

**PROCESSO** - A. I. N° 269275.0017/23-7  
**RECORRENTE** - KENIO SUPERMERCADO LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0094-03/24-VD  
**ORIGEM** - DAT NORTE / INFAZ NORDESTE

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO CJF N° 0063-12/25-VD**

**EMENTA:** ICMS. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Ficou comprovado nos autos que o defendente não destacou o ICMS relativamente às operações sujeitas ao pagamento do imposto. Rejeitada a preliminar de nulidade. Negado pedido de diligência ou perícia técnica. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da decisão proferida pela 3ª JJF referente ao presente Auto de Infração em lide, lavrado em 29/09/2023, exige crédito tributário, no valor de R\$ 1.175.387,42, acrescido da multa de 60%, pela falta de recolhimento do ICMS por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, devidamente escrituradas. Consta na descrição dos fatos, que valores exigidos são referentes a soma de notas fiscais eletrônicas (NF-e) com notas fiscais do consumidor eletrônicas (NFC-e), ocorrências nos meses de janeiro de 2019 a dezembro de 2020. (Infração 002.001.003).

O sujeito passivo apresenta impugnação fls.14/28. O Autuante presta a informação fiscal fls.94/95.

A JJF procedeu decisão com base no voto condutor transcrito.

**VOTO**

*Preliminarmente, cabe apreciar as questões prejudiciais suscitadas. O Autuado afirmou, que o lançamento fiscal contém vício de nulidade que conduz ao seu cancelamento. Disse que falta motivo para se proceder a exigência do crédito tributário, porque o lançamento de ofício se configura ato de vontade pelo qual o Estado aplica a lei a fato jurídico tributário, determinando situação jurídica individual e concreta. Aduziu que consta do levantamento fiscal mercadorias que não seriam tributáveis, visto que isentas, com tributação encerrada ou com redução de base de cálculo.*

*Analizando os elementos que compõem este processo, observo que, no presente caso, o motivo encontra-se descrito na acusação fiscal. A motivação está definida na descrição dos fatos, com a acusação de que o Autuado deixou de recolher ICMS devido a Fazenda Pública Estadual por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, devidamente escrituradas.*

*Não vislumbro na descrição da conduta infracional imputada ao Autuado, dificuldades para compreensão sobre a acusação fiscal. Ademais, os demonstrativos elaborados pela Fiscalização referentes à ilicitude de que cuida o presente Auto de Infração, afastam qualquer dúvida sobre a conduta infracional imputada ao sujeito passivo. O direito à ampla defesa e ao contraditório foi preservado, inclusive exercido plenamente pelo autuado conforme se verifica na defesa apresentada.*

*O autuado tomou conhecimento do lançamento efetuado, conforme se pode constatar nas alegações defensivas, inexistindo cerceamento ao direito de defesa, e tem condições de acompanhar normalmente, o deslinde de todas as questões suscitadas em sua impugnação. Observo que o fato descrito no Auto de Infração está materialmente comprovado no demonstrativo fl. 10, CD gravado com as planilhas do levantamento fl.11, e comprovante de entrega via DTE fl.12, ciência dia 03/10/2023.*

*Assim, sobre a exigência fiscal, a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/2012, com a Lei nº 7.014/96 e com o RPAF-BA. Ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art. 39 do RPAF/99, inocorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício. Portanto, ficam rejeitadas as nulidades direta ou indiretamente apresentadas nas razões*

de defesa.

O defendente requereu fosse realizada diligência ou perícia técnica por fiscal estranho ao feito, para que venha a se comprovar, que a grande maioria das mercadorias arroladas pela autoridade fiscal, se trata de mercadorias isentas, com base reduzida ou enquadradas no regime de substituição tributária.

De plano, rejeito esta solicitação. Os elementos acostados aos autos são suficientes para formação do convencimento por parte dos Julgadores para decisão da lide. Portanto, não vislumbro necessidade de avaliação técnica a ser produzida por especialistas ou diligência a ser realizada nas operações alvo da autuação, considerando que os documentos para deslinde da questão estão na posse do Autuado que poderia apontá-los e ilidir a acusação fiscal. Assim, indefiro o pedido de diligência ou perícia técnica, com fulcro no art. 147, incisos I e II do RPAF/99.

No mérito, o autuado foi acusado de não ter efetuado o recolhimento do ICMS devido por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, devidamente escrituradas. Consta na descrição dos fatos, que valores exigidos são referentes a soma de notas fiscais eletrônicas (NF-e), com notas fiscais do consumidor eletrônicas (NFC-e), ocorrências nos meses de janeiro de 2019 a dezembro de 2020. (Infração 002.001.003).

O defendente declarou, que em que pese o louvável esforço despendido na lavratura do auto de infração em apreço, a ação fiscal não merece prosperar, uma vez que as mercadorias arroladas nos demonstrativos que fundamentam a imputação, tratam-se de mercadorias substituídas, isentas ou que sofrem redução de base de cálculo, devendo, portanto, serem excluídas dos demonstrativos apresentados. Anexou cópias de notas fiscais de entradas e apontou notas fiscais de saídas por ele próprio emitidas.

Compulsando os elementos que fazem parte dos autos, especialmente as razões defensivas, verifico que o Autuado não contestou o cálculo aritmético evidenciado na planilha que serviu de base para a autuação. Limitou-se a relacionar todas as mercadorias constantes do levantamento fiscal, apresentando entendimento de que operações com tais produtos seriam não tributáveis.

O defendente em sua defesa, citou especificamente, com as respectivas justificativas, os seguintes produtos:

- a) “Flocão”: Flocão de Arroz Urbano 500g, Flocão Milho Vitamilho Temp. Calab 250g, Flocão Milho Vitamilho Temp. Manteiga 250g, entre outros;
- b) “Arroz” afirmando que seria isento, conforme prevê o artigo 265, I, a do RICMS/BA;
- c) “Castanha de Caju” seria isenta, conforme artigo 265, II, “f” do RICMS/BA; e
- d) “Bacalhau Saithe 16/20”, “Sardinha Gomes Costa” e “File de Merluza”, afirmando que nas operações internas subsequentes seriam acobertadas pela isenção, conforme artigo 265, II, alínea “j” do RICMS/2012.

Para os demais produtos que elencou, limitou-se a aduzir que as notas fiscais que emitiu nas saídas, estariam com código CST de mercadoria enquadrada na substituição tributária, afirmando que grande parte dessas mercadorias possui a informação “Retido na compra” na própria nota fiscal de saídas.

Esclareço que para a análise da matéria, se faz pertinente externar o entendimento da SEFAZ para o enquadramento de uma mercadoria na substituição tributária. O produto está sujeito ao regime de substituição tributária quando possuir, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma vigente, constante do Anexo I do RICMS/2012.

Com efeito, a inclusão de uma determinada mercadoria no regime de substituição tributária pressupõe necessariamente, a sua adequação à NCM e à descrição e destinação constantes da norma respectiva, simultaneamente. Na ausência desta adequação, não há que se falar em tributação por substituição. Conclui-se, portanto, que ainda que um produto possua a mesma NCM daquele descrito na legislação respectiva, a sua inclusão no regime de substituição tributária, apenas se efetivará se a sua descrição e finalidade coincidirem com aquelas especificadas pelo legislador. Em outras palavras: para a inclusão de um produto na sistemática de substituição tributária, é necessária, a existência de perfeita identidade entre a NCM do produto e a sua descrição.

Quanto a legislação de regência a respeito de isenções, assim estabelece o RICMS/2012:

Art. 265. São isentas do ICMS:

(...)

