

PROCESSO - A. I. Nº 269274.0301/13-7
RECORRENTE - MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA (MAKRO ATACADISTA S.A.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0240-01/13
ORIGEM - IFEP - DAT/SUL
INTERNET - 05/05/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0093-12/14

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. ALEGADO, SEM PROVA, QUE SE TRATARIA DE CUPONS FISCAIS CANCELADOS. Lançamento mantido. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO RELATIVO A ENTRADAS DE MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES OCORRERAM COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO (ESTORNO PROPORCIONAL). Fato passível de estorno do crédito. Previsão legal. Mantido o lançamento. **b)** CRÉDITO RELATIVO A BENS IMÓVEIS POR ACESSÃO FÍSICA. Não se trata de “entradas de bens imóveis por acesso física”, mas sim de aquisições de materiais de construção, que, a depender da destinação, se consideram bens alheios à atividade do estabelecimento, pois não são destinados à comercialização, industrialização ou prestação de serviços tributáveis pelo ICMS. Se esses materiais de construção fossem destinados à confecção de bancadas ou suportes para fixação de máquinas ou equipamentos, seria legítimo o crédito (imóveis por acesso intelectual). Sendo destinados a levantamento de paredes, reboco, pintura, piso, cobertura, encanamentos, fiação, etc., é vedado o crédito (RICMS/97, art. 97, § 2º, I). Não foram impugnados objetivamente os elementos materiais do lançamento. Lançamento mantido. Não acolhida a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/03/2013, para cobrar ICMS e multa no valor de R\$321.851,66, em decorrência do cometimento de cinco infrações.

Contudo, são objeto do presente Recurso as infrações 2, 3 e 4, abaixo transcritas:

Infração 02: Recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota regulamente escrituradas. Contribuinte aplicou alíquota zero nas saídas de mercadorias tributadas. Total da infração: R\$ 97.075,68, multa de 60%;

Infração 03: Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução da base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Total da Infração: R\$ 6.909,79, multa de 60%;

Infração 04: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integra o ativo permanente do estabelecimento. As entradas de mercadorias referentes aos bens imóveis por acesso física foram lançadas no livro CIAP, e os créditos fiscais correspondentes foram apropriados indevidamente na proporção de 1/48 ao mês. Total da Infração: R\$ 136.795,93, multa de 60%;

Foram apresentadas Defesa administrativa tempestiva às fls. 177 e seguintes, contestando as infrações acima colacionadas e pugnando pela procedência parcial da autuação ante ao reconhecimento das infrações 01 e 05, recolhidas através do DAE de fl. 316, bem como Informação Fiscal às fls. 305 a 312, rebatendo as teses recursais e clamando pela procedência do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 1ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela procedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

“VOTO

O Auto de Infração em discussão compreende 5 lançamentos. Foram impugnados apenas os lançamentos 2º, 3º e 4º.

Em preliminar, o autuado suscitou a nulidade dos lançamentos, alegando ausência de descrição dos fatos que embasaram a autuação, porque não teriam sido determinados precisamente os motivos que ensejaram a cobrança do imposto, tendo de “adivinhar” o fundamento ou fundamentos da autuação.

Neste Auto, as descrições que poderiam suscitar dúvidas são as dos itens 4º e 5.

O item 4º acusa utilização de crédito indevido de ICMS referente à “entrada de bens imóveis por acessão física”. Imóveis por acessão física não “entram” no estabelecimento, pois não se movem (é por isso que são “imóveis”). Para ser mais preciso, na descrição do fato deveria ter sido dito que se trata de créditos fiscais relativos a aquisições de materiais de construção, que, a depender da destinação, se consideram bens alheios à atividade do estabelecimento. O enquadramento no art. 97, IV, “c”, deveria fazer menção, não ao inciso III do § 2º (imóveis por acessão física), mas sim ao inciso I do § 2º (materiais não destinados à comercialização ou industrialização). Faltou, portanto, na descrição do fato, ser dito que se tratava de material de construção, mas os demonstrativos anexos deixam clara essa circunstância.

Já no caso do item 5º, em vez de ser descrito o ato considerado infração, a descrição inicia-se dando ênfase à multa que hipoteticamente a lei prevê para quem comete a infração, ou seja, a descrição dá mais ênfase à “multa percentual” (consequência) do que ao cometimento imputado ao sujeito passivo (causa). Mas isso não prejudica o lançamento, pois fica evidente que foi aplicada uma multa pelo fato de ter sido verificada uma infração – falta de pagamento do imposto devido a título da chamada “antecipação parcial”, embora as saídas subsequentes tenham sido tributadas normalmente.

Ultrapasso a preliminar suscitada, pois considero que os fatos foram descritos de forma satisfatória e foram apresentados demonstrativos indicando a fonte dos dados levantados e os critérios adotados nos levantamentos fiscais.

A defesa requereu a realização de diligência e produção de prova pericial, a fim de serem comprovadas suas alegações, mediante o exame de seus documentos fiscais e contábeis.

Indefiro o pedido de diligência por falta de fundamentação eficaz, haja vista que a defesa não apresentou evidências de que o levantamento contivesse erros ou vícios que justifiquem tal medida.

Quanto ao mérito, relativamente ao item 2º, foi alegado – simplesmente alegado – que o fato de as operações autuadas apresentarem alíquota zero decorre de que os Cupons Fiscais foram cancelados. Não foi provado um cancelamento sequer. Para provar a alegação, o autuado requer a realização de diligência. Se houvesse algum indício de que realmente se tratasse de cancelamentos de Cupons, caberia a realização de diligência para averiguação. Porém não há como se deferir um pedido de diligência com base em mera alegação, sem qualquer evidência do que se pretende provar.

Na informação, o fiscal afirmou que não consta nos arquivos magnéticos a indicação de que as operações foram canceladas.

No tocante ao item 3º, que cuida da falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a entradas de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com redução da base de cálculo, a defesa sustenta respeitáveis considerações sobre os fatos e o direito. Há que se louvar o nível da defesa apresentada, fundada em boa teoria.

O autuado alega que se trata de mercadorias da cesta básica e por isso tem direito à manutenção integral do crédito de ICMS, tomando por fundamento o Convênio ICMS 128/94.

Esse convênio não se aplica neste caso porque as disposições de sua cláusula primeira são de natureza autorizativa: o Estado da Bahia ficou “autorizado” a pôr em sua legislação aquilo que foi acordado com os demais entes signatários, porém não fez uso daquela faculdade.

O art. 100, II, do RICMS/97 prevê que, ressalvadas as disposições expressas de manutenção do crédito, deve ser

feito o estorno (anulação) do crédito fiscal relativo às entradas de mercadorias que forem objeto de operação subsequente com redução da base de cálculo, procedendo-se ao estorno proporcionalmente à redução.

Não há previsão da manutenção do crédito para as operações com as mercadorias objeto deste item 3º. Está caracterizada a infração.

Quanto ao 4º item, que diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a “entradas de bens imóveis por acessão física”, o autuado reclama que não consta na autuação quais foram os bens indevidamente aproveitados pela empresa, pois na infração imputada é dito, de forma genérica, que o crédito decorre de bens imóveis por acessão física.

Embora os demonstrativos às fls. 127/142 não especifiquem os bens ou materiais adquiridos, neles consta a indicação das Notas Fiscais de aquisição, e o demonstrativo acusa que se trata de materiais de construção. Diante de tais indicações, caso o autuante tivesse incluído alguma coisa que não se enquadrasse na categoria de material de construção civil, cabia à defesa apontar o equívoco, para se averiguar e excluir, se fosse o caso. Porém a defesa não apontou um erro sequer. Limita-se a suscitar a necessidade de diligência, alegando ter por certo que o exame de seus documentos fiscais e contábeis é indispensável para o reconhecimento da improcedência dos débitos demandados.

Não há como ser deferido um pedido de diligência sem que sejam apresentadas evidências de que o levantamento contivesse erros ou vícios que justificassem tal medida.

No enquadramento legal da infração, foi citado o art. 97, IV, alínea “c”, combinado com o inciso III do § 2º, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

A primeira parte está correta: aplica-se neste caso o art. 97, IV, alínea “c”. Quanto à referência ao inciso III do § 2º, trata-se de circunstância que nada tem a ver com o presente caso, pois esse inciso III cuida de imóveis por “acessão física”, e no caso em exame se trata de materiais destinados ao emprego na categoria de imóveis por “acessão intelectual”. A referência correta deveria ser ao inciso I do § 2º: materiais não destinados à comercialização ou industrialização.

Nos termos do art. 97, IV, “c”, é vedado o crédito do imposto relativo à aquisição ou à entrada de mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento, sendo que o § 2º, I, do mesmo artigo prevê que se consideram alheios à atividade do estabelecimento, não conferindo ao adquirente direito a crédito, dentre outros, os materiais não destinados à comercialização ou industrialização.

Em face da alusão, na descrição do fato, a “imóveis por acessão física”, torna-se necessário tecer algumas considerações acerca da classificação dos bens imóveis.

Caracterizam-se os bens imóveis pela circunstância de não poderem ser transportados sem que se altere a sua essência (uma casa, um terreno), contrapondo-se-se aos bens móveis, que podem movimentar-se ou possuem movimento próprio.

São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente, nos termos do art. 79 do Código Civil de 2002. O novo Código, contudo, não contém a consagrada classificação dos bens imóveis, como fazia o Código Civil de 1916, nas categorias de bens imóveis por sua natureza, bens imóveis por acessão física natural, bens imóveis por definição (ficção) legal e bens imóveis por acessão intelectual (ou destinação do proprietário).

Porém, embora o novo Código não contemple de forma expressa essa classificação, entende-se que continua havendo a previsão dos chamados imóveis por definição legal (art. 80). Também há consenso de que continuam a haver os imóveis por acessão física, pois o art. 79 se refere a tudo quanto se “incorporar” ao solo natural ou artificialmente. E apesar de a nova redação não trazer a antiga classificação do Código anterior, há quem sustente que elas continuam a existir, inclusive a relacionada à acessão intelectual, contida na segunda parte do art. 79 do novo Código.

No âmbito tributário, tem relevância a categoria dos imóveis por acessão intelectual (ou por destinação do proprietário), que diz respeito a tudo quanto no imóvel o proprietário mantiver intencionalmente empregado em sua exploração industrial, aformoseamento ou comodidade. Esse é o caso das máquinas existentes numa fábrica, as bancadas ou suportes construídos para fixar as máquinas e equipamentos, etc.

No caso de materiais de construção empregados para erguer paredes, rebocá-las ou pintá-las, ou de materiais empregados na cobertura, piso ou aformoseamento do prédio da fábrica ou loja, é vedado o crédito, pois se trata de bens que se convertem em imóveis por acessão física, utilizados em fins alheios à atividade do estabelecimento.

Porém, no caso das máquinas ou equipamentos que se incorporam fisicamente ao imóvel, inclusive os materiais “de construção” empregados em sua fixação ou incorporação física ao imóvel, embora tais bens também se enquadrem na categoria dos imóveis por acessão intelectual, é legítimo o crédito do imposto incidente em sua aquisição.

Imóveis por acessão intelectual são aqueles que, embora tenham natureza de bens móveis, estão atrelados a um bem imóvel para atender a fins pretendidos pelo proprietário.

Em suma, o crédito glosado neste item 4º nada tem a ver com imóveis por “acessão física”, como consta na descrição do fato. Melhor seria enquadrar os materiais em discussão neste caso como imóveis por “acessão intelectual”. Trata-se na verdade de uma situação específica de materiais que são considerados alheios à atividade do estabelecimento porque não se destinam à comercialização, à industrialização ou à prestação de serviços tributáveis pelo ICMS. Se esses materiais de construção fossem destinados à confecção de bancadas ou suportes para fixação de máquinas ou equipamentos, seria legítimo o crédito. Sendo destinados a levantamento de paredes, reboco, pintura, piso, cobertura, encanamentos, fiação, etc., é vedado o crédito (RICMS/97, art. 97, § 2º, I).

Tendo em vista que a defesa não impugnou objetivamente os elementos materiais do lançamento de que cuida o item 4º, considero caracterizada a infração.

Quanto à abusividade das multas, por violação do inciso IV do art. 150 da Constituição, cumpro-me observar que elas têm previsão legal, e não é razoável discutir no âmbito administrativo a constitucionalidade do direito posto.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

Irresignado com o julgamento proferido pela primeira instância, a Empresa apresenta Recurso Voluntário (fls. 348 a 358), onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada.

Inicia o seu arrazoado fazendo um breve resumo dos fatos vividos no presente PAF, da Decisão de piso e das infrações que são objeto do seu Recurso as infrações 2, 3 e 4.

Em seguida, passa ao debate da infração 2. Alega que na realização das vendas de seus produtos, emite cupom fiscal com os dados da respectiva compra, conforme prevê a legislação estadual, mais especificadamente, o artigo 113 do RICMS/BA. Assevera que “*é comum ocorrerem situações de cancelamento do cupom fiscal ou apenas de itens do cupom fiscal após o produto já ter sido registrado como ‘vendido’ pelo recorrente, como no caso em que após finaliza o registro dos produtos o cliente desiste da compra (‘cupons fiscais cancelados’)*”. Diz que nestes casos, há o cancelamento total da compra, o que gera o cancelamento do cupom fiscal, sendo que, esta anulação seria expressamente registrado pelos ECF’s nos respectivos cupons fiscais.

Diante desse quadro, afiança que “*para comprovar a ilegalidade do Auto de Infração, o recorrente protesta pela realização de diligência e produção de prova pericial para comprovar suas alegações*”.

Em novo tópico, passa a debater sobre a infração 3.

Primeiramente afirma que a exigência não se justifica, uma vez que é ilegal e inconstitucional por violar o princípio da não-cumulatividade, ofendendo o art. 155, §2º, inciso I da CF e os artigos 19 e 20 da LC 87/96.

Propala que o texto constitucional (art. 155, §2º, II, alíneas “a” e “b”) prevê que a isenção ou a não-incidência, salvo previsão expressa da legislação, poderão acarretar a anulação de créditos de ICMS decorrentes da operação anterior. Com base nesta interpretação, salienta que a CF/88 prevê a existência de legislação que venha a dispor sobre a possibilidade de manutenção dos créditos, criando exceção ao princípio da não-cumulatividade, bem como a exigência de estorno.

Neste ponto, alega que é exatamente essa a situação da infração 2, pois, teria sido “*justamente o que ocorreu, uma vez eu as operações envolvendo produtos da Cesta Básica estão disciplinadas no Convênio ICMS 128/94*”.

Afirma que a exceção ao princípio da não cumulatividade não é aplicável, em razão da existência de previsão legislativa em sentido diverso.

Resume sua tese dizendo que as únicas exceções ao princípio da não cumulatividade, que exigem o estorno dos créditos de ICMS, estão previstas no art. 155, §2º, inciso II, alíneas “a” e “b” da CF/88, bem como nos artigos 19 e 20 da LC 87/96, ou seja, “*nas hipóteses de operações isentas ou não tributadas pelo ICMS*”, o que entende não ser o presente caso.

Em outra senda, ressalta que a redução da base de cálculo não pode ser confundida com a figura da isenção ou da não-incidência, uma vez que, as operações com produtos da Cesta Básica estão beneficiadas com a redução da base de cálculo do ICMS, de tal forma que a carga tributária resulta em uma tributação de 7%, sendo a referida que a redução seria “*diferente da isenção e da não incidência*”.

Conclui afirmando que o a situação aqui cotejada não está abrangida pela regra disposta no art. 155, §2º, II da CF/88.

Com outro argumento, fala da existência de norma específica que exige a aplicação do benefício e permite o crédito integral decorrente da aquisição dos produtos posteriormente vendidos com redução da carga tributária.

