

A. I. N° - 247068.0022/20-6
AUTUADO - MAKRO ATACADISTA S.A.
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/09/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0136-04/21-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES COM SAÍDAS SUBSEQUENTES ISENTAS. Infração comprovada. Não acolhida a arguição preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 17/09/2020, exige crédito tributário no valor de R\$168.466,38, em razão do cometimento da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 01.02.26 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Consta ainda as seguintes informações: “*O contruínbuinte utilizou indevidamente credito fiscal de ICMS de mercdoria com saída susequente isenta.*

Tudo conforme ANEXO 1 -DEMONSTRATIVO DE CREDITO INDEVIDO – MERCADORIA ISENTA - 2017 e ANEXO 2 – DEMONSTRATIVO DE CREDITO INDEVIDO – MERCADORIA ISENTA – , que fazem parte deste auto e cujas cópias foram enrregues ao contribuinte em meio magnético.”.

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 31 a 40v), inicialmente falando sobre a tempestividade da mesma. Em seguida diz que a empresa que tem por objeto social, entre outros, a comercialização no varejo de produtos alimentícios e bens de consumo em geral, está sujeita à incidência de diversos tributos federais, estaduais e municipais, inclusive, ICMS.

Afirma que apesar de cumprir corretamente as suas obrigações fiscais, Fiscalização Estadual lavrou o presente auto de infração, cuja infração transcreveu.

Diz que a referida exigência é manifestamente ilegítima e improcedente, e passará a expor suas razões, de modo a evidenciar a impossibilidade de exigência de qualquer valor pretendido com base no presente Auto de Infração, não havendo como o lançamento prosperar, devendo ser integralmente cancelado.

Passa a discorrer sobre a nulidade do lançamento asseverando que a Fiscalização Estadual formalizou de maneira equivocada e indevida a exigência de tributo e a infração descrita nas peças infracionais não é precisa. Trata-se, pois, de inequívoco vício material que macula irremediavelmente o lançamento.

Isso porque, de acordo com o art. 142 do CTN, o ato que consubstancia o lançamento tributário deverá ser lavrado por autoridade administrativa competente, e conterà obrigatoriamente: (i) a qualificação do autuado; (ii) o local, a data e a hora da lavratura; (iii) a descrição clara e precisa do fato que motivou sua geração; e (iv) a disposição legal infringida e a penalidade aplicável; (v) a intimação para o pagamento do débito com multa reduzida ou para a apresentação de impugnação administrativa, com indicação do prazo e seu início.

Destaca que esta norma encontra-se recepcionada pela legislação estadual através do art. 129 do CTE, segundo o qual, o Auto de Infração deve conter: a identificação do autuado e do funcionário autuante, além do endereço do autuado; o dia, hora e local da autuação; a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações principais e acessórias, indicando as datas da ocorrência; o

demonstrativo do débito tributário, discriminando a base de cálculo e as parcelas do tributo, por período, bem como os seus acréscimos e as multas aplicadas; a indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos, além do dispositivo regulamentar ou legal referente à multa aplicada; as assinaturas do autuante, do autuado ou de seu representante ou preposto, ou a declaração de sua recusa; e, a intimação para pagamento ou defesa, com indicação do prazo.

Explica que a descrição do fato gerador contida no mencionado auto de infração não deixa clara a razão que teria motivado a Fiscalização Estadual a demandar da Impugnante tão vultosa quantia, limitando-se a indicar sinteticamente o suposto recolhimento a menor, o que viola frontalmente os arts. 142 do CTN e 129, §1º, III, do CTE.

Acrescenta que além do sintético fundamento apresentado pela Fiscalização Estadual como descrição da infração, não há no restante da notificação fiscal qualquer indicação ou demonstração das premissas que teriam sido averiguadas pela Fiscalização para infirmar o suposto crédito indevido, tampouco a comprovação cabal dessa ocorrência.

Conclui que o Auto de Infração é manifestamente genérico e não contém qualquer indicação quanto às corretas circunstâncias que culminaram nas alegadas ilegalidades, não se mencionando as operações que ensejaram em irregularidade, restando demonstrado que o auto de infração deve ser declarado nulo, por violar as formalidades legais e materiais necessárias.

Ressalta que este entendimento é corroborado pela jurisprudência deste CONSEF, transcrevendo Ementa neste sentido, arrematando que não basta uma mera presunção para considerar que houve operação de circulação de mercadorias, sobretudo para imputar acusação de que houve suposto pagamento a menor.

