

P PUBLICAÇÃO - INTERNET 17/03/2022

ROCESSO - A. I. N ° 274068.0025/20-5
RECORRENTE - MAKRO ATACADISTA S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0148-04/21
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 08/03/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0001-11/22-VD

EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. **a)** SAÍDAS ATRAVÉS DE NOTAS FISCAIS. **b)** SAÍDAS ATRAVÉS DE CUPOM FISCAL. Infrações comprovadas. Alega a existência de itens que não poderiam ser incluídos no Auto de Infração, por serem isentos, ou por estarem na substituição tributária. Diz que se encontra no documento 03 não encontrado no processo. Curiosamente, não relacionou um único item isento ou incluso na substituição tributária no seu Recurso Voluntário, apenas falando da sua existência e da relação em suposto documento 03. Não acolhida a arguição preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de realização de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recurso Voluntário, interposto em face do Julgamento em primeira instância deste Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF, que decidiu pela Procedência do Auto de Infração em lide, lavrado em 17/09/2020, quando foi lançado crédito tributário no valor de R\$ 445.440,99, em razão do cometimento de 3 infrações, tendo reconhecido e pago a terceira, restando tão somente as infrações 1 e 2, a seguir transcritas:

***Infração 01 - 02.01.03 -** Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. O contribuinte efetuou a saída das mercadorias tributadas como não tributadas através de notas fiscais relacionadas nos anexos 1 e 2. Tudo conforme ANEXO 1 - DEMONSTRATIVO DE DEBITO A MENOR - NF - MERCADORIA TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA - 2017 e ANEXO 2 - DEMONSTRATIVO DE DEBITO A MENOR – NF MERCADORIA TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA - 2018, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte em meio magnético. Valor lançado R\$64.496,98, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.*

***Infração 02 - 02.01.03 –** Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. O contribuinte efetuou a saída das mercadorias tributadas como não tributadas através de Notas Fiscais do consumidor Eletrônica – NFC-e relacionadas nos anexos 3 e 4. Tudo conforme ANEXO 3 -DEMONSTRATIVO DE DEBITO A MENOR- NFC-e - MERCADORIA TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA-2017 e ANEXO 4 - DEMONSTRATIVO DE DEBITO A MENOR – NFC-e - MERCADORIA TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA-2018, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte em meio magnético. Valor lançado R\$380.921,84, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.*

O contribuinte impugnou o lançamento às fls. 37/46, e o autuante prestou informação fiscal às fls. 75/89, quando então o processo foi pautado e julgado Procedente conforme voto abaixo:

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 infração 03, 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 01 e 02, dizem respeito ao recolhimento a menos do ICMS em razão de ter efetuado saídas de mercadorias tributadas, regularmente escrituradas, como não tributadas, sendo que na infração 01, as saídas foram realizadas através de notas fiscais (anexos 1 e 2), e na infração 02, através de Notas Fiscais do Consumidor Eletrônica (anexos 3 e 4).

Não acolho os argumentos defensivos relacionados ao pedido de nulidade do Auto de Infração, 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; 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 individualmente em cada documento fiscal, objeto da presente exigência, o imposto lançado pelo recorrente no seu livro fiscal e o calculado pela fiscalização, estabelecendo as diferenças, que não foram oferecidas à tributação, caracterizando assim, o recolhimento a menos do imposto, conforme demonstrativos que anexou aos autos.

Dessa forma, rejeito as preliminares de nulidade apresentadas nas razões de defesa.

No que concerne ao pedido de realização de diligência, considero que os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação de meu convencimento, na qualidade de julgadora deste processo administrativo fiscal, razão pela qual, tal pleito fica indeferido, com base no art. 147, inciso I do RPAF/99.

No mérito, verifico que as mercadorias objeto da autuação constam no “ANEXO 1 -DEMONSTRATIVO DE DEBITO A MENOR – NF - MERCADORIA TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA - 2017e ANEXO 2 - DEMONSTRATIVO DE DEBITO A MENOR – NF MERCADORIA TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA- 2018 (infração 01) e ANEXO 3 - DEMONSTRATIVO DE DEBITO A MENOR - NFC-e - MERCADORIA TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA - 2017 e ANEXO 4 - DEMONSTRATIVO DE DEBITO A MENOR – NFC-e - MERCADORIA TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA - 2018 (Infração 02).

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 parte das operações deveriam ser canceladas em virtude da existência de itens não tributáveis, e a não consideração da redução da base de cálculo a que fazia jus alguns produtos, o que pode ser constatado e corroborado pela documentação fiscal que informa estar anexando (Doc. 03).

