

**PROCESSO** - A. I. Nº 274068.0025/17-5  
**RECORRENTE** - MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0034-01/19  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 09.11.2020

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0221-11/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Não comprovada a escrituração de parte das notas fiscais de saídas emitidas e não escrituradas. Excluídas as notas fiscais emitidas concomitantemente com cupons fiscais. Infração parcialmente elidida. Mantida a decisão. **b)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Demonstrativos juntados com a defesa não fazem prova de que foram tributadas as operações sujeitas à alíquota interna. Mantida a decisão pela procedência da infração 2. 2. DIFERENÇAS ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNAS E AS INTERESTADUAIS. AQUISIÇÕES. **a)** BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. **b)** MATERIAIS DE USO E CONSUMO. Documentos juntados à defesa comprovam a escrituração das notas fiscais objeto da autuação, mas não fazem prova do recolhimento dos valores exigidos na autuação. As aquisições de bens destinados ao ativo fixo ou uso/consumo têm previsão na Lei nº 7.014/96, de incidência do imposto da diferença de alíquota. Mantida a decisão pela procedência das infrações 10 e 11. Rejeitada a nulidade suscitada. Mantida à Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte com base no art. 169, I, “b” do RPAF/BA, contra a Decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 14/02/17, reclamando ICMS no valor de R\$66.404,74, relativo a onze infrações, sendo objeto do recurso as infrações 1, 2, 10 e 11, que acusam:

*1. Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente a operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte foi intimado para comprovar os lançamentos das notas fiscais nos registros fiscais e informou que as notas não foram escrituradas ou foram canceladas, mas estão ativas na SEFAZ (2013) - R\$14.362,24. Multa de 100%.*

*2. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte efetuou a saída das mercadorias tributáveis como não tributáveis através de notas fiscais relacionadas no Anexo 2, na EFD (2013) - R\$ 26.198,16. Multa de 60%.*

*10. Deixou de recolher ICMS em decorrência da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte lançou na EFD, valor menor que o devido (2013) - R\$2.808,31. Multa de 60%.*

*11. Deixou de recolher ICMS em decorrência da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas consumo do estabelecimento, lançado na EFD com valor menor que o devido (2013) - R\$ 241,48. Multa de 60%.*

Na decisão proferida (fls. 516 a 534) a 1ª JJF inicialmente ressaltou o reconhecimento das Infrações 3 a 9, afastou a preliminar de nulidade por entender que a descrição dos fatos foi efetuada de

forma compreensível, identificando a Infração e o infrator, com indicação dos dispositivos infringidos e da multa aplicada, não havendo violação ao devido processo legal e a ampla defesa, observando que eventuais omissões ou incorreções não acarretam nulidade desde que seja possível se determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, conforme dispõe o § 1º do art. 18 e art. 19 do RPAF/BA.

Afastou a nulidade sob o argumento de que a autuação foi baseada em presunção, visto que as irregularidades estão demonstradas nos Anexos 1 a 11 e fls. 23 a 71, detectando a falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS, inexistindo a ilegalidade da presunção.

Indeferiu o pedido de realização de diligência e produção de prova pericial, por entender que não havia necessidade, face não depender do conhecimento especial de técnicos e que os elementos de prova contidos nos autos eram suficientes para formar a convicção do relator, nos termos do art. 147, I, “a” e II, “b” do RPAF/BA.

Com relação as infrações 1, 2, 10 e 11, fundamentou que:

#### **INFRAÇÃO 01**

*No que concerne a esta Infração, a qual versa sobre falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS referente a operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, observo que a Autuada combate o Lançamento argumentando que:*

*(a) As notas fiscais apontadas pela fiscalização decorrem de troca de cupom fiscal e que o ICMS foi efetivamente recolhido, não havendo qualquer prejuízo ao Fisco, conforme documentação comprobatória (doc. nº 05, de fls. 142/149).*

*(b) A Fiscalização imputou penalidade de 100%, com fulcro no art. 42, III da Lei nº 7.014/96 que comina penalidade de 70% do valor do imposto não recolhido tempestivamente em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios.*

*Colocados os argumentos acima, adentro ao exame de cada um deles mediante as considerações a seguir consignadas.*

