

PROCESSO - A. I. Nº 274068.0017/17-2
RECORRENTE - MAKRO ATACADISTA S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0171-03/18
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 27/01/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0325-12/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. O Recorrente afirma que a infração 2 foram quitados conforme prova os documentos 10 e 11 da impugnação, com base no recolhimento do ICMS -ST no momento da entrada das mercadorias. Contudo, de simples análise do demonstrativo se constata que não há correlação com substituição tributária, como leite, pão de queijo, chá boldo do chile, etc. A autuante em sua informação fiscal, ao analisar os itens, inclusive constatou que no documento 10, sequer há correlação das mercadorias com os da infração. Já algumas em comum, que aparecem nas duas listas, a costela *sui sear spec*, NCM 1602.49.00 não está sujeito à substituição tributária, conforme consulta ao Anexo do RICMS/2012. Infração 02 caracterizada. **b)** DIFERENÇAS ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNAS E AS INTERESTADUAIS. AQUISIÇÕES DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. Quanto à infração 9, recorre da diferença de alíquotas em itens de ativo imobilizado. A autuante corrigiu pequenos erros na informação fiscal, reduzindo este item, e ratificado no julgamento de piso. O Recorrente insiste que não é devido o imposto por se tratar de aquisição para o ativo fixo. Contudo, a incidência está prevista na Lei nº 7.014/95, art. 4º, XV. Infração 09 parcialmente elidida. **2. RECOLHIMENTO A MENOR. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO.** Arguiu o Convenio ICMS 52/01, que lhe daria direito à redução de base de cálculo em máquinas e equipamentos e em óleo de soja. Na Informação fiscal, a autuante corrigiu o erro quanto às máquinas, no que foi reduzido o valor e mantido pela Junta de Julgamento pela procedência parcial, exceto quanto ao óleo composto, sem previsão no RICMS. De fato, observando-se o demonstrativo, verifica-se ÓLEO COMPOSTO DOLAGAR. Mantida a decisão recorrida. Infração 08 parcialmente elidida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de perícia ou diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida do Auto de Infração que foi lavrado no dia 04/10/2017 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 44.151,89, sob a acusação do cometimento das 11 (onze) irregularidades, sendo objeto recursal as seguintes

infrações discriminadas.

Infração 02 – Falta de recolhimento, em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis. R\$ 9.203,66 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 08 – Recolhimento a menor, em decorrência da indevida utilização do benefício da redução da base de cálculo. R\$ 1.797,83 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 09 – Falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais nas aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado. A auditora afirma que “o contribuinte lançou nos REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS – OPERAÇÕES PRÓPRIAS, no campo DEMONSTRATIVO DO VALOR TOTAL DOS AJUSTES A DÉBITO, com a descrição OUTROS DÉBITOS PARA AJUSTE DE APURAÇÃO ICMS DIF. DE ALIQ. S/ATIVO FIXO ART. 93, § 11, ITEM 1.1 valor menor que o devido”. R\$ 7.808,06 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996.

O autuado ingressa com impugnação às fls. 114 a 127, na qual inicia aduzindo a tempestividade da peça e informando que efetuou o pagamento dos valores atinentes às infrações 01, 03, 04, 05, 06, 07, 10 e 11. A auditora fiscal presta informação às fls. 178 a 188. A JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração no seguinte voto:

Não possuem amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento administrativo, pois a auditora expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu as irregularidades tributárias, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos.

Não foi constatada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º RPAF-BA/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação.

Relativamente à nona infração e ao argumento de que “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 previstos no art. 155, II, da Constituição Federal”, este órgão não possui competência para exercer controle de constitucionalidade, muito menos para negar eficácia a qualquer norma emanada de autoridade superior (art. 167, I e III do RPAF-BA/1999).

Ao contrário do que acontece em outras Unidades da Federação, na legislação processual administrativa fiscal do Estado da Bahia, não há previsão de intimação prévia do contribuinte para prestar esclarecimentos sobre eventuais irregularidades (antes da lavratura do Auto de Infração).

Juntado à fl. 110, comprovante de entrega de mídia em CD com todos os demonstrativos.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF-BA/1999, indefiro o pedido de perícia ou diligência, pois todos os elementos necessários e suficientes para formar a convicção dos membros desta Junta, estão presentes nos autos.