A autuante, ao prestar a Informação Fiscal, não acata o argumento defensivo afirmando que ao examinar o citado documento, verificou que o mesmo não aponta os itens contestados pois se trata de uma listagem de notas fiscais de entrada relativa apenas ao exercício de 2017, indicando apenas o ICMS que estariam destacados nos referidos documentos fiscais.

Assevera não haver lógica a arguição defensiva, pois não é o tratamento que supostamente a recorrente deu na entrada que define a forma de tributação na saída. O que define a tributação na saída, é a legislação e esta foi obedecida na elaboração dos anexos 1 a 4.

Como restou comprovado através dos papéis de trabalho (anexo 1 a 4), a exigência recai sobre às operações de saídas que acobertavam mercadorias tributadas normalmente enquanto que o sujeito passivo não as tributou.

Neste caso, caberia ao mesmo apontar objetivamente os itens que estariam incluídos indevidamente nos mencionados demonstrativos elaborados pela fiscalização com as devidas justificativas e comprovações necessárias, e não apresentar um levantamento de notas fiscais de entradas, com a justificativa de que não foram aproveitados os créditos ali destacados e que os mesmos deveriam ser cotejados no resumo de apuração do ICMS.

O art. 314 do RICMS/BA, determina, obedecendo a toda uma norma legal constituída, que a escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte no próprio mês ou no mês subsequente em que se verificar a entrada da mercadoria. E o art. 315 do mesmo RICMS, dispõe que a escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314, dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do

contribuinte.

Portanto, os créditos, mesmo legítimos, se não lançados no próprio mês ou no mês subsequente, devem se submeter ao regramento estabelecido nos mencionados dispositivos legais.

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 a outras tributações, como bem esclareceu 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 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, este Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para tal apreciação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

Inconformado com o resultado do julgamento, o contribuinte ingressou com o presente Recurso Voluntário, a seguir transcrito em resumo.

Que optou pelo pagamento integral da infração 3, no entanto com relação aos demais itens são manifestamente ilegítimas e improcedentes.

Que a Junta se limitou de modo genérico a afastar as alegações trazidas pela Recorrente limitando-se a argumentar que o demonstrativo e as informações constantes do Auto de Infração não impossibilitam a compreensão da ora recorrente.

Que além dos demonstrativos não indicarem expressamente quais itens não teriam sido tributados pela ora recorrente, tampouco o faz a decisão ora recorrida, fazendo-se presumir, portanto, que toda a operação efetuada deveria ser tributada à alíquota de 18%.

Requer nulidade por vício material que macula irremediavelmente o lançamento. Que é dever da autoridade apresentar todos os documentos e dados que comprovem a constatação da infração e levem o sujeito passivo à mesma constatação, e assim ele poderá entender o motivo da lavratura para que possa se explicar e exercer o seu direito de defesa. Que a descrição do fato gerador contida no mencionado auto não permite identificar a razão que teria motivado a fiscalização demandar da Recorrente tão vultosa quantia, limitando-se a indicar sinteticamente o recolhimento a menor.

Que está nítido que o Auto de Infração é manifestamente genérico e não possui qualquer indicação quanto às corretas circunstâncias que culminaram nas alegadas ilegalidades. Portanto, em razão dos vícios apontados e à luz da legislação há de ser reconhecida a nulidade absoluta do lançamento ora recorrida, pois tanto o seu teor ora recorrida como a sua instrução carecem de descrição clara e precisa dos elementos de fato que teriam ensejado a autuação, cerceando o direito de defesa da Recorrente.

Alega também, nulidade por impossibilidade de utilização de presunção como meio de prova. Que no presente caso, a fiscalização aponta que houve falta de recolhimento do ICMS por terem sido praticadas operações tributáveis como não tributáveis. Todavia, parte das operações apontadas tiveram a totalidade do tributo incidente recolhido entrada das mercadorias submetidas à ST, regime de substituição tributária, e a outra, refere-se a operações cujas saídas são isentas do imposto.

Que basta simples análise do Auto de Infração, para se verificar que há mercadorias enquadradas na hipótese de isenção e de redução de base de cálculo, além das sujeitas à ST. Tal fato demonstra

a inconsistência da infração lavrada.

Não obstante, ao invés de após terem identificado supostas inconsistências no recolhimento do imposto, ao invés de intimar a Recorrente para prestar esclarecimentos sobre meros indícios de irregularidade, a fiscalização preferiu lavar de imediato o Auto de Infração em questão, deixando a análise dos documentos para o momento da apresentação da impugnação.