II - as saídas internas de:

(...)

d) sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho;

(...)

f) castanha de caju e mel de abelhas realizadas por produtores rurais, suas associações ou cooperativas;

( . . . )

j) *pescado, realizada por pescador profissional artesanal devidamente classificado no Registro Geral da Pesca da Secretaria Especial de Aquicultura e Pesca da Presidência da República, bem como as operações internas subsequentes com o mesmo produto;*

*Neste cenário, passo a análise dos elementos constantes na autuação, para as mercadorias concretamente rebatidas pelo defendente:*

a) *Flocão: somente os flocos de milho “simples” é que são considerados pela legislação tributária como isentos/não tributados, excluindo-se do benefício fiscal os flocos de arroz e os flocos de milho temperados ou de qualquer outra forma modificados. As diversas espécies de flocos de milho/flocos de arroz citadas pelo contribuinte em sua defesa são tributadas. Cabe ainda destacar, que o próprio contribuinte trata esta mercadoria como tributada, com destaque de ICMS, conforme nota fiscal nº 357.142. Na saída de tais mercadorias aplicou alíquota zero como se isenta fosse;*

b) *Arroz: consta no levantamento fiscal, apenas o tipo de arroz que é tributado, como o arroz para cachorro AuAu e Cravil e outros para cães e o arroz especial Camil 7 cereais e integral com pimenta, arroz rariz 7 cereais e 7 grãos, arroz Tio João 7 cereais, 7 grãos. O defendente deu este tratamento ao “Arroz” em algumas notas fiscais como a de nº 128.200. Na saída das demais notas fiscais aplicou alíquota zero como se isenta fosse.*

c) *Castanha de Caju: conforme dispositivo reproduzido, a isenção se aplica exclusivamente quando a operação de saída é realizada por produtores rurais, suas associações ou cooperativas (art. 265, II, “f” do RICMS/BA). O próprio contribuinte trata esta mercadoria como tributada, com destaque de ICMS, conforme se comprova no arquivo anexo “Castanha Caju” que contém a nota fiscal nº 11.011. Na saída de tais mercadorias aplicou alíquota zero como se isenta fosse;*

d) *Bacalhau Saithe, Sardinha Gomes da Costa e Filé de Merluza: Estas mercadorias só são isentas quando a operação de saída é realizada por pescador profissional artesanal devidamente qualificado (art. 265, II, “j” do RICMS/BA). A mercadoria Sardinha Gomes da Costa é um enlatado que nunca foi isento. O próprio contribuinte trata estas mercadorias como tributadas, com destaque de ICMS, conforme se comprova nos arquivos anexos “Bacalhau”, “Filé Merluza” e “Sardinha” que contém as notas fiscais nº 1.044.692, 1.009.248 e 1.583.507. Na saída de tais mercadorias aplicou alíquota zero como se isenta fosse;*

*Impende ressaltar, que o inciso II, do art. 111 do CTN que dispõe sobre outorga de isenção, interpreta-se literalmente. Sendo a mercadoria beneficiada com a isenção descabe a extensão de sua descrição além daquela expressa na legislação.*

*Vale salientar, que apesar de contestar a exigência fiscal com os mencionados argumentos expostos em sua impugnação, o defendente não indicou as operações com o registro dos respectivos documentos fiscais. Somente acostou aos autos cópias de notas fiscais de entradas, que não se constitui em elementos necessários e suficientes para elidir a acusação fiscal. Cabendo dizer também, que não existe apensado neste processo, o multicitado (Doc.05), a que a defesa se refere, cópias de notas fiscais de saídas. Estão anexados documentos fiscais referente a entradas, (Doc.04), todos com o ICMS destacado fls. 50 a 89 do PAF.*

*Para se contrapor ao levantamento fiscal, a legislação estabelece que a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada de provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações (art. 123 do RPAF/99), e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99).*

*Assim, é que, para desconstituir as infrações indicadas, o defendente deveria provar que os valores apurados pela fiscalização estão incorretos, e quais documentos fiscais constantes do levantamento fiscal, relacionam mercadorias enquadradas na substituição tributária, elencados na isenção ou com previsão de redução de base de cálculo. Entretanto, de forma genérica, apenas sustentou a alegação de que os produtos elencados no demonstrativo que servem de base a autuação, em verdade compõem operações não tributáveis, ao contrário da acusação fiscal.*

*Como tais provas se referem a documentos e livros que estão de posse do próprio contribuinte, caberia a este trazê-los aos autos para elidir as infrações, demonstrando as incorreções alegadas, o que não ocorreu.*

*Diante disso, impõe-se a manutenção da exigência fiscal e acato as conclusões consignadas na Informação Fiscal, nos elementos acostados aos autos, e especialmente nos demonstrativos elaborados pelo Autuante.*

*Quanto as decisões deste CONSEF trazidas pelo defendente, saliento que os paradigmas apresentados, dizem respeito a situações fáticas diversas do caso presente.*

*Por fim, o defendente com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, requereu que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos Patronos da Autuada no endereço constante do rodapé da sua petição, tudo em razão da celeridade processual.*



*Observo que não há impedimento para que tal providência seja tomada. A forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo, encontra-se prevista nos arts. 108/109 do RPAF-BA/99, e o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ, para receber correspondências.*

*Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

Os advogados apresentam peça recursal às fls. 116/26.

Inicialmente, com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, requereu que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos Patronos da Autuada e endereçadas a estes no endereço constante do rodapé da presente petição, tudo em razão da celeridade processual.

Roga para a inteira improcedência do auto de infração lavrado, explicando que a nobre autoridade fiscal recenseia em seus demonstrativos fiscais mercadorias que tratam de mercadorias substituídas, isentas ou que sofrem redução de base de cálculo, devendo, portanto, serem excluídas do demonstrativo apresentado, conforme verificação das Notas fiscais de saída (Doc. 01).

Constata-se nas notas fiscais de saída da empresa autuada, as seguintes mercadorias e os seus respectivos códigos CST: “ACUCAR ARCO VERDE 30X1, CST 060”, “MARGARINA CLAYBOM 12X500GR, CST 060”, “VODKA SLOVA 12X970ML, CST 060”, “CALABRESA CURADA SEARA 2,5KG, CST 020”, “OLEO SOJA SOYA 20X900ML, CST 060”, “SABAO EM PO ALA ERVA DOCE, CST 060”, “SAL TUCANO 30X1, CST 060”, “VODKA SLOVA 12X970ML, CST 060”, “COLORIFICO MARATA 10X97GR, CST 060”, “MARGARINA CLAYBOM 12X500GR, CST 060”, “AGUARDENTE PITU 12X965ML, CST 060”, “CAMELINHO 12X500ML, CST 060”, “OLEO SOJA LIZA 6X900ML, CST 060”, “CALABRESA CURADA SEARA 2,5, KG CST 060”, “BISCOITO ROSQUINHA VITARELA CHO 20X350GR, CST 060”, “SABAO ALA EM PO LAVANDA 27X500GR, CST 060”, “LEITE BEB LACTEA OLA 12XILT, CST 060”, “MOLHO PRONTO MARATA TRAD 24X340GR, CST 060”, “CHARQUE PARAISO PONTA AGULHA 1X5KG, CST 060”, “CAFE MARATA ALMOFADA 20X250GR, CST 060”, “CHARQUE PARAISO PONTA AGULHA 1X5KG, CST 060”, “SABONETE ALBANY MASC AZUL 12X85GR, CST 060”, “VINHO MARAVILHA CX12X750ML, CST 060”, “BEB LACTEA MORG IBITURUNA 27X200ML, CST 060”, “SABONETE MARAN SUAVE AMENDOAS 12X90GR, CST 060”, “CONHAQUE PRESIDENTE 1X6X900ML, CST 060”, “LAVA LOUCA ZAB NEUTRO 24X500ML, CST 060”, “MOLHO PRONTO MARATA TRAD 24X340GR, CST 060”, “FOSFORO LONGO GABOARDI 1X20, CST 060”, “NECTAR MARATA CAJU 27X200ML, CST 060”, “CHARQUE SUINO 1X5KG, CST 060”, “CHARQUE PARAISO 2 PELOS TRAZEIRA 1X5KG, CST 060”, “CAMELINHO 12X500ML, CST 060”, “VINAGRE MARATA ALCOOL 12X500ML, CST 060”, “PAPEL HIG VELUD FOLHA DUPLA 16X4X30MT, CST 060”.

Salienta que os anexos 1 do Regulamento do ICMS 2012, vigentes a época dos fatos geradores, quais sejam exercícios de 2019 e 2020, apresentam NCMs que são arrolados erroneamente pela autoridade fiscal, a exemplo dos seguintes NCMs: 4202, 7615, 9608, 2208, 1901, 2710, 1901, 2309, 3206, 1905, 3924, 7009, entre outros, apresentados na planilha elaborada pela empresa recorrente, conforme anexo (Doc. 02).

Insurge-se, mais uma vez, contra a cobrança, visto que “ESTOJO ESC MALU, PORTA LAPIS LONA, ESTOJO ESC DENLEX, ESTOJO TILIBRA M, CACAROLA FORT, CANECAO FORTALEZA, PINCEL ATOMICO PILOT, LAPISEIRA TILIBRA, LAPISEIRA CLASSE, VODKA NORDOFF, VODKA NORDKA, VODKA ROSKOFF, PINCEL ATOMICO PILOT, CATUABA GOSTOSA, LICOR GOSTOSA FINO, CACHACA CARANGUEJO, CACHACA GOSTOSA, BEB MISTA DAFRUTA, LICOR ESTRELA, PINGA NORDESTINA, CACHACA SELETA, LICOR MENTA NORDESTINA, BEB ICE CABARE LIMA, RUM BACARDI BIG, CATUABA GUARACY, PAO DE QUEIJO SEARA, VITAMINA CANTO NAT, ANIL LIQ COLMAN”, entre outras, são inerentes aos NCMs supracitados e constantes dos anexos 1 do Regulamento do ICMS 2012, vigentes a época dos fatos geradores, quais sejam exercícios de 2019 e 2020.

Reporta que as notas fiscais de entrada (Doc. 05 – já apresentado na defesa), também possuem as mesmas mercadorias relacionadas nos demonstrativos fiscais e os mesmos códigos CSTs de mercadorias isentas, substituídas e com redução de base de cálculo. De igual modo, Srs. Julgadores, a autoridade fiscal ao descrever as infrações constantes da Notificação Fiscal nº 2691010006/23-3, de forma taxativa, enquadra algumas mercadorias, a exemplo da “VODKA ICE SYN APPLE PET 300ML”, como mercadoria substituída e que é relacionada 1.254 vezes nos demonstrativos referentes ao auto de infração em comento, descabendo a exigência fiscal, especificamente no que se refere a mercadoria “vodka” por se tratar de mercadoria enquadrada

no regime de substituição tributária, conforme demonstrado na notificação fiscal supracitada.

Frisa que o lúdimo direito à ampla defesa, com todos os meios e recursos à mesma inerentes, mesmo no âmbito dos processos administrativos, os quais possuem um devido rito a ser seguido, devem espelhar o devido contraditório, não apenas formal, mas de cunho material, levando em consideração e efetivamente discutindo, com razoabilidade, legalidade e pertinência as razões defensivas invocadas.

Ressalta que no Processo Administrativo Tributário, ao contrário, impera o princípio da verdade material ou da liberdade na prova, conferindo maior elasticidade de apreciação ao julgador administrativo, que pode lançar mão de provas por ele próprio coletadas, além de ter o poder de determinar a produção de novas provas não produzidas pelas partes.

Disse que pela orientação deste princípio, o órgão administrativo de julgamento deverá buscar a verdade objetiva dos fatos, independentemente de haver sido provado ou alegado pelas partes. Cita entendimento da jurista ANA PAULA DE OLIVEIRA ADRIANO e de, na busca-se a verdade material, ensinamento HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO.

Ressalta ainda que as notas fiscais de entrada, também possuem as mesmas mercadorias relacionadas nos demonstrativos fiscais e os mesmos códigos CSTs de mercadorias isentas, substituídas e com redução de base de cálculo. De igual modo, Srs. Julgadores, a nobre autoridade fiscal também lavrou a Notificação Fiscal nº 2691010006/23-3, onde relacionou mercadorias substituídas, a exemplo de “VODKA ICE SYN APPLE PET 300ML”, e neste referido auto de infração, a considerou como mercadoria tributada normalmente.

Acrescenta que deste modo, a autoridade fiscal ao descrever as infrações constantes da Notificação Fiscal nº 2691010006/23-3, de forma taxativa, enquadra algumas mercadorias, a exemplo da “VODKA ICE SYN APPLE PET 300ML”, como mercadoria substituída e que é relacionada 1.254 vezes nos demonstrativos referentes ao auto de infração em comento, descabendo a exigência fiscal, especificamente no que se refere a mercadoria “vodca” por se tratar de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária.

Colaciona julgados do CONSEF que são reiterativos ao entendimento alegado (A-0024-02/23NF-VD; 0205-11/23-VD; A-0286-12/23-VD; A-0349-12/23-VD; A-0299-11/22-VD; A-0023-01/19; A-0158-02/22-VD; A-0212-11/22-VD; A-0227-04/21-VD; A-0190-01/21-VD).

Ressalta-se que a planilha apresentada pela autuada foi elaborada com base no arquivo de levantamento do lançamento da autoridade fiscal e que é parte integrante do auto de infração, o que garante que as mercadorias nela indicadas são exatamente as autuadas. Sendo assim, conclui-se ser medida a reforma da infração, determinando-se a exclusão das mercadorias não tributadas.

Suscita nulidade por falta motivo para se proceder ao lançamento do crédito tributário, porque o lançamento configura ato de vontade pelo qual o Estado aplica a lei a fato jurídico tributário, determinando situação jurídica individual e concreta. Cita Seabra Fagundes, destacando os cinco elementos no ato administrativo.

Afirma que a lei tributária atribui ao agente administrativo um poder vinculado, o MAIS VINCULADO POSSÍVEL, no exercício do qual serão praticados ATOS PLENAMENTE VINCULADOS. Essa, aliás, é a expressão utilizada no art. 3º do CTN, que define o tributo como “prestação pecuniária, compulsória, cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Assim, o objeto do lançamento, como ato de vontade da administração (a saber, a declaração da ocorrência do fato jurídico, a identificação do sujeito passivo da obrigação, a determinação da base de cálculo e da alíquota para apuração do montante a pagar e os TERMOS DA EXIGIBILIDADE) já está predeterminado na lei tributária, vale dizer, “*in casu sub examine*”, expressamente previsto os dispositivos de lei que autorizam a imputação de responsabilidade quando ocorrer infração a eles, inexistindo margem de liberdade de escolha para o agente que pratica o ato (autuante). Reproduz publicação “Comentários ao Código Tributário Nacional” edição 1ª, pág. 386.

Sustenta que não havia motivo para que a autuante lavrasse o malsinado auto de infração, pelo menos no que se relaciona a “suposta” infração que ora se contesta e este é o entendimento do CONSEF (A-0041-04/14). Citou ensinamento de HELY LOPES MEIRELLES, em sua memorável obra “Direito Administrativo Brasileiro, 15ª Ed. RT, SP, 1990, PP. 174/175”.

Finaliza requerendo a nulidade total do auto de infração em apreço ou a improcedência do auto de infração.

É o relatório.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado tempestivamente (Art. 169, I, “b” do RPAF/BA) contra a Decisão recorrida que, por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 29.09.2023, para exigir crédito tributário de R\$ 1.175.387,42, mais multa de 60% pela falta de recolhimento do ICMS por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, referentes a soma de notas fiscais eletrônicas (NF-e) com notas fiscais do consumidor eletrônicas (NFC-e), devidamente escrituradas nos exercícios 2019/2020.

Observe que o patrono do recorrente interpôs peça recursal às fls. 116/126, reiterando os termos da impugnação e aduzindo as seguintes razões:

- 1- Requer com fulcro no art. 272, § 5º do CPC, que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos Patronos da Autuada e endereçadas a estes no endereço constante do rodapé da presente petição, tudo em razão da celeridade processual.
- 2- Suscita nulidade pela falta de motivo para se proceder ao lançamento do crédito tributário, porque o lançamento configura ato de vontade pelo qual o Estado aplica a lei a fato jurídico tributário, determinando situação jurídica individual e concreta.
- 3- Roga para a inteira improcedência do auto de infração lavrado, explicando que a nobre autoridade fiscal recenseia em seus demonstrativos fiscais mercadorias que tratam de mercadorias substituídas, isentas ou que sofrem redução de base de cálculo, devendo, portanto, serem excluídas do demonstrativo apresentado, conforme verificação das Notas fiscais de saída (Doc. 01).
- 4- Salaria que os anexos 1 do Regulamento do ICMS 2012, vigentes a época dos fatos geradores, quais sejam exercícios de 2019 e 2020, apresentam NCMs que são arrolados erroneamente pela autoridade fiscal, a exemplo dos seguintes NCMs: 4202, 7615, 9608, 2208, 1901, 2710, 1901, 2309, 3206, 1905, 3924, 7009, entre outros, apresentados na planilha elaborada pela empresa recorrente. Ressalta-se que a planilha apresentada pela autuada foi elaborada com base no arquivo de levantamento do lançamento da autoridade fiscal e que é parte integrante do auto de infração, o que garante que as mercadorias nela indicadas são exatamente as autuadas.
- 5- Colaciona julgados do CONSEF que são reiterativos ao entendimento alegado (A-0024-02/23NF-VD; 0205-11/23-VD; A-0286-12/23-VD; A-0349-12/23-VD; A-0299-11/22-VD; A-0023-01/19; A-0158-02/22-VD; A-0212-11/22-VD; A-0227-04/21-VD; A-0190-01/21-VD).

Por fim, finaliza requerendo a nulidade total ou a improcedência do auto de infração em apreço.

Preliminarmente, passo à análise da alegação de nulidade suscitada pelo sujeito passivo pela falta de motivo para se proceder ao lançamento do crédito tributário, vez que o lançamento configura ato de vontade pelo qual o Estado aplica a lei a fato jurídico tributário, determinando situação jurídica individual e concreta.

Compulsando os autos observe que tal alegação do recorrente **não assiste razão** ao mesmo. O Processo Administrativo Fiscal (PAF) cumpre todas as exigências legais, e a acusação fiscal, constante da peça inicial, reflete os fatos apurados pela fiscalização. A descrição dos fatos no auto de infração é clara e precisa, indicando que o Autuado deixou de recolher o ICMS devido ao Estado por ter realizado operações tributáveis como não tributáveis, devidamente registradas,



possibilitando a compreensão da acusação. O direito à ampla defesa e ao contraditório foi garantido e exercido pelo autuado, como evidenciado pela defesa apresentada e pelo presente recurso.

Por não restar comprovado nos autos a existência de vícios formais que afetem a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, **rejeito** a preliminar de nulidade requerida nas razões recursais, tendo em vista não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV, do artigo 18 do RPAF/99.

Quanto ao mérito, o ponto crucial da controvérsia é a ausência de recolhimento do ICMS pelo sujeito passivo, motivada pela realização de operações tributáveis e não tributáveis, devidamente registradas nos exercícios de 2019 e 2020.

No que se refere ao mérito, observo que o recorrente não contestou os cálculos informados nas planilhas que serviu de base do lançamento no Auto de Infração. Além disso, reconheceu a existência de obrigação quanto aos valores dos créditos tributários lançados no referido auto, onde o recorrente colacionou aos autos diversas Notas fiscais de saídas de mercadorias com natureza da operação “LANC.EFET.TIT.BAIXA DE ESTOQUE REF.PERDA, ROUBO”, limitando a relacionar todas as mercadorias constantes do levantamento fiscal, apresentando entendimento de que operações com tais produtos seriam não tributáveis.

Observo ainda, que em sede de recurso, o sujeito passivo apresenta em sua peça os mesmos produtos elencados em sua impugnação e anexa aos autos diversas notas fiscais de saídas de mercadorias sem, contudo, provar quais os valores apurados pela fiscalização estão incorretos, e em quais documentos fiscais apresentados estão constantes do levantamento fiscal, relacionam mercadorias enquadradas na substituição tributária, elencados na isenção ou com previsão de redução de base de cálculo.

A legislação estabelece que, para contestar o levantamento fiscal, a impugnação do sujeito passivo deve ser instruída com as provas que este possuir, abrangendo documentos, levantamentos e demonstrativos relacionados às suas alegações (art. 123 do RPAF/99). A mera negativa da prática da infração não dispensa o sujeito passivo de apresentar elementos que infirmem a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99).

Todavia, de forma genérica, apenas sustentou a alegação de que os produtos elencados no demonstrativo que servem de base a autuação, em verdade compõem operações não tributáveis, ao contrário da acusação fiscal.

Diante disso, para impugnar as infrações indicadas, o contribuinte deveria demonstrar que os valores apurados pela fiscalização estão equivocados e especificar quais documentos fiscais, presentes no levantamento fiscal, referem-se a mercadorias sujeitas à substituição tributária, isenção ou redução da base de cálculo. Uma vez que essas provas consistem em documentos e livros fiscais sob sua responsabilidade, caberia ao contribuinte apresentá-las para contestar as alegações, o que não foi feito.

Ademais, verifico na informação fiscal que o autuante apresentou justificativas satisfatórias para todas as questões abordadas na defesa. Em particular, o autuante respondeu aos argumentos do contribuinte referentes às notas fiscais de saída (doc. 05), que indicam mercadorias com códigos CST associados a isenção, substituição tributária e redução da base de cálculo.

Neste sentido, vale a pena observar o pronunciamento do autuante, em sua informação fiscal sob as fls.94 a 95, conforme transcrito abaixo:

*“O contribuinte afirma que em diversas Notas Fiscais de saída (doc. 05) apresentam as mercadorias relacionadas com códigos CSTs relacionados a mercadorias isentas, substituídas e com redução de base de cálculo. Relaciona diversas mercadorias como creme dental, café, sabão em pó, hambúrguer, mistura para bolo, vassoura, detergente, vodka, desodorante, entre outras. Acontece que todas estas mercadorias, sem exceção alguma, são tributadas. Algumas destas mercadorias passaram a ser tributadas (saíram da Substituição Tributária) precisamente em 1ºJaneiro/2019 (data do início do período fiscalizado) como creme dental e*

*mistura para bolo. O contribuinte ao afirmar que estas Notas Fiscais de saída apresentam as mercadorias relacionadas com códigos CSTs relacionados a mercadorias isentas, substituídas e com redução de base de cálculo confessa a irregularidade cometida, ou seja, deu saída de mercadorias tributadas sem o destaque do ICMS correspondente e sem o devido débito fiscal;*

*É um verdadeiro absurdo que tenhamos que aturar em nome da ampla defesa uma peça defensiva completamente desarrazoada e estapafúrdia como essa. Só pode ser mesmo para ganhar tempo e adiar o cumprimento da obrigação fiscal.*

*Em razão dos argumentos acima expostos, esta fiscalização continua a exigir o Crédito Tributário de maneira integral, rogando para que, por questão de justiça, seja este Auto de Infração julgado TOTALMENTE PROCEDENTE.”*

No tocante as decisões deste CONSEF trazidas pelo recorrente, saliento que os exemplos apresentados, dizem respeito a situações fáticas diversas e não podem ser aplicadas ao presente caso.

Em relação ao requerimento para que todas as intimações do presente processo sejam dirigidas exclusivamente aos advogados da Autuada, no endereço constante do rodapé da petição, esclareço que não há impedimento para que as intimações sejam enviadas aos advogados da Autuada no endereço indicado. Contudo, o eventual descumprimento do pedido não resultaria em nulidade do ato, uma vez que as modalidades de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte encontram-se disciplinadas no artigo 108 do RPAF/99.

Assim sendo, por comungar do mesmo entendimento da fiscalização acolho as planilhas e demonstrativos elaborados nas conclusões consignadas na Informação Fiscal, que foram mantidas pela decisão recorrida.

Pelo exposto, concluo em **manter** a procedência do presente feito.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **269275.0017/23-7**, lavrado contra **KENIO SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto, no valor de **R\$ 1.175.387,42**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “a”, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de fevereiro de 2025.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR DA PGE/PROFIS