O cometimento das infrações 01, 03, 04, 05, 06, 07, 10 e 11 foi expressamente admitido pelo impugnante, motivo pelo qual não terão o mérito julgado neste Acórdão, em obediência ao art. 140 do RPAF-BA/1999.

Infrações mantidas.

No mérito da infração 02, que imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, de fato, é possível verificar no demonstrativo de fls. 23 a 35, que o autuado não tributou operações sujeitas à alíquota interna, que no período auditado ainda era de 17%.

Não há nos presentes autos, especialmente nos anexos juntados à Defesa, nenhum elemento capaz de alterar a apuração do valor devido.

Infração 02 caracterizada.

No que tange à infração 08, assiste razão à autuante no momento em que afirma que o art. 268, XXII do RICMS-BA/2012, diz respeito aos óleos de soja e de algodão, não se enquadrando em tal dispositivo regulamentar o óleo composto.

“Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XXII - das operações internas com óleo refinado de soja ou de algodão, de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 12% (doze por cento);

(...)”.

A auditora, de forma acertada, juntou levantamento de revisão às fls. 189 a 195, tendo considerado para fins dedução os valores concernentes às máquinas e equipamentos com NCM/SH discriminados no Convênio ICMS nº 52/1991.

A infração teve o seu valor alterado de R\$ 1.797,83, para R\$ 1.601,78.

Acolho o demonstrativo de fls. 189 a 195, elaborado pela autuante, de maneira que o valor da imputação nº 08 seja modificado de R\$ 1.797,83, para R\$ 1.601,78.

Infração 08 parcialmente elidida.

A maior parte das razões defensivas concernentes à infração 09 já foram analisadas no julgamento preliminar.

Todavia, restou comprovado que a nota fiscal nº 99.429, de 24/01/2013, foi lançada na escrita no dia 25/01/2013, do que não restou imposto a cobrar no mês de janeiro de 2013, da infração 09, o que pode ser observado na planilha de fl. 84.

Assim, com a dedução de R\$ 7.745,96 da ocorrência de 31/01/2013, do demonstrativo de fl. 05, restam R\$ 62,10, referentes à data de 30/11/2013, que deve ser o valor tido como procedente na infração 09.

Não existe autorização legal para que qualquer órgão deste Conselho, de primeira ou segunda instância, reduza ou cancele multas por descumprimento de obrigações principais, muito menos para que julgue inconstitucionalidade decorrente de caráter alegadamente abusivo, conforme já se disse acima (art. 167, I e III do RPAF-BA/1999).

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com a homologação dos valores recolhidos.

O Advogado devidamente habilitado apresentou Recurso Voluntário, às fls 241/54, onde discute as infrações 02, 08 e 09, pois reconhecem as infrações 01, 03 a 07 e 10 e 11. Suscita nulidades do Auto de Infração por “ausência de descrição dos fatos que embasaram a lavratura do Auto de Infração” e a “falta de documentos que instruem a acusação fiscal”.

Salienta que o Auto de Infração lavrado estaria amparado em trabalho de auditoria que expôs com clareza a fundamentação, todas as irregularidades tributárias supostamente incorridas pela Recorrente. Explica que conforme demonstrado o Auto de Infração não traz elementos suficientes para elaboração de defesa, fato que enseja o reconhecimento de sua nulidade.

Pontua que a intimação da lavratura do Auto de Infração foi acompanhada de Anexos que comprovariam o cometimento da suposta infração à legislação tributária, tais documentos não foram entregues, nem disponibilizados ao contribuinte. Destaca que a Fiscalização desrespeitou o disposto nos artigos 129, incisos III e IV, e 130, ambos do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), assim como o art. 142 do CTN.

Disse que a inobservância das exigências formais da legislação acarretam a nulidade absoluta do Auto de Infração, pois, sem essas informações, a Recorrente não pode exercer o seu direito de defesa. Afirma que no Auto de Infração não contém os requisitos e informações básicas para sua lavratura, como a indicação das circunstâncias que culminaram com a alegada infração. Em outras palavras, restou a insólita missão de “adivinhar” os fundamentos e os fatos suscitados pela Fiscalização como causas da autuação.

Assevera que não há dúvidas da nulidade do Auto de Infração, pois a autuação fiscal deve obrigatoriamente clara, precisa, completa, individualizada, descrevendo os fatos que justifiquem a exigência do tributo ou multa, a fim de que o autuado possa se defender adequadamente. A aplicação desse preceito tem um nítido contorno constitucional, já que privilegia o direito de contraditório e da ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV da CF.