Dessa forma, não restam dúvidas que o presente lançamento foi pautado apenas por indícios e que a fiscalização estadual se valeu de mera presunção para sua formalização.

No mérito, alega a insubsistência fiscal. Que a Recorrente juntou aos autos documentos probatórios (doc. 03) visando corroborar com suas alegações acerca da existência de itens não tributáveis que foram desconsiderados na análise do autuante, sendo devidamente demonstrada a relação de itens não tributáveis que não houve aproveitamento de créditos quando da entrada.

Dessa forma, a recorrente entende que da observância da relação apresentada ao menos parte das operações autuadas deve ser cancelada, diante da comprovação de itens não tributáveis, uma vez que não há o que se falar em eventual recolhimento a menor do imposto. Que se mostra indispensável a realização da conversão do feito em diligência a fim de confirmar os itens não tributáveis, em razão do relato precário do fiscal.

Por fim, reclama da abusividade da multa. Que há exorbitância que não se coaduna com princípios constitucionais reconhecidos amplamente pela doutrina e pela jurisprudência pátria, com flagrante desrespeito ao art. 150, IV da CF/88.

Requer que a exigência fiscal seja cancelada em razão de nulidade do lançamento, diante da ausência de descrição clara e precisa da infração e da utilização de mera presunção como prova.

Na remota hipótese de assim não ser atendido, a Recorrente requer seja reconhecida a insubsistência da autuação, diante do documento comprobatório que confirma a relação dos itens não tributáveis em razão do precário relato fiscal.

Que caso não seja este o entendimento de V. Sa, o que se admite apenas 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, bem como a desproporcionalidade e a patente irrazoabilidade em relação à infração supostamente cometida.

VOTO

O Recorrente pede nulidade por vício material, cerceamento de defesa, e por impossibilidade de utilização de presunção como meio de prova.

Observe que ambas as infrações decorrem do fato do recorrente haver praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, e as 2 infrações estão acompanhadas dos demonstrativos. No caso da primeira os demonstrativos 1 e 2, e da segunda os demonstrativos 3 e 4.

No anexo 1 de fls. 10/11, podemos verificar que há mercadorias como açúcar e vagem daucy e 1 kg, com as respectivas notas fiscais, datas, valores, e cuja alíquota aplicada pelo recorrente no documento fiscal foi ZERO, tendo o demonstrativo aplicado a alíquota corrente de 18%, por se tratar de operações internas.

No caso do anexo 2, de fls. 12/13, verifico a existência de itens como açúcar, brócolis congelados, também com alíquotas de saída ZERO, tendo as mercadorias com a perfeita indicação do documento fiscal de saída correspondente.

No anexo 3, fl. 14, verifica-se açúcar, café, cereal nutry, vagem daucy, com as respectivas notas fiscais, também com alíquota ZERO na saída, sendo lançado o imposto devido. O mesmo ocorre com o anexo 4, fl. 16, onde se verifica mercadorias como bebida de soja ADES, brócolis congelados, caixa de ferramenta, champignon fatiado.

Não vejo a qual cerceamento de defesa o recorrente se reporta, nem mesmo vícios matérias, visto que as mercadorias são tributadas e os demonstrativos claramente permitem ao Recorrente identificar os documentos em que constam as mercadorias citadas. Assim, denego o pedido de nulidade.

Quanto ao pedido de diligência, também não vejo razões para concessão, visto que o Recorrente não trouxe nenhum exemplo concreto de mercadorias isentas, tributadas por substituição ou não tributadas.

Observando as peças acostadas ao processo pelo Recorrente, não identifico nenhum documento 3 com quaisquer mercadorias isentas ou inclusas na substituição tributária, e nem mesmo foi citado, seja na impugnação, seja no presente recurso, uma única mercadoria que justificasse uma diligência para exclusão do lançamento. Assim posto, denego o pedido de diligência.

No mérito, alega a existência de itens que não poderiam ser incluídos no Auto de Infração, por serem isentos ou por estarem na substituição tributária. Diz que se encontra no documento 03 não encontrado no processo. Curiosamente, não relacionou um único item isento ou incluso na substituição tributária no seu Recurso Voluntário, apenas falando da sua existência e da relação em suposto documento 03.

Verifico que itens como BROCOLIS congelado, embora não relacionados pelo recorrente como isentos, por se tratar de itens frequentemente confundidos como isentos, devo esclarecer que a isenção é por hortigranjeiro *in natura*, e não congelado.

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO 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** o Auto de Infração nº **274068.0025/20-5**, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA S.A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 445.440,99**, acrescido da multa de 60%, prevista Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de janeiro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS