

A. I. N° - 274068.0003/20-1  
AUTUADA - MAKRO ATACADISTA S. A.  
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 24.05.2021

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0041-05/21-VD**

**EMENTA: ICMS.** 1. FALTA DE PAGAMENTO REFERENTE A OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. **a)** Contribuinte emitiu NF-e mas não lançou o débito na escrita fiscal. Reconhecimento da infração e recolhimentos a este título. Matéria incontroversa. Infração procedente; **b)** Contribuinte emitiu NFC-e mas não lançou o débito na escrita fiscal. Reconhecimento da irregularidade e recolhimentos a este título. Matéria incontroversa. Infração procedente. 2. FALTA DE PAGAMENTO REFERENTE A OPERAÇÕES ESCRITURADAS. **a)** Contribuinte emitiu cupons fiscais sem tributação. Após instrução, não se verificou ter trazido à defesa, contrapontos probatórios suficientes para infirmarem a postulação fiscal. Infração procedente; **b)** Contribuinte emitiu NF-e sem tributação. Após instrução, não se verificou ter trazido à defesa, contrapontos probatórios suficientes para infirmarem a postulação fiscal. Infração procedente; **c)** Operações de remessas em bonificação, doação ou brindes, não tributadas. Reconhecimento da irregularidade e recolhimentos a este título. Matéria incontroversa. Infração procedente. 3. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO PARTILHADO COM BASE NA EC 87/2015. Reconhecimento da irregularidade e recolhimentos a este título. Matéria incontroversa. Infração procedente. 4. PAGAMENTO A MENOR EM FACE DE ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DEVIDOS. **a)** Contribuinte destacou o débito na NFC-e em face de alíquota menor do que aquela prevista para as operações. Reconhecimento da irregularidade e recolhimentos a este título. Matéria incontroversa. Infração procedente. **b)** Contribuinte destacou o débito em cupons fiscais em face de alíquota menor do que aquela prevista para as operações. Reconhecimento da irregularidade e recolhimentos a este título. Matéria incontroversa. Infração procedente. 5. PAGAMENTO A MENOR EM FACE DE ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Contribuinte promoveu transferências interestaduais com preço abaixo do custo. Reconhecimento da irregularidade e recolhimentos a este título. Matéria incontroversa. Infração procedente. 6. PAGAMENTO A MENOR DA DIFAL EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DE PRODUTOS. **a)** Aquisições para fins de integração no ativo fixo. Reconhecimento da irregularidade e recolhimentos a este título. Matéria incontroversa. Infração procedente. **b)** Aquisições para fins de uso e consumo. Reconhecimento da irregularidade e

recolhimentos a este título. Matéria incontroversa. Infração procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

De começo, vale ressaltar, que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II do art. 164 do RPAF-BA, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos integrantes processuais, inclusive adaptado para as sessões virtuais de julgamento.

Onze infrações são formalizadas no presente lançamento de ofício, no valor histórico total de R\$95.193,90, afora acréscimos, contendo resumidamente os seguintes descriptivos:

**Infração 01 – 02.01.02: Falta de pagamento de ICMS referente a operações não escrituradas. O contribuinte emitiu NF-e e não lançou o débito na escrita fiscal, sem apresentar justificativas, apesar de regularmente intimado para se manifestar. Demonstração está no Anexo 1. Cifra de R\$1.470,13.**

**Infração 02 – 02.01.02: Falta de pagamento de ICMS referente a operações não escrituradas. O contribuinte emitiu NFC-e e não lançou o débito na escrita fiscal, sem apresentar justificativas, apesar de regularmente intimado para se manifestar. Demonstração está no Anexo 2. Cifra de R\$7.946,81.**

**Infração 03 – 02.01.03: Falta de pagamento de ICMS referente a operações escrituradas, cobertas por cupons fiscais, tidas como não tributadas, embora sejam tributadas. Demonstração está no Anexo 3. Cifra de R\$47.541,07.**

**Infração 04 – 02.01.03: Falta de pagamento de ICMS referente a operações escrituradas, cobertas por NF-e, tidas como não tributadas, embora sejam tributadas. Demonstração está no Anexo 4. Cifra de R\$31.975,14.**

**Infração 05 – 02.01.03: Falta de pagamento de ICMS referente a operações escrituradas, cobertas por notas fiscais com CFOP 5910 (remessas em bonificação, doação ou brinde), tidas como não tributadas, embora sejam tributadas. Demonstração está no Anexo 5. Cifra de R\$0,72.**

**Infração 06 – 02.01.28: Remetente ou prestador situado na Bahia – inclusive o optante do “Simples Nacional” – deixou de recolher o ICMS partilhado e devido para o erário baiano, haja vista a EC 87/15, em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final, não contribuinte do imposto, localizado em outra Unidade Federativa. Demonstração está no Anexo 6. Cifra de R\$59,09.**

**Infração 07 – 03.02.04: Recolhimento a menor de ICMS em face de erro na apuração dos valores devidos. Isto porque o montante lançado a débito na NFC-e é inferior ao valor do imposto correspondente à aplicação da alíquota prevista para as operações com as respectivas mercadorias sobre a base de cálculo. Demonstração está no Anexo 7. Cifra de R\$312,76.**

**Infração 08 – 03.02.04: Recolhimento a menor de ICMS em face de erro na apuração dos valores devidos. Isto porque o montante lançado a débito em cupom fiscal é inferior ao valor do imposto correspondente à aplicação da alíquota prevista para as operações com as respectivas mercadorias sobre a base de cálculo. Demonstração está no Anexo 8. Cifra de R\$50,51.**

**Infração 09 – 03.02.05: Recolhimento a menor de ICMS em face de erro na determinação da base de cálculo relativa à saída de mercadorias regularmente escrituradas. Isto porque o contribuinte efetuou transferência interestadual com preço abaixo do custo. Demonstração está no Anexo 9. Cifra de R\$35,10.**

**Infração 10 – 06.01.01: Recolhimento a menor de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outros**

**Estados, destinadas ao ativo fixo do estabelecimento autuado. Demonstração está nos Anexos 10 e 12. Cifra de R\$4.440,39.**

**Infração 11 – 06.02.01: Recolhimento a menor de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outros Estados, destinadas para consumo do estabelecimento autuado. Demonstração está nos Anexos 11 e 12. Cifra de R\$1.362,18.**

Para cada irregularidade, datas de fatos geradores e enquadramentos normativos foram apontados no corpo do auto de infração.

Além da ciência do início da ação fiscal e prorrogação (fls. 10/11), intimações e anexos para apresentação de livros e documentos (fls. 12/17) e e-mails endereçado à empresa dando conta das inconsistências (fls. 18/20), a auditoria junta em excertos os seguintes documentos: Anexo 1 – demonstrativo de notas fiscais de saídas não lançadas na EFD (fls. 21/22), Anexo 2 – demonstrativo de notas fiscais de consumidor não lançadas na EFD (fls. 23/24), Anexo 3 – demonstrativo de débito a menor – NFe – mercadoria tributada como não tributada (fls. 25/26), Anexo 4 – demonstrativo de débito a menor – CF (cupom fiscal) – mercadoria tributada como não tributada (fls. 27/28), Anexo 5 – demonstrativo de débito – NF – bonificação não tributada (fl. 29), Anexo 6 – demonstrativo de venda a não contribuinte de outra UF – repartição de receita do ICMS (fl. 30), Anexo 7 – demonstrativo de débito a menor – NFC-e – erro no cálculo (fls. 31/32), Anexo 8 – demonstrativo de débito a menor – CF (cupom fiscal) – erro no cálculo (fls. 33/34), Anexo 9 – demonstrativo de transferências abaixo do custo (fls. 35/36), Anexo 10 – demonstrativo de diferença de alíquota – Ativo (fl. 37), Anexo 11 – demonstrativo de diferença de alíquota – Uso e Consumo (fl. 38), Anexo 12 – demonstrativo de lançamento na EFD (fl. 39), planilhas completas insertas em meio magnético (fl. 40).

Impugnação (fls. 62/81) veio protocolada em 15.12.2020, conforme registro presente nos autos (fl. 61), ocasião em que, após fundamentos de tempestividade e exposição breve das infrações 03 e 04, o contribuinte argumentou que:

Preliminarmente, resultam extintas as infrações 01, 02, 05, 06, 07, 08, 09, 10 e 11, em decorrência do seu pagamento integral, nos termos do art. 156, I do CTN.

Também preliminarmente e tendo como gênero a precariedade do trabalho fiscal, induzindo a cerceamento do direito de defesa, desdobra pedidos de nulidade das infrações, tendo como base no cometimento de vício material e na impossibilidade de utilização da presunção como meio de prova.

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, na esteira do art. 142 do CTN e 129 do COTEB. Logo, deve o fisco averiguar a ocorrência do fato concreto, individualizando-o e tipificando-o, num exercício de subsunção do fato à norma, acompanhada dos motivos que suscitaram a autuação e das provas que fundamentaram a correlação fático-normativa, na linha de ensinamentos doutrinários de Di Pietro e Carraza. Noutras palavras, é de obrigação da autoridade fiscal apresentar todos os documentos e dados que comprovem sua constatação e levem o sujeito passivo à uma compreensão da postulação fiscal, sob pena de violação do direito de defesa.

Ademais, não se vê no restante do processo elementos que demonstrem as premissas e provas que consubstanciaram a cobrança, obrigando a impugnante a “adivinhar” (sic) as causas da autuação, com cometimento de vício material, incorrendo-se na nulidade prevista no inciso II do art. 18 do RPAF-BA e acusando deficiências já repulsadas em decisão do STJ com ementa transcrita na peça processual e em decisões administrativas deste Conselho.

No que tange à nulidade em face da impossibilidade do uso da presunção como meio de prova, pondera que o auto de infração é lacônico e impreciso, sem haver a compreensão das condutas que lhe foram imputadas e da eventual tipificação destas condutas, emperrando o desenvolvimento de sua defesa.

Com efeito, os produtos apontados na postulação fiscal como tributáveis na verdade são isentos, a exemplo da *ervilha e da vagem*. Assim, é o lançamento improcedente, visto partir da premissa equivocada de sofrerem as operações incidência do ICMS.

Por outro lado, é pressuposto da autuação o procedimento de fiscalização prévia, o qual inexistiu no caso em apreço, etapa imprescindível à constituição do crédito tributário, dentro da qual são solicitados da empresa apresentação de documentos, solicitação de informações e prestação de esclarecimentos. O que sucedeu foi a lavratura imediata de auto de infração, com base apenas em mera presunção, sem o devido aprofundamento da questão da redução da base de cálculo.

Logo, não se admite lançamento calcado em mera presunção, sendo princípio basilar do direito o ônus da prova caber a quem formula a acusação. Neste PAF inexiste produção das provas necessárias para a formalização da exigência tributária, dever que o fisco deixa de exercer a contento, na linha da distribuição dos encargos probatórios indicada por lições do tributarista Greco. Isto faz concluir pela falta de tipicidade da conduta considerada ante a ausência da efetiva demonstração de ocorrência por parte da auditoria estadual.

Por fim, a técnica de apuração tributária usada pelo fisco baiano é manifestamente ilegal, na medida em que se deu por “arbitramento” (sic) da alíquota de 17% sobre as bases de cálculo quantificadas, presumindo que todas as mercadorias vendidas se submetem ao regime de tributação normal, embora muitas delas estejam ancoradas em bases de cálculo reduzidas.

No mérito, a respeito das infrações 03 e 04, únicas não reconhecidas pela autuada, faz contestação genérica trazendo por amostragem uma relação de itens não tributáveis (doc. 03) em que não houve o aproveitamento dos créditos fiscais quando da entrada, justamente por se tratar de produtos não tributados.

Nesta direção, acaba pugnando pela conversão do feito em diligência, sobretudo diante do precário relato fiscal.

Subsidiariamente, pede o cancelamento ou quando nada a diminuição das multas, propostas pela fiscalização no patamar de 60%, equivalente a mais da metade do imposto cobrado, porque confiscatórias, irrazoáveis e desproporcionais, consoante posicionamento sedimentado pelo STF.

Defendente apensa documentação comprobatória de representação legal, além de peças instrutórias já carreadas ao processo (fls. 82/241).

Nas suas informações fiscais (fls. 243/261), a autuante, depois de reproduzir as irregularidades:

Ratifica seu trabalho fiscal neste particular, ante a declaração da autuada de reconhecimento e quitação das infrações 01, 02 e 05 a 11.

Quanto à alegação de nulidade por vício material, dada a imprecisão da acusação fiscal, afirma constar no corpo do lançamento de ofício o descriptivo infracional de forma clara e completa, com enquadramento da multa aplicada e detalhamento complementar indicando-se os demonstrativos que deram suporte à formalização da exigência fiscal. Estes são claros e objetivos, contendo diversas informações, tais como data, número do documento, código do produto, descrição do produto, preço, alíquota e redução da base de cálculo. Juntados também documentos e provas, tais como a escrita fiscal e notas fiscais presentes na mídia digital entregue ao contribuinte. Logo, os valores reclamados na autuação tiveram fulcro nos documentos fiscais eletrônicos e na Escrituração Fiscal Digital (EFD) gerados pela própria impugnante, não contestados especificamente.

Quanto à alegação de nulidade pelo fato da autuação ter fundamento em meras presunções como meio de prova, pondera que os produtos mencionados como isentos na impugnação na realidade são tributados, visto que são industrializados, nomeadamente ervilha partida, ervilha congelada, brócolis e vagem, conforme tabela-encarte presente à fl. 250, não se aplicando a desoneração prevista no art. 265, I, “a” do RICMS-BA, conforme entendimento esposado no Ac. 0097-02/20 VD e no Ac. 0178-05/18, com trechos citados na peça informativa.

Por outro lado, não mais é preciso que o fisco solicite do contribuinte os documentos fiscais, visto que com o SPED, os dados da empresa já se encontram na base de dados fazendária. Em consequência, não há determinação da lei para que haja intimação prévia do contribuinte para a constituição do crédito tributário. Mesmo assim, encaminhou-se para o contribuinte e-mail solicitando informações, conforme se extrai dos documentos juntados às fls. 17/19.

Também não prospera a alegação de que a auditoria adotou a alíquota cheia de 17% para todas as mercadorias vendidas, numa presunção de que todas as operações mercantis praticadas foram submetidas à tributação normal. Em verdade, na descrição das infrações existe um demonstrativo sintético, ao passo que nos Anexos os demonstrativos são analíticos, evidenciando o valor de forma individualizada de cada operação, para calcular o ICMS sobre a base de cálculo com alíquota respectiva.

Assim, inexistiu cerceio ao direito de defesa. No corpo do auto de infração está o descriptivo detalhado da infração, enquadramento normativo, tipificação da multa e indicativo dos demonstrativos usados para quantificar o valor da infração de forma detalhada. Nestes relatórios – entregues ao sujeito passivo – estão diversas informações como data, número do documento, código do produto, sua descrição, preço, alíquota e redução da base de cálculo, informações baseadas nas notas fiscais eletrônicas e na EFD.

Sobre a relação de itens não tributáveis e o argumento de não ter havido utilização de créditos fiscais nas entradas, pontua que o equívoco da defendantem em não ter deles se apropriado não torna as mercadorias alinhadas nos Anexos 3 e 4 como não tributadas.

Quanto à alegação de abusividade da multa aplicada, argumenta que não há motivos para o cancelamento ou mitigação da penalidade. Incabível pela fiscalização esta análise, pois a pena pecuniária aplicada obedece ao art. 42 da Lei baiana do ICMS. Até mesmo o dispositivo de lei (art. 42, § 7º da Lei 7014/96) que previa o reexame das multas por descumprimento de obrigações acessórias foi retirado do ordenamento jurídico desde 13.12.2019.

Por fim, sustenta a prescindibilidade da diligência.

Vale reiterar que o órgão de preparo fazendário fez juntar ao processo documento intitulado “relatório de pagamento do PAF”, devidamente detalhado (fls. 264/267).

Sorteado o processo para esta Junta, fiquei incumbido de examiná-lo.

Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos instrutórios presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído.

Passo, então, a compartilhar o meu voto. É o relatório.

## VOTO

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

Em primeiro lugar, pede-se que, em virtude de recolhimentos providenciados para quitação das infrações 01, 02, 05, 06, 07, 08, 09, 10 e 11, seja decretada a extinção da obrigação tributária no particular.

Efetivamente, observa-se no relatório detalhado de pagamento do PAF, apenso às fls. 264 a 267, o lançamento de quantias associadas às citadas irregularidades. Todavia, não é este Colegiado o órgão fazendário competente para homologar os valores ali registrados, após conferência final, com o fito de identificar se ainda existem ou não resíduos a serem cobrados, providência complementar fundamental para se atestar o desaparecimento da obrigação tributária principal com o pagamento, nos termos do art. 156, I do CTN. **Apreciação da preliminar prejudicada, por não ser de competência desta Junta.**

Em segundo lugar, pede-se o cancelamento para as demais infrações, 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 descriptivo 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 7014/96. 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 autuada, 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, inexiste 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.

Portanto, não houve exercício de adivinhação do contribuinte. Os elementos fático-probatórios exibidos pela auditoria bem asseveram a evasão tributária, dos quais teve ciência a defendant, sem fazer uma contraposição objetiva das cifras encontradas. **Preliminar afastada.**

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

Como se viu anteriormente, 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, inexiste disposição de lei que vincule 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, antes da lavratura do auto de infração, cuidou a auditoria de comunicar-lhe das diferenças encontradas, em face de inconsistências, apontando-se os montantes das bases de cálculo reduzidas, inclusive advertindo que entrasse ele em contato em caso de dúvida ou divergência, tudo conforme enunciaram os documentos juntados às fls. 18 a 20.

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 defendant.

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 lavratura, 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 arranho 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 as infrações 03 e 04 contaram com certa contradita do sujeito passivo. As demais foram reconhecidas e recolhidas pela empresa, cabendo ao setor competente a tarefa de efetuar a homologação dos valores.

Ataca-se as irregularidades remanescentes, 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. 127 a 231 e 232 a 241, uma relação geral de notas fiscais de entradas em 2016 e uma outra contendo os respectivos códigos de produtos, numa gama variadíssima, e que não consubstanciam a tese de haver hipóteses que se coadunam com a comentada isenção. São relações inespecíficas, a despeito do indicado na contestação à fl. 77. Há apenas, de passagem, uma referência exemplificativa para “ervilha” e “vagem”, conforme fl. 72, 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 que envolveu a 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\$95.193,90, afora os consectários, devendo o setor competente homologar os valores já recolhidos para as infrações 01, 02, 05, 06, 07, 08, 09, 10 e 11.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0003/20-1**, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA S. A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$95.193,90**, acrescido das multas de 60% sobre R\$85.776,96, e de 100% sobre R\$9.416,94, previstas no art. 42, incisos II, “a” e “f” e III da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de abril de 2021.

ANTÔNIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR