUTÁVEIS.

Conforme mencionado, a Recorrente juntou aos presentes autos, por amostragem, a relação de itens não tributáveis que foram objeto da autuação, em que não houve o aproveitamento dos créditos quando da entrada. Que a 5ª JJF desconsiderou as informações apresentadas limitando-se a afirmar *que são relações inespecíficas com muitos itens contendo o ICMS*.

Que não foi pedida a conversão em diligência para que fossem devidamente verificados, e os julgadores optaram por ignorar a robusta relação de notas fiscais que comprovam as razões de mérito.

#### DA ABUSIVIDADE DA MULTA

Que caso sejam superadas as aludidas preliminares de nulidade e fundamento de mérito, o que se admite para fins de argumentação, a penalidade imposto é manifestamente inaplicável pois em evidente descompasso com a realidade fática e as acusações feitas.

Que ademais é preciso admitir que a referida multa é absolutamente desproporcional, caracterizando verdadeiro confisco, pois equivale a mais da metade do valor do imposto exigido. Nesse contexto, a multa aplicada é abusiva, extorsiva, expropriatória e confiscatória, representando flagrante desrespeito ao art. 150, IV da CF/88.

#### DOS PEDIDOS

Diante do exposto, a Recorrente requer a reforma da decisão ora recorrida, de modo que a exigência fiscal seja cancelada em razão da nulidade da autuação, diante da ausência de descrição clara e precisa da infração e da utilização da mera presunção de prova.

Que subsidiariamente seja o processo convertido em diligência para exclusão dos itens não tributáveis em prol da verdade material. Entretanto, caso não seja esse o entendimento de Vossas Senhorias, o que se admite para fins de argumentação, a Recorrente requer que a multa aplicada seja afastada ou ao menos reduzida haja vista a manifesta desconexão da realidade fática com os fatos descritos na presente autuação.

Por fim, requer a realização de sustentação oral quando do julgamento da presente defesa.

#### VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário em que em pedido preliminar, o recorrente pede a nulidade por cerceamento de defesa, e vícios materiais, como a aplicação indiscriminada da alíquota de 17% para mercadorias com alíquotas diversas. Alega até que de tão lacônico teve de adivinhar quais irregularidades teria cometido.

A infração está descrita como falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. O contribuinte efetuou a saída de mercadorias tributadas como não tributadas através de notas fiscais do consumidor eletrônica – NFC-e.

O enquadramento está no art. 2º, I e art. 32 da Lei nº 7.014/96, com multa no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

O art. 2º, I da supracitada Lei trata da incidência nas saídas internas de mercadorias, bebidas, etc., e o art. 32 trata do respectivo recolhimento do imposto. Já a multa prevista no art. 42, II, “a”, de 60%, claramente diz que se dá em razão de operação tributada como não tributada, caso de erro na aplicação de alíquota, da base de cálculo, dos valores do imposto, desde que os documentos tenham sido emitidos e escriturados regularmente, exatamente se enquadrado no aspecto da descrição da infração.

Consta na intimação de fl. 26, que o recorrente recebeu os anexos dos arquivos eletrônicos (anexo I com tributadas como não tributadas, NFC-e, e o II com REGISTRO 0200), assim como cópias de páginas impressas de 2 demonstrativos, como amostragens, fls. 19/21, onde aparecem a data, o CFOP, o código da mercadoria, a descrição em ordem alfabética (primeiro item é álcool, depois algodão, barra nutry, etc.,

Resta saber como está o demonstrativo, e as alíquotas supostamente diversas. Conforme está anexado no CD de fl. 23, há diversos em todos os meses, as mercadorias estão colocadas em descrição de ordem alfabética crescente. De fato, se encontra as mercadorias com alíquotas de

18% e 27% como é o caso de vinho branco fabrizia, vinha carmenere diablo, e aguardente pirassununga e vodka leonoff.

Contudo, a autuante soma a coluna do imposto devido, e faz o somatório mensal e lança o valor que aparece no Auto de Infração com alíquota que não é nem 18% nem 27%, mas 17%, por uma limitação do SEAI – sistema emissor de Auto de Infração, que não comporta a separação dos valores mensais por alíquota, mas o fato é que o valor não se altera. Assim, por exemplo, o mês de janeiro embora conste diversas mercadorias com alíquotas diferentes, o valor apurado totaliza R\$2.421,22 e é este valor que consta no Auto de Infração, embora com alíquota de 17%.

Tal fato não é suficiente para se admitir que houve algum embaraço ou cerceamento de defesa, ou nulidade material. Pedido de nulidade denegado.

Pede também uma diligência, em virtude de possíveis mercadorias isentas, de forma a serem excluídas e traz como exemplo brócolis, e vagem. Sim, tal produto (brócolis) aparece logo na primeira página do demonstrativo, após BOTA PVC, mas a descrição é BROCOLIS CONGELADO ATO 1 KG e a seguir BROCOLIS DAUCY FLORETE CONG 1 KG e o art. 265 do RICMS é claro quanto à isenção destes produtos hortifrutícolas, desde que não destinados à industrialização, conforme o Convênio ICMS 44/75. O mesmo ocorre com a VAGEM DAUCY, industrializada. Assim posto nego o pedido de diligência.

Nas razões de mérito, o recorrente aborda exatamente a questão da relação do lançamento constar itens não tributáveis, contudo, não logrou trazer nenhum exemplo além dos citados (brócolis e vagem), pois o que se vê na relação são itens como suco industrializado, sardinha, algodão, bolsa térmica, café expresso etc.

Quanto à abusividade da multa, e à sua inconstitucionalidade, este Conselho de Fazenda Estadual não tem competência para apreciar tão pedido, nem tampouco redução de valores das multas.

No entanto, importa esclarecer que o próprio Auto de Infração, fl. 2 já consta redução entre 25% e 70% da multa, a depender do momento do reconhecimento e pagamento do imposto devido.

Face à exposição dos fundamentos acima, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário. Auto de Infração Procedente.

## 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** o Auto de Infração nº **274068.0018/20-9**, lavrado contra a **MAKRO ATACADISTA S/A**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$86.315,37**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$1.840,00**, prevista no inciso XIII-A, “m” do mesmo diploma legal, devendo o setor competente homologar os recolhimentos já efetivados.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

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