Entende que em razão dos vícios apontado, à luz da legislação e jurisprudência acima transcritas, há de ser reconhecida a nulidade absoluta do presente lançamento tributário, pois tanto o seu teor, como a sua instrução carecem da descrição dos elementos de fato que teriam ensejado a autuação, cerceando seu direito de defesa e infringindo os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como a legislação infraconstitucional já apontada.

Após reiterar que o Auto de Infração é lacônico e impreciso, o que levou a empresa a adivinhar as irregularidades que eventualmente teria cometido para ocasionar o suposto crédito indevido.

Diz que neste contexto buscou localizar algumas hipóteses para comprovar a inexistência de creditamento indevido e conseguiu verificar alguns casos que levaram a equivocada interpretação da Fiscalização.

Inicialmente registra que alguns dos produtos indicados pela fiscalização como sendo beneficiários da redução da base de cálculo nas saídas subsequentes, na verdade não possuem qualquer previsão legal nesse sentido no RICMS/BA. Basta uma simples análise da autuação para verificar que foram indevidamente incluídas mercadorias no Auto de Infração.

Passa a demonstrar os motivos pelos quais o Auto de Infração não poderia ser pautado em mera presunção para exigir os supostos débitos, afirmando que no caso presente a fiscalização não solicitou da Impugnante qualquer apresentação de documentos fiscais e contábeis necessários ao procedimento de fiscalização, tampouco, solicitou esclarecimentos quanto às operações de saídas ou sobre os produtos abrangidos pela eventual redução da base de cálculo.

Assevera que tal fato demonstra a inconsistência da infração, na medida em que parte da premissa equivocada de que houve falta de recolhimento de ICMS de produtos que sequer possuem previsão legal de isenção ou redução da base de cálculo.

Acrescenta que a partir do genérico embasamento devidamente demonstrado anteriormente, infere-se que a fiscalização deve ter se pautado na premissa equivocada de que as operações de entradas creditadas não foram proporcionalmente compensadas com posteriores saídas, o que não é verdade como será adiante demonstrado.

Assevera que o ICMS anteriormente cobrado nas aquisições de mercadorias poderão ser

compensados pelo contribuinte em sua escrita fiscal com o imposto devido nas operações subsequentes, desde que estas sejam tributadas pelo ICMS e que aquelas sejam acompanhadas de documento fiscal hábil, emitido por contribuinte em situação regular perante o Fisco. Essa especificidade decorre do princípio da não cumulatividade do ICMS, recepcionado pela legislação constitucional nos arts. 155, § 2º, I da CF/88 e 19 da LC nº 87/96.

Após discorrer sobre tal princípio e indicar os artigos da Lei nº 7.014/96 onde expressamente prevê à sua aplicação, assim como as hipóteses em que também não é permitido o crédito fiscal das entradas de mercadorias no estabelecimento, destaca que os arts. 310 do RICMS e 29 do §4º, II, da Lei nº 7.014/96 tratam-se dos fundamentos legais da presente autuação, que no entender da Fiscalização a impugnante não poderia ter se creditado, uma vez que as mercadorias que entraram no estabelecimento seriam beneficiadas com saídas isentas ou com alíquota reduzida.

Diz que não pode concordar com a autuação, pois observa todas as regras previstas na Lei Complementar nº 87/96 para aproveitamento dos créditos de ICMS, destacando que o direito da Impugnante ao creditamento integral do ICMS incidente sobre a aquisição de mercadorias destinadas ao consumidor final decorre do princípio da não-cumulatividade previsto no art. 155, § 2º, da CF/88.

Frisa que como exposto anteriormente o direito de creditamento decorre diretamente do referido princípio constitucional justamente porque somente o consumidor final é o contribuinte do imposto. Neste contexto, o ICMS constitui um valor agregado aos bens de consumo, debitado e creditado a conta dos contribuintes ao longo da cadeia produtiva, até que finalmente é debitado ao contribuinte de fato, ou seja, o consumidor final.

Então a cada período de apuração do imposto é recolhido apenas e tão somente a diferença entre os créditos e débitos, isto é, o ICMS incidente sobre as entradas de mercadorias é abatido do ICMS incidente sobre as saídas. Logo, o montante efetivamente devido resulta da diferença a maior, em cada período de apuração, entre o imposto relativo às entradas e às saídas.

Conclui que o direito ao crédito visa a permitir ao contribuinte a possibilidade de abater o imposto que foi pago, embutido no preço da mercadoria adquirida. Esse direito que garante a não-cumulatividade do ICMS nos termos do art.155, § 2º da CF/88.

Acrescenta que também