Alega que, as disposições do Convênio ICMS 128/94 não seriam meramente autorizativas, pois não há distinção entre convênios autorizativos e impositivos. Com esse norte, fala que cada Estado deve respeitar o que foi estipulado no Convênio, consoante a Decisão do STF no RE nº 94.545/SP que cita. Dentro desse quadro normativo, sustenta que “*Não há como considerar válida a hipótese de estorno ‘obrigatório’ e proporcional de créditos de ICMS, eis que ilegal e inconstitucional*”. Socorre-se do entendimento esposado no RE 565.803/MG de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, alegando que “*deve ser mantido o direito integral aos créditos de ICMS no caso em questão, sendo vedado o seu estorno*”, sob pena de afronta ao Convênio ICMS 128/94.

Relembra que a LC 24/75 previa no art. 2º, §2º que a concessão de isenções e benefícios fiscais relativos à redução da carga tributária, dependerá de aprovação unânime dos Estados representados e que sua revogação total ou parcial dependerá de aprovação de quatro quintos dos representantes presentes. Apregoa que, “*tendo o Estado da Bahia ratificado o Convênio ICMS 128/94 por meio da determinação contido no ATO COTEPE/ICMS nº 12/94, não poderia exigir estorno proporcional dos créditos sob pretexto de que o referido Convênio facultou os Estados a adotar tal procedimento*”.

Em seguida, passa a discorrer sobre a inaplicabilidade da Decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 174.478/SP aos casos que envolvam produtos da Cesta Básica, uma vez que, o precedente não diz respeito à matéria objeto do presente Auto de Infração. Lembra que a matéria do Recurso Extraordinário foi sobre operações de remessa de insumos para industrialização, enquanto que a infração recorrida trás à baila operações com produtos da Cesta Básica. Destaca que o Ministro Cezar Peluso, no julgamento da Ação Cautelar de nº 1.753-0, esclareceu que este entendimento não se aplica às discussões que envolvem mercadorias da Cesta Básica e, na mesma esteira, colaciona o entendimento do Ministro Eros Grau, na ADIN nº 2.320 e RE 239.632-1, apontando que o STF reconheceu a existência de repercussão geral em caso idêntico ao dos autos, no Agravo de Instrumento nº 768.491/RS, posteriormente convertido no RE nº 635.688/RS.

Assim, pede para que não seja aplicada a lógica exposta no RE nº 174.478/SP ao presente caso.

Em seguida, ataca a infração 4.

Alega que em nenhum momento a fiscalização esclareceu sobre quais bens os créditos foram indevidamente aproveitados pelo recorrente. Aduz que pela genérica infração, o crédito indevido decorre de bens imóveis por acessão física. Pontua que o próprio Acórdão reconhece a imprecisão da acusação fiscal.

Entretanto, defende que o direito ao crédito de ICMS decorrente da aquisição de bens destinados ao ativo fixo está amparado no princípio da não cumulatividade, uma vez que, ele “*é amplo e assegura o direito ao aproveitamento de créditos de ICMS em todas as situações, salvo nas previstas pela própria Constituição Federal*”.

Historia que a LC 87/96 impôs infundadas limitações ao aproveitamento de créditos de ICMS na aquisição de bens destinados ao ativo fixo, energia elétrica e serviços de comunicação. Fala que, com a edição da LC 102/2000, os créditos destinados ao ativo fixo somente podem ser

aproveitados em 48 parcelas. Frisa que o recorrente observou todos os procedimentos previstos na legislação e, sem qualquer justificativa, a fiscalização restringiu os créditos aproveitados pela empresa de bens destinados ao seu ativo permanente, sem esclarecer o motivo.

Nesta esteira, devido à falta de precisão e clareza, requer a ampla produção de prova pericial e a realização de diligência para comprovar o seu direito aos créditos indevidamente estornados.

Adiante, abre tópico sobre a necessidade de conversão do julgamento em diligência.

Diz que a autuação foi lavrada com critérios equivocados, por meio da utilização de presunções, que se pauta em aspecto eminentemente fáticos e relacionados à regular escrituração fiscal no campo do ICMS. Assim, deseja que seja deferida diligência com base no art. 145 do RPAF, *“por meio da qual sejam examinados os seus documentos contábeis e fiscais do ano de 2011”*, comprovando-se a regularidade dos procedimentos adotados.

Alega que tal providência já foi tomada em casos análogos, e no presente procedimento, a sua realização preservaria os princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

Fala em outro item, discorre sobre a abusividade e desproporcionalidade das multas aplicadas. Discorda do entendimento da Junta de Julgamento Fiscal quanto à manutenção das referidas penas, baseado no fato de que não cometeu nenhuma infração e não podem ser utilizadas como instrumento de arrecadação disfarçado.

Explica a finalidade da multa e cita que o STF já se posicionou, no RE 523.471, contra o caráter confiscatório.

Ao final, pede o cancelamento das infrações 2, 3 e 4, com base nos argumentos expostos e o cancelamento das multas das infrações 3 e 4 por serem abusivas e confiscatórias.

Em termos, os autos foram remetidos à PGE/PROFIS para análise.

Às fls. 376 a 378, a i. procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, após fazer uma síntese dos fatos ocorridos, alega que as razões recursais não merecem acolhimento.

No que tange a infração 4, diz que os demonstrativos de fls. 127 a 142 esclarecem que as aquisições cujos créditos fiscais foram glosados dizem respeito a materiais de construção que são alheios à atividade do estabelecimento.

Em relação à infração 2, aponta que não fora trazida qualquer prova, nem mesmo indiciária, de que houve cancelamento das operações objeto da autuação, motivo pelo qual, o pedido de perícia deve ser indeferido.

Quanto à infração 3, fala que a PGE/PROFIS firmou entendimento no sentido de que a redução é uma espécie de isenção, devendo ser aplicada a legislação estadual vigente à época dos fatos, conforme entendimento do STF, no RE 174.478/2008, cuja ementa transcreve.

Com relação ao caráter autorizativo dos Convênios, em especial o de nº 128/1994, colaciona recente Decisão do STF (RMS 39.554/CE) no sentido de que os convênios não têm tal caráter autorizativo.

Já quanto às multas aplicadas, afirma que elas estão previstas em lei para as infrações imputadas, não cabendo ao CONSEF apreciação da alegação de inconstitucionalidade, na forma do art. 167, do RPAF.

Ao final, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Temos sob análise, Recurso Voluntário em face da Decisão da 1ª JF que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, lançado pelo suposto cometimento de 5 infrações.

Em síntese, o recorrente alega a nulidade da infração 4, a improcedência das infrações 2 e 3, a

necessidade de diligência em relação às infrações 2 e 4, a abusividade das multas aplicadas nas infrações 3 e 4, e o caráter confiscatório das mesmas.

Tratarei da infração 4, por se consubstanciar em verdadeira questão preliminar, quanto à nulidade do Auto de Infração.

Pois bem. A Empresa afirma que a infração 4 é nula, uma vez que, não houve a devida demonstração sobre quais bens que passaram a integrar o ativo permanente, os créditos foram indevidamente aproveitados.

Compulsando os autos, creio que não merece guarida a tese recursal.

Os demonstrativos fiscais jungidos aos autos (fls. 127 a 142), baseados em documentação fiscal do próprio Contribuinte, apontam todas as notas fiscais de aquisição que foram objeto da presente exação. De posse dessas informações, entendo que se mostra totalmente mensurável quais produtos estão contidos no presente item da autuação, afastando assim qualquer ofensa aos artigos 18 e 39 do RAPF/BA. Deste modo, vejo que os demonstrativos se mostram suficientemente claros, a base de cálculo está exposta com detalhes e as mercadorias, cujo crédito fora glosado, restam consignadas nas notas fiscais de aquisição, em posse do Contribuinte, fatos que possibilitam o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório.

Com bem pontuou a n. Representante da Procuradoria, não houve em momento algum, qualquer irresignação específica que embasasse a necessidade de realização de diligência. Assim, como não houve insurgência objetiva contra certos produtos ou operações, mas tão somente uma argumentação genérica, vejo que os demonstrativos fiscais devem ser considerados corretos, já que informam, nota a nota, as operações e, consequentemente, os produtos que foram sopesados na presente exação.

Nulidade da infração 4 afastada.

No mérito, o Recorrente alega que não cometeu a infração 02, pois o valor cobrado é referente ao cancelamento do cupom fiscal, ou apenas itens do cupom fiscal “*após o produto já ter sido registrado como ‘vendido’*”. Em outras palavras, a aplicação da alíquota zero nas saídas das mercadorias se deu em virtude da mercadoria não ter realmente saído efetivamente do estabelecimento.

De plano, percebo que o procedimento adotado pelo Contribuinte não respeita a legislação então vigente e não se traduz em argumento conexo ao que está se cobrando no lançamento.

Assim, com base no art. 143 do RAPF/BA, entendo que a mera negativa de cometimento da infração elaborada pelo Contribuinte não tem o condão de elidir a acusação fiscal. Deste modo, mesmo com o descompasso apontado na sua linha de defesa, caberia ao Recorrente tentar provar o que alega, ou seja, trazer aos autos, ao menos a título de amostragem, algumas operações em que houve o referido cancelamento e que, por provável desatenção, não foi realizado o procedimento correto de cancelamento do cupom fiscal, mas a contabilização da saída da mercadoria sem a aplicação da alíquota devida de ICMS.

Também não deve ser aceito o pedido de diligência com base no art. 147, I, ‘b’ do RPAF/BA, pois, compreendo que seria destinada a verificação de fatos vinculados à escrituração comercial ou fiscal do Contribuinte, cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.

Assim, considero a infração 2 procedente, consoante o julgamento de piso.

Caminho para o exame do mérito da infração 3.

Prima facie, entendo que as razões recursais são extremamente pertinentes. Realmente há uma diferença substancial entre o estorno de crédito nas operações realizadas para industrialização e para operações realizadas com produtos da cesta básica, tanto que o próprio STF já reconheceu a repercussão geral no tema vergastado.

Cura ressaltar que, o fulcro da discussão perpassa por questão de relevo constitucional, assunto fora da competência deste CONSEF, consoante o art. 167 do RPAF/BA, abaixo transcrito:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Portanto, em que pese à fundamentada argumentação exposta pelo Recorrente, ainda sigo a jurisprudência deste Conselho pelo entendimento da possibilidade de aplicação do art. 100, II do RICMS/97, vigente à época dos fatos, que previa o estorno proporcional do crédito fiscal relativo às entradas de mercadorias, que posteriormente saíram com redução da base de cálculo.

Assim julgo a infração 3 procedente, conforme julgamento de piso.

No que tange ao caráter autorizativo do Convênio ICMS 128/94, a princípio, avalio correto o posicionamento da JJF que entendeu ser esta a sua natureza jurídica ante ao expresso na própria Cláusula Primeira do referido instrumento normativo, a seguir posta:

Cláusula primeira Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a estabelecer carga tributária mínima de 7% (sete por cento) do ICMS nas saídas internas de mercadorias que compõem a cesta básica.

§ 1º Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a não exigir a anulação proporcional do crédito prevista no inciso II do artigo 32 do Anexo Único do Convênio ICM 66/88, de 14 de dezembro de 1988, nas operações de que trata o caput desta cláusula.

§ 2º A fruição do benefício de que trata este Convênio fica condicionada ao cumprimento, pelos contribuintes, das obrigações instituídas pela legislação de cada unidade federada. (grifo nosso)

Quanto às multas previstas, vejo que elas foram corretamente aplicadas conforme o determinado na Lei 7.014/96, não cabendo a essa Câmara de Julgamento Fiscal a apreciação de sua natureza confiscatória, por força do já mencionado art. 167, I do RPAF/BA.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão de Piso que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração em lide, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269274.0301/13-7**, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA (MAKRO ATACADISTA S.A.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$297.510,07**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$24.341,59**, prevista no inciso II, “d”, c/c o § 1º do art. 42 da supracitada lei, com os acréscimos moratórios, conforme dispõe a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologadas as quantias já pagas.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de abril de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

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