*Inicialmente, registro que a Lei nº 7.014/96, estabelece nos seus arts. 24 e 32, que o ICMS será apurado por período, conforme dispuser o regulamento e que o imposto apurado será recolhido junto à rede bancária no prazo e formas estabelecidos pelo regulamento ou convênio firmado (Art. 24 e Art. 32 da Lei. 7.014/96 – fl. 530).*

*Por sua vez, o RICMS/BA, nos seus arts. 215, 305 e 332, determina que a escrituração dos livros fiscais será feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte. Que no regime de conta corrente fiscal, os contribuintes apurarão o imposto a ser recolhido, no último dia de cada mês, com base na sua escrituração fiscal. E que, em regra, deve efetuar o recolhimento do ICMS até o dia 9 do mês subsequente (Art. 215, Art. 305 e Art. 332, I do RICMS/BA – fl.530).*

*No caso concreto, observo que a Impugnante emitiu diversas notas fiscais para proceder à saída de mercadorias tributadas e não as escriturou no livro Registro de Saídas de Mercadorias, resultando na falta de recolhimento do ICMS devido sobre essas operações. Que a Autuante acatou parcialmente as razões de defesa apresentadas, excluindo as NFs emitidas nos CFOPs a seguir elencados, dentre estas os documentos arrolados pela Autuada na sua Peça Defensiva (doc. nº 05, de fls. 142/149), a saber: (i) 5.411 - Devolução de compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária; (ii) 5.556 - Devolução de compra de material de uso ou consumo; e (iii) 5.929 - Lançamento efetuado em decorrência de emissão de documento fiscal relativo a operação ou prestação também registrada em equipamento Emissor de Cupom Fiscal – ECF; e que manteve na autuação as NFs emitidas nos seguintes CFOPs: (a) 5.102 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros; (b) 5.202 - Devolução de compra para comercialização; (c) 6.152 - Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros; e (d) 6.202 - Devolução de compra para comercialização.*

*Verifico que, a partir das exclusões acima mencionadas, foram efetuadas as necessárias correções no demonstrativo de apuração relativo à mencionada imputação fiscal, gerando um novo demonstrativo fiscal configurado no “ANEXO 12 - DEMONSTRATIVO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDA SEM LANÇAMENTO - INFORMAÇÃO FISCAL”, de fls. 487/488. E que o valor exigido nesta infração foi reduzido de R\$14.362,24 para R\$13.775,02.*

*Constatou que restou comprovado nos autos, o cometimento pela Autuada, da irregularidade imputada que se afigura devidamente demonstrada no Anexo 12 (fls. 487/488) acima referenciado, cujos novos valores apurados acolho, conforme indicados na tabela abaixo.*

Reproduziu quadro demonstrativo à fl. 531, acolhendo os valores apurados na informação fiscal que reduziu o débito original de R\$14.362,24 para R\$13.775,02.

*Sobre a alegação de que a Fiscalização imputou penalidade de 100%, com fulcro no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, que comina penalidade de 70%, não a acolho, vez que o mencionado dispositivo, estabelece a multa de 100%, desde 31/03/10, quando foi alterado pela Lei nº 11.899/10 (DOE de 31/03/10), alcançando, desenganadamente, os fatos geradores objeto do Lançamento de Ofício em lide. Ressalto que a penalidade de 70% arguida pela Defendente em sua Peça de Defesa, produziu efeito apenas até 30/03/10 (fl. 531).*

Parcialmente subsistente a Infração 01.

## INFRAÇÃO 02

*Quanto a esta Infração que versa sobre a falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, o Sujeito Passivo combate a acusação fiscal afirmando que as operações apontadas tiveram a totalidade dos tributos incidentes recolhida, conforme relatório com indicação das operações aludidas como não tributáveis, bem como do montante indicado no cupom fiscal e recolhido em cada nota fiscal, que comprovaria inequivocamente que não haveria de se falar em omissão de recolhimento de ICMS ou em qualquer prejuízo ao erário (doc. nº 06, de fls. 150/276).*

*No mérito, é possível verificar no demonstrativo de fls. 24 a 36, que o Sujeito Passivo não ofereceu à tributação operações sujeitas à alíquota interna, a qual no período auditado ainda era de 17%, conforme art. 15, I, “a” da Lei nº 7.014/96 (fl. 531).*

*Constato que no doc. nº 06, de fls. 150/276, por intermédio do qual a Defendente pretende demonstrar que as operações apontadas tiveram a totalidade dos tributos incidentes recolhidos, conforme montante que afirma estar indicado em cada cupom fiscal e recolhido em cada nota fiscal, não vislumbrei, efetivamente, nas colunas inseridas para tal fim, qual sejam: “Aliq. Cupom”; “Aliq. Cupom”; “Aliq. NF” e “Valor ICMS NF”, nenhuma indicação e/ou informação capaz de dar sustentação à alegação defensiva do Contribuinte. Não acolho, portanto, tal alegação, pois não há nos autos, especialmente nos anexos juntados à Defesa, documentos e/ou quaisquer outros elementos probatórios capazes de combater a imputação fiscal, descrita linhas acima, já que, na dicção do Art. 123, §5º do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), caberia à Autuada apresentar provas capazes de elidir a exigência fiscal, na fase de Impugnação do Lançamento (Art. 123, § 5º do RPAF/BA – fl. 532).*

*Destarte, como nenhuma prova documental foi apresentada nas Peças Defensivas interpostas às fls. 85/475 e fls. 494/504, considero que houve, apenas a negativa de cometimento da infração, fato que, à luz do disposto no Art. 143 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), não desonera o Contribuinte de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Concluo, portanto, pela manutenção do lançamento do crédito tributário correspondente a esta Infração 02 (Art. 143 do RPAF/BA – fl. 532).*

## INFRAÇÕES 10 E 11

*No que se refere às Infrações 10 e 11, que tratam respectivamente, da falta de recolhimento do ICMS em decorrência da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação destinadas: (a) ao ativo fixo; e (b) ao consumo, o Contribuinte as impugna argumentando que: (i) as operações que envolvem bens para o uso, consumo ou destinados ao ativo fixo não podem ser tributadas pelo ICMS, pois tais operações não configuram “operações relativas à circulação de mercadorias”, nos termos do previsto no art. 155, II da CF/88; (ii) as notas fiscais apontadas pela Fiscalização em referência à estas infrações foram escrituradas em meses posteriores aos indicados na autuação; (iii) o diferencial de alíquota foi integralmente recolhido na entrada dos bens indicados no estabelecimento; e (iv) tais circunstâncias estão demonstradas e comprovadas, conforme docs. nº 07, de fls. 277/403 e 08, de fls. 404/474.*

*É fato que os arts. 2º, IV e 4º, XV da Lei nº 7.014/96 definem a hipótese de incidência e o momento da ocorrência do fato gerador do ICMS/Diferencial de Alíquotas, estabelecendo que o imposto será devido toda vez que um Contribuinte ou não do imposto, adquira mercadorias, bens e serviços de outra Unidade da Federação, quando estas mercadorias ou bens forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado à operação ou prestação subsequente (Art. 2º, IV e Art. 4º, XV da Lei 7.014/96).*

...

*Não acolho a postulação defensiva de que “(i) as operações que envolvem bens para o uso, consumo ou destinados ao ativo fixo não podem ser tributadas pelo ICMS, pois tais operações não configuram “operações relativas à circulação de mercadorias”, nos termos do previsto no art. 155, II da CF/88”, na medida em que: (a) os dispositivos acima replicados se encontravam em plena vigência por ocasião da ocorrência dos fatos geradores que deram origem ao presente Lançamento de Ofício; e (b) não estão inclusos no campo de competência dos órgãos administrativos de julgamento a declaração de constitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, conforme prescreve o art. 167, I e III do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 (fl. 533).*

*Sobre as demais alegações defensivas de que: “(ii) as notas fiscais apontadas pela Fiscalização em referência à estas infrações foram escrituradas em meses posteriores aos indicados na autuação; (iii) o diferencial de alíquota foi integralmente recolhido na entrada dos bens indicados no estabelecimento; e (iv) tais circunstâncias estão demonstradas e comprovada, conforme docs. nº 07, de fls. 277/403 e 08, de fls. 404/474”, também não as acolho, pois constato que os documentos acostados à Defesa Administrativa, apenas comprovam a existência das notas fiscais arroladas pela Autuante e o seu lançamento no Livro Registro de Entradas da Empresa, não havendo documentos ou elementos probatórios capazes de comprovar as afirmações da Defendente, principalmente aquela referente ao recolhimento dos valores exigidos na autuação.*

*Assim, considerando que nenhuma prova documental foi apresentada nas Peças Defensivas interpostas às fls. 85/475 e fls. 494/504, capaz de desconstruir as acusações fiscais concernentes às Infrações 10 e 11, julgo que, mais uma vez, houve apenas a negativa de cometimento das infrações, fato que, à luz do disposto no art. 143 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), não desonera o Contribuinte de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

*Concluo, portanto, pela manutenção do lançamento do crédito tributário referente a estas Infrações 10 e 11.*

Com relação a alegação de que as multas aplicadas são abusivas e confiscatórias, fundamentou que os percentuais de 100% e 60%, estão previstas no art. 42, II, “a”; “b”; “f” e III da Lei nº 7.014/96, e os órgãos administrativos de julgamento não possuem competência para declarar constitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, nos termos do art. 167, incisos I e III do RPAF/BA.

Não acolheu o pedido de afastamento ou redução das multas aplicadas por falta de previsão legal, conforme disposto no § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, ressaltando que estão sujeitas às reduções de valor estabelecidas no art. 45 da mesma Lei.

Quanto as decisões judiciais carreadas ao processo, fundamentou que:

*Ressalto, por último, que as decisões judiciais reproduzidas na peça defensiva não alteram os entendimentos acima expostos, visto que as mesmas não são vinculantes para o Estado da Bahia, além do fato do Erário Estadual não ter figurado como parte nas ações que resultaram nos Acórdãos mencionados pela impugnante.*

*Pelas razões acima expostas, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos. Assim, o montante do Auto de Infração é o seguinte:*

Cientificado do julgamento o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 546/556), no qual inicialmente descreveu as infrações, ressaltou o reconhecimento das infrações 3 a 9 e realizou o recolhimento por meio de DAE (fls. 139/141).

Suscita a nulidade alegando que ao contrário do que foi fundamentado no Acórdão recorrido, os fatos narrados que fundamentam as infrações não são claros, violando o disposto no art. 142 do CTN, por ser genérico, sem consubstanciar as ilegalidades, o que implicou em cerceamento do direito ao contraditório e à ampla defesa, previstos no art. 5º, LV da CF/88, conforme entendimento manifestado na Decisão contida no REsp 48.516/SP/1997.

No mérito, com relação a infração 1, que teve o débito reduzido de R\$14.362,24 para R\$13.775,02, alega que deixou de considerar as notas fiscais que decorrem de troca de cupom fiscal, cujo ICMS foi efetivamente recolhido, não havendo qualquer prejuízo ao Fisco, conforme documentação juntada com a defesa (fls. 142/149).

Reafirma que a multa aplicada com porcentual de 100% com fulcro no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, comina penalidade de 70% e precisa ser adequada à cominação legal.

No tocante à Infração 2, acusação de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, reafirma que a totalidade dos tributos incidentes sobre as operações foi recolhido, conforme relatório apresentado junto com a defesa no qual indicou as operações não tributáveis e o montante indicado no cupom fiscal e recolhido em cada nota fiscal, conforme fls. 150/276.

Quanto às Infrações 10 e 11, relativo a falta de recolhimento do ICMS da diferença de alíquotas (ativo fixo e consumo) reafirma que a exigência é descabida, tendo em vista que “*as operações que envolvem bens para o uso, consumo ou destinados ao ativo fixo não podem ser tributadas pelo ICMS*”, não configuram “operações relativas à circulação de mercadorias”, nos termos do

previsto no art. 155, II, da CF/88, e as aquisições de bens de ativo e consumo não são mercadorias. Representa o argumento defensivo de que as notas fiscais relacionadas nestas infrações, foram escrituradas em meses posteriores aos indicados na autuação, conforme documentação fiscal juntadas às fls. 277/403 e 404/474.

Argumenta que ao contrário do que foi fundamentado no Acórdão ora recorrido, todo os débitos de ICMS exigidos foram recolhidos, motivo pelo qual deve ser afastado a exigência fiscal.

Reapresenta a alegação da defesa de a exigência contida nas Infrações 1, 2, 10 e 11, foram pautadas em mera presunção ou indícios sem intimar a empresa para prestar esclarecimentos em afronta ao art. 113 e § 1º do art. 142 do CTN.

Reitera que se faz necessário analisar todos os documentos para verificar os fatos alegados.

Argumenta que a fiscalização promoveu um “arbitramento” aplicando tributação à alíquota de 17%, presumindo ocorrência de saídas de mercadorias tributáveis submetidas ao regime de tributação normal, que tal presunção *“equipara à tributação mais onerosa operações submetidas ao regime de substituição tributária ou operações com produtos cujas saídas são isentas do imposto ou são beneficiadas com redução da base de cálculo, como os produtos que compõem a cesta básica”* que não estão submetidas à alíquota de 17%.

Com relação ao porcentual das multas aplicadas, afirma que o julgador limitou-se a declarar falta de competência para apreciar constitucionalidade e previsão legal para reduzir multas decorrentes de obrigação principal e possibilidade de redução mediante pagamento.

Entretanto, reafirma que o art. 150, IV, da CF/88 determina que é vedado à União, Estados, Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco, bem como a jurisprudência dos Tribunais Superiores formou entendimento de que multas com percentual acima de 30% configura intuito confiscatório (ADI nº 1.075-MC).

Reitera que não requer declaração de constitucionalidade, mas sim sua redução a patamares razoáveis e proporcionais.

Requer Provimento do Recurso Voluntário para reformar a decisão ora recorrida.

## VOTO

O Auto de Infração em epígrafe, acusa o cometimento de onze infrações, sendo objeto do recurso as infrações 1, 2, 10 e 11.

Inicialmente, quanto à nulidade suscitada sob o argumento de que as infrações não são claras e implicou em cerceamento do direito ao contraditório e à ampla defesa, observo que conforme apreciado na Decisão recorrida, todas as infrações estão descritas de forma comprehensível, com indicação dos demonstrativos (Anexos), cujas cópias foram entregues ao estabelecimento autuado, com indicação dos dispositivos infringidos e multa aplicada. Ressalte-se que o sujeito passivo reconheceu sete das onze infrações, e apresentou defesa com relação a quatro infrações, inclusive com a apresentação de documentos fiscais pertinentes aos demonstrativos elaborados pela fiscalização. Tudo isso, demonstra que o autuado compreendeu as infrações que foi acusado, e não houve cerceamento do direito de defesa, motivo pelo qual, fica rejeitada a nulidade suscitada.

No tocante ao argumento de que o lançamento baseia-se em mera presunção, observo que conforme fundamentado na decisão ora recorrida, as irregularidades apuradas pela fiscalização, objeto do recurso (infrações 1, 2, 10 e 11), tem suporte nos Anexos 1, 2, 9 e 10, nos quais foram relacionadas as notas fiscais escrituradas e não escrituradas (EFD), com indicação da base de cálculo, alíquota, imposto devido e recolhido. Portanto, não baseia-se em omissões apuradas por meio de presunções indicadas no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96. Por isso, fica rejeitada também a nulidade suscitada.

Com relação aos argumentos de que não foram consideradas notas fiscais escrituradas em meses posteriores à tributação, à alíquota de 17%, sem considerar *operações com produtos cujas saídas são isentas, beneficiadas com redução da base de cálculo e que compõem a cesta básica*, entendo que se trata de questões de mérito, que serão apreciadas a seguir.

No mérito, quanto a infração 1, o autuado alegou que não foram consideradas as notas fiscais que decorrem de troca de cupom fiscal, e a multa aplicada com porcentual de 100% ao invés de 70%.

Com relação às notas fiscais emitidas em função de cupom fiscal, a autuante, na informação fiscal, refez o demonstrativo original que resultou na redução do débito.

Constatou que nas Notas Fiscais nºs 9888, 11389, 9855, 10711, 10712 e 11387, acostada às fls. 142 a 149, constam na coluna de informações complementares número dos cupons fiscais correspondentes (emitidos concomitantemente), e foram excluídos os valores correspondentes no demonstrativo, refeito pela autuante, de fls. 487 e 488, que foi acolhido no julgamento ora recorrido.

Entretanto, não foi juntado com o recurso nenhum outro documento fiscal relativo às notas fiscais relacionadas pela autuante, que estão ativas no sistema de emissão de NFe.

Com relação à multa de 100%, na decisão, foi fundamentado que o art. 42, III da Lei nº 7.014/96, foi alterado pela Lei nº 11.899, de 31/03/10. Portanto, em se tratando de fatos geradores ocorridos no exercício de 2013, está correta a aplicação da penalidade.

Como o recorrente não apresentou qualquer prova ou fato novo, fica mantida a decisão pela Procedência em Parte da Infração 1, com redução do débito de R\$14.362,24, para R\$13.775,02, conforme demonstrativo de fl. 531.

Com relação à Infração 2, o recorrente alegou que as operações foram tributadas conforme demonstrativo juntado com a defesa às fls. 150/276.

Na decisão ora recorrida foi fundamentado que o demonstrativo apresentado (fls. 150/276), não comprova a tributação das operações que foram objeto da autuação.

Pela análise dos elementos constantes do processo, constato que:

- 1) No demonstrativo original de fls. 24 a 36 foram relacionadas as notas fiscais e mercadorias que não foram oferecidas à tributação;
- 2) No demonstrativo de fls. 151 a 276, foram relacionados números de cupons e notas fiscais;
- 3) Na informação fiscal, (fl. 483), a autuante esclareceu que não foi exigido ICMS relativo a cupons fiscais (exigido no Auto de Infração nº 274060.0026/17-1), e que o demonstrativo apresentado não comprova a tributação das operações objeto da autuação.

Constatou que está correta a fundamentação da decisão. Tomando por exemplo o cupom fiscal 17.576 (massa pastel), relacionado no demonstrativo do autuado (fl. 151), do mês 01/2013, o mesmo não se encontra relacionado no demonstrativo da fiscalização do mesmo mês (fls. 210 a 214), que só relaciona notas fiscais.

Da mesma forma, a Nota Fiscal nº 111487 relacionada pela autuante, (açúcar ligth), no mesmo mês (fl. 210), não consta no demonstrativo da empresa (fls. 210 a 214).

Pelo exposto, assiste razão à fiscalização, e correta a fundamentação da decisão, tendo em vista que o demonstrativo apresentado com a defesa não comprova a tributação das operações que foi exigido imposto. Como não foi juntado com o recurso qualquer prova ou fato novo, ocorreu apenas a negativa de cometimento da infração, o que pelo teor do art. 143 do RPAF/BA, não desonera o Contribuinte de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Fica mantida a decisão pela Procedência da Infração 2.

No tocante às Infrações 10 e 11, que exige ICMS da diferença de alíquotas de aquisições de bens destinados a uso, consumo ou ativo, o recorrente alegou:

- A) Não configuram “operações relativas à circulação de mercadorias”, nem pagamento do ICMS;  
B) Notas fiscais relacionadas nas infrações, foram escrituradas em meses posteriores;

Na decisão ora recorrida foi fundamentado que:

- i) os artigos 2º, IV e 4º, XV da Lei nº 7.014/96, definem a hipótese de incidência e o momento da ocorrência do fato gerador do ICMS/Diferencial de Alíquotas;
- ii) Os documentos de fls. 277/403 e fls. 404/474, indicam apenas a escrituração no livro Registro de Entradas da Empresa;
- iii) A autuante esclareceu na informação fiscal (fl. 483/484), que foram considerados na apuração do imposto o mês da entrada da mercadoria.

O autuado foi cientificado da informação fiscal, e na manifestação à fl. 496, apenas contestou que as aquisições de bens (uso/consumo/ativo), não configuram circulação de mercadorias.

Pelo exposto, constato que a fiscalização esclareceu que no levantamento fiscal, foi considerado na apuração do ICMS da diferença de alíquota o mês da entrada da mercadoria, e não foi contestada na manifestação acerca da informação fiscal, a reapresentação do argumento no recurso não faz-se acompanhar de qualquer prova, motivo pelo qual, não acato, por constituir mera negativa de cometimento das infrações.

Considero correta a fundamentação contida na decisão, no que se refere à incidência do ICMS da diferença de alíquota, visto que é prevista na Lei nº 7.014/96, e não compete aos órgãos julgadores administrativos apreciar a constitucionalidade da legislação tributária, nem negar aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, conforme disposto no art. 167, I e III do RPAF/BA.

Pelo exposto, fica mantida a decisão pela Procedência das infrações 10 e 11.

Com relação ao argumento de que a fiscalização promoveu um “arbitramento” aplicando tributação à alíquota de 17%, sem considerar saídas isentas, beneficiadas com redução da base de cálculo e produtos que compõem a cesta básica, observo que:

- A) Nos Anexos 1 e 2 foram relacionadas as notas fiscais emitidas pelo estabelecimento autuado, que parte não foi escriturada (infração 1), com indicação das alíquotas correspondentes aplicadas e não foi apontado qualquer produto que tenha sido tributado em desacordo com a legislação do ICMS, em relação as infrações 1 e 2;
- B) Nos anexos 9 e 10 foram indicadas as alíquotas interestaduais, a alíquota interna e a diferença de alíquota pertinente à diferença entre a interna e a interestadual, relativa às infrações 10 e 11.

Pelo exposto, não acolho tal argumento, tendo em vista que não se faz acompanhar de provas.

No que se refere ao argumento de que as multas aplicadas são abusivas e confiscatórias, observo que conforme fundamentado na decisão ora recorrida, os percentuais de 100% e 60%, são previstos no art. 42, II, “a”; “b”; “f” e III da Lei nº 7.014/96, e este órgão julgador não possui competência para apreciar a constitucionalidade da legislação tributária, nem negar a aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, nos termos do art. 167, I e III do RPAF/BA.

Também, em se tratando de multas aplicadas por descumprimento de obrigação principal, não acolho o pedido de afastamento ou redução das multas, por falta de previsão legal.

Ressalte-se, que conforme indicado no demonstrativo de débito de fls. 8 a 12, as multas aplicadas estão sujeitas às reduções de até 70%, se atendidos os requisitos estabelecidos no art. 45 da Lei nº 7.014/96, o que pode implicar em ônus menor do que os percentuais indicados nas infrações.

Por tudo que foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão recorrida, que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração.

| INF. | VLR. LANÇADO | VLR. JULGADO | MULTA | RESULTADO           |
|------|--------------|--------------|-------|---------------------|
| 01   | 14.362,24    | 13.775,02    | 100%  | PROCEDENTE EM PARTE |

|              |                  |                  |     |             |
|--------------|------------------|------------------|-----|-------------|
| 02           | 26.198,16        | 26.198,16        | 60% | PROCEDENTE  |
| 03           | 14.853,20        | 14.853,20        | 60% | RECONHECIDA |
| 04           | 410,19           | 410,49           | 60% | RECONHECIDA |
| 05           | 3.340,59         | 3.340,59         | 60% | RECONHECIDA |
| 06           | 3.168,63         | 3.168,63         | 60% | RECONHECIDA |
| 07           | 362,47           | 362,47           | 60% | RECONHECIDA |
| 08           | 577,40           | 577,40           | 60% | RECONHECIDA |
| 09           | 81,77            | 81,77            | 60% | RECONHECIDA |
| 10           | 2.808,31         | 2.808,31         | 60% | PROCEDENTE  |
| 11           | 241,48           | 241,48           | 60% | PROCEDENTE  |
| <b>Total</b> | <b>66.404,44</b> | <b>65.817,52</b> |     |             |

## 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 EM PARTE** o Auto de Infração nº 274068.0025/17-5, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$65.817,52**, acrescido das multas de 60% sobre o valor de R\$52.042,50, e 100% sobre o valor de R\$13.775,02, previstas nos art. 42, incisos II, alíneas “a”; “b”; “f” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de setembro de 2020.

RUBENS BEZERRA SORARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

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