Assinala que violação aos artigos 129, incisos III e IV, e 130, ambos do Código Tributário do Estado da Bahia e ao artigo 142 do CTN, ficando demonstrado que o Auto de Infração em comento merece ser declarado nulo por estar despidido das formalidades legais necessárias. Cita entendimento da Segunda Turma do STJ (Recurso Especial 48.516/SP, relator Min. Ari Pargendler - Segunda Turma, publicado no DJ de 13.10.1997).

Pede pelo reconhecimento da nulidade absoluta do presente lançamento tributário, pois tanto o teor como a sua instrução carecem da descrição dos elementos de fato que teriam ensejado a

autuação, cerceando o direito de defesa e infringindo os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Ainda preliminarmente, pede nulidade por ilegalidade da presunção como meio de prova, sendo o Auto de Infração tem como pressuposto o procedimento de fiscalização previsto no Capítulo XII do RICMS/BA, por meio do qual as Autoridades Fiscais têm amplos poderes para requerer e o dever de analisar todos os documentos necessários à minuciosa verificação dos fatos alegados na autuação.

Diz que faz parte desse procedimento prévio, absolutamente imprescindível à constituição do crédito tributário, a intimação do contribuinte para prestar esclarecimentos a respeito de eventuais indícios de irregularidades constatados, evitando-se, assim, a constituição de créditos tributários pautados em mera presunção, como é o caso destes autos.

Observa que foi solicitado da Recorrente a apresentação de diversos documentos fiscais e contábeis necessários ao procedimento de fiscalização, sem, contudo, solicitar esclarecimentos quanto ao método de recolhimento de créditos utilizados pela Recorrente, conforme será demonstrado adiante.

Ressalta que após terem identificado supostas inconsistências, ao invés de intimarem a Recorrente para prestar esclarecimentos sobre meros INDÍCIOS de irregularidade, as Autoridades Fiscais preferiram lavrar de imediato o Auto de Infração em questão, deixando a análise dos documentos para o momento da apresentação da Defesa.

Assim, não restam dúvidas de que o presente lançamento foi pautado apenas em indícios e que as Autoridades Fiscais se valeram de presunção para a sua formalização. Ora, antes da lavratura de qualquer autuação fiscal, a fim de evitar a cobrança indevida de tributo e, desnecessariamente, pôr em andamento a máquina estatal, é imperativo que as Autoridades Fiscais certifiquem-se do indício de irregularidade eventualmente constatado.

Admitir a presunção como meio de prova de acusação é violar os princípios constitucionais do contraditório e a presunção de inocência até prova em contrário. Pontua que o FISCO tem necessariamente de se pautar a realidade concreta dos fatos ocorridos, que têm de ser provados e devem ser apurados no procedimento de fiscalização prévio, no qual seja permitido à Recorrente esclarecer eventuais indícios de irregularidades encontrados antes da efetiva cobrança fiscal.

Menciona outros Tribunais Administrativos brasileiros que possuem o entendimento de que não se pode admitir autuações e imposição de penalidades com base em presunção, como pode ser observado das ementas de julgamentos a seguir transcritas proferida pelo E. Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo (Processo DRT nº 12-3095/91, Quinta Câmara, Relator Raphael Moraes Latorre, publicado no Boletim TIT nº 266, de 5.9.1992; Processo nº DRT 7-25/87, Sexta Câmara, Relator Moacyr Mesquita Cavalcante, publicado no Boletim TIT nº 249, de 11.5.1991).

Pede pela reforma do acórdão recorrido com o cancelamento do presente Auto de Infração, por nulidade, uma vez que a exigência fiscal foi constituída com base em meras presunções desvinculadas da realidade.

Passa a arguir questões de mérito:

INFRAÇÃO 02 – explica que os valores em discussão foram devidamente quitados com base no recolhimento do ICMS-ST no momento da entrada das mercadorias, conforme pode ser constatado nas planilhas ora apresentadas ao processo (docs. 10 e 11 da Impugnação).

Reitera, sob pena de violação a ampla defesa e ao contraditório, que seja deferida a realização de diligência ou de perícia técnica, nos termos do artigo 145 do Decreto nº 7.629/99, por meio da qual serão examinados os seus documentos contábeis e fiscais, referentes aos exercícios fiscalizados, em local e prazo a ser determinado por Vossas Senhorias, comprovando-se a regularidade dos procedimentos adotados pelo estabelecimento autuado.

Nota que a realização de diligência ou de perícia técnica é medida que se requer, pois não é

demais lembrar que, o Processo Administrativo Fiscal é movido pelo princípio da verdade real, e a Recorrente, como contribuinte, tem direito ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal, nos termos do artigo 5º, incisos LIV e LV da CF.

Frisa para garantir o direito a um julgamento justo, isento e com base na verdade real, pede pela a realização de diligência ou perícia técnica, de forma a comprovar que não pode ser compelida a recolher os débitos de ICMS que lhe estão sendo imputados neste momento, conforme os quesitos:

“(i) queiram os Srs. Perito e o Assistente Técnico responder quais são as atividades desenvolvidas pela Recorrente em seu estabelecimento autuado e o tipo de mercadorias comercializadas; (ii) queiram os Srs. Perito e o Assistente Técnico confirmar se a Recorrente praticou operações tributáveis como não tributáveis (Infração 02); e (iii) queiram os Srs. Perito e o Assistente Técnico confirmar se há diferença entre o valor do imposto recolhido pela Recorrente e o valor informado em seus documentos e livros fiscais”.

INFRAÇÃO 08 – esclarece que não apenas parte da exigência do imposto deveria ser reduzida, mas todo o Auto de Infração. Informa que os itens constantes na presente cobrança, possuem benefícios fiscais previstos em lei como é o caso das máquinas e equipamentos, que encontram fundamento no Convênio ICMS 52/1991; e do óleo composto, nos termos do artigo 268, XXII do RICMS/BA. Reproduz os artigos 5º, incisos XIII, XXII e LIV, e 170, *caput*, da Constituição Federal.

Reitera que a limitação estabelecida pela exigência fiscal, viola o princípio constitucional da igualdade e isonomia, dispostos nos artigos 5º, “caput” e 150, inciso II da CF, tendo em vista a obrigação que o ente tributante tem de estabelecer tratamento igual para os contribuintes que se encontrem na mesma situação sujeita à tributação. Assim, o princípio em questão tem como objetivo evitar que se estabeleçam condições diversas para aqueles que estão na mesma condição.

Cita lição de Roque Carraza (Curso de Direito Constitucional Tributário, 17ª edição, São Paulo, Malheiros, 2002, pg 76) e posicionamento de Hugo de Brito Machado (Curso de Direito Tributário, 21ª edição, São Paulo, Malheiros, 2002, pg 44). Solicita a aplicação o princípio da igualdade e isonomia para a escolha do critério objetivo, guardando relação de intimidade com a hipótese de incidência do tributo, sob pena de desviar-se do objetivo que a redução da base de cálculo pretendia atingir.

Assinala que a exigência fiscal deve ser cancelada, haja vista que a Recorrente possui benefício fiscal previsto em lei para redução da base de cálculo e recolhimento a menor do ICMS. Destaca que é princípio basilar do Direito que o ônus da prova cabe a quem alega. Esse princípio fundamenta-se em garantia constitucional decorrente do devido processo legal. Nesse sentido, cabe à D. Fiscalização Estadual munir-se das provas necessárias à comprovação das infrações alegadas.

Disse que ao utilizar a presunção, a D. Fiscalização Estadual transfere ao contribuinte o ônus da prova, em manifesta afronta ao disposto nos artigos 113, § 1º, e 142, ambos do CTN, nas quais não foram observadas pela Fiscalização, sem considerar que a presunção de inocência até prova em contrário é uma garantia constitucionalmente prevista, que restaria desprezada se admitíssemos como legítima a aceitação da presunção como meio de prova de acusação.

Sustenta que a D. Fiscalização não poderia ter alegado sem demonstrar, ou seja, a acusação precisa a ser apurada de forma precisa, o que não se verificou no caso.

INFRAÇÃO 09 – afirma deve ser integralmente cancelada, uma vez que ficou comprovado que não houve falta de recolhimento de imposto, até mesmo por tratar-se de operações destinadas ao ativo fixo. Pede pela improcedência da autuação.

Defende quanto à multa aplicada. Disse que não cometeu infração alguma que justificasse a imposição de multa tão elevada, o que desde já se configura a manifesta inconstitucionalidade por ofensa aos artigos 37 e 150, inciso IV da CF. Assim, não havendo motivos para a manutenção da obrigação principal supostamente descumprida, por consequência deve ser também afastada a multa aplicada.

Acosta jurisprudência do STF que negou provimento ao Agravo Regimental interposto pela União (Fazenda Nacional) no RE 523.471, reconhecendo: *“(i) que o princípio constitucional da vedação ao confisco se aplica às multas, e não apenas aos tributos, e (ii) a abusividade de multa de 60%, que ultrapassa e muito o valor declarado inconstitucional pelo STF”* (RE 523471 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 06/04/2010).

Pede pelo cancelamento ou redução da multa.

Requer a declaração da Nulidade das infrações que remanesceram, no sentido de julgar a Procedência Parcial e, conseqüentemente, o Provimento do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO

Trata o presente Recurso Voluntário, do inconformismo do contribuinte com a procedência total da infração 2, e parcial as infrações 8 e 9.

Inicialmente, aprecio o pedido de diligência e de nulidade dos itens 2, 8 e 9 do lançamento. Constato que houve recebimento dos demonstrativos por preposto do contribuinte, à fl. 110, não se configurando qualquer cerceamento de defesa.

O demonstrativo da infração 2 está à fl. 23/36, anexo 2.2 com perfeita clareza, com itens como algodão, bebida lactea, roupa, pizza, xarope guaraná, pão de queijo, etc, com saídas tributadas iguais a zero, sendo cobrado o imposto devido por haver praticado operações tributáveis como não tributáveis.

O demonstrativo da infração 8, anexo 2.9, está às fls. 77/83, também com total clareza. No caso, redução indevida de base de cálculo. Embora tenham sido tributados, foi reduzida indevidamente a base de cálculo, no que resultou em imposto a menos destacado. Por exemplo, o leite ninho 3 400g, cujo valor da nota fiscal é de R\$50,95, foi utilizada uma base de cálculo de R\$20,98, com imposto destacado de R\$3,57 quando em verdade é de R\$8,66, sendo cobrada a diferença de R\$5,09.

O demonstrativo da infração 9, está também perfeitamente exposto no anexo 2.10, fls. 84, onde consta por exemplo, o item impressora fiscal, CFOP 2.551, compra para o ativo imobilizado, com lançamento da diferença de alíquotas de R\$726,00.

Assim, é possível asseverar que não há razões para se solicitar a diligência pedida pelo Recorrente, muito menos a nulidade das infrações. Vejamos as razões do voto recorrido, quanto ao julgamento destes 3 itens.

No mérito da infração 02, que imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis, de fato, é possível verificar no demonstrativo de fls. 23 a 35, que o autuado não tributou operações sujeitas à alíquota interna, que no período auditado ainda era de 17%. Não há nos presentes autos, especialmente nos anexos juntados à Defesa, nenhum elemento capaz de alterar a apuração do valor devido. Infração 02 caracterizada.

No que tange à infração 08, assiste razão à autuante no momento em que afirma que o art. 268, XXII do RICMS-BA/2012, diz respeito aos óleos de soja e de algodão, não se enquadrando em tal dispositivo regulamentar o óleo composto.

“Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XXII - das operações internas com óleo refinado de soja ou de algodão, de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 12% (doze por cento);

(...)”.

A auditora, de forma acertada, juntou levantamento de revisão às fls. 189 a 195, tendo considerado para fins dedução os valores concernentes às máquinas e equipamentos com NCM/SH discriminados no Convênio ICMS nº 52/1991. A infração teve o seu valor alterado de R\$ 1.797,83, para R\$ 1.601,78.

Acolho o demonstrativo de fls. 189 a 195, elaborado pela autuante, de maneira que o valor da imputação nº 08 seja modificado de R\$ 1.797,83, para R\$ 1.601,78. Infração 08 parcialmente elidida.

A maior parte das razões defensivas concernentes à infração 09 já foram analisadas no julgamento preliminar. Todavia, restou comprovado que a nota fiscal nº 99.429, de 24/01/2013, foi lançada na escrita no dia 25/01/2013, do que não restou imposto a cobrar no mês de janeiro de 2013, da infração 09, o que pode ser observado na planilha de fl. 84. Assim, com a dedução de R\$ 7.745,96 da ocorrência de 31/01/2013, do demonstrativo de fl. 05, restam R\$ 62,10, referentes à data de 30/11/2013, que deve ser o valor tido como procedente na infração 09.

Não existe autorização legal para que qualquer órgão deste Conselho, de primeira ou segunda instância, reduza ou cancele multas por descumprimento de obrigações principais, muito menos para que julgue inconstitucionalidade decorrente de caráter alegadamente abusivo, conforme já se disse acima (art. 167, I e III do RPAF-BA/1999).

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com a homologação dos valores

O Recorrente afirma que na infração 2 foram quitados os valores, conforme prova os documentos 10 e 11 da impugnação, com base no recolhimento do ICMS-ST no momento da entrada das mercadorias. Contudo, de simples análise do demonstrativo se constata que não há correlação com substituição tributária, como leite, pão de queijo, chá boldo do chile, etc.

A autuante em sua informação fiscal, ao analisar os itens, inclusive constatou que no documento 10, sequer há correlação das mercadorias com os da infração. Já algumas em comum, que aparecem nas duas listas, a *costela sui sear spec*, NCM 1602.49.00 não está sujeito à substituição tributária, conforme consulta ao Anexo do RICMS/2012.

Importa esclarecer que após a informação fiscal, inclusive com correções de alguns itens, infrações 8 e 9, o Recorrente sequer se manifestou, mesmo intimado, conforme comprovação de intimação à fl. 198. Mantida a decisão recorrida. Infração 2 procedente.

Quanto à infração 8, arguiu em seu Recurso o Convenio ICMS 52/01, que lhe daria direito à redução de base de cálculo em máquinas e equipamentos e em óleo de soja. Na Informação fiscal, a autuante corrigiu o erro quanto às máquinas, no que foi reduzido o valor e mantido pela Junta de Julgamento pela procedência parcial, exceto quanto ao óleo composto, sem previsão no RICMS. De fato, observando-se o demonstrativo, verifica-se ÓLEO COMPOSTO DOLAGAR. Mantida a decisão recorrida. Infração 8 parcialmente procedente.

Quanto à infração 9, recorre da diferença de alíquotas em itens de ativo imobilizado. A autuante corrigiu pequenos erros na informação fiscal, reduzindo este item, e ratificado no julgamento de piso. O Recorrente insiste que não é devido o imposto por se tratar de aquisição para o ativo fixo. Contudo, a incidência está prevista na Lei nº 7.014/95, art. 4º, XV.

O art. 4º da Lei nº 7.014/96, XV, diz que incide o ICMS:

XV - da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subseqüentes alcançadas pela incidência do imposto.

Quanto à abusividade das multas, e sua inconstitucionalidade, não está na competência deste Conselho de Fazenda, nem a exclusão ou redução, nem tampouco apreciar questões de constitucionalidade da legislação baiana.

Face ao exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, devendo ser homologados os valores já recolhidos. Auto de Infração Parcialmente Procedente.

INF	RESULTADO	VL. LANÇADO	VL. JULG-JJF	VL. JULG-CJF	MULTA
01	RECONHECIDA	1.299,32	1.299,32	1.299,32	100%
02	PROCEDÊNCIA/NÃO PROVIDO	9.203,66	9.203,66	9.203,66	60%
03	RECONHECIDA	2.032,20	2.032,20	2.032,20	60%
04	RECONHECIDA	109,61	109,61	109,61	60%
05	RECONHECIDA	13.477,89	13.477,89	13.477,89	60%
06	RECONHECIDA	0,77	0,77	0,77	60%

07	RECONHECIDA	124,13	124,13	124,13	60%
08	PROC. PARCIAL/NÃO PROVIDO	1.797,83	1.601,78	1.601,78	60%
09	PROC. PARCIAL/NÃO PROVIDO	7.808,06	62,10	62,10	60%
10	RECONHECIDA	223,34	223,34	223,34	60%
11	RECONHECIDA	8.075,08	8.075,08	8.075,08	-----
Total		44.151,89	36.209,88	36.209,88	

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº 274068.0017/17-2, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$28.134,80**, acrescido das multas de 100% sobre R\$1.299,32 e 60% sobre R\$26.835,48, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b” e “f” e III da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além da multa percentual de **R\$8.075,08**, prevista no inciso II, “d” da mesma Lei e Artigo citados, com os acréscimos moratórios estatuídos na Lei nº 9.837/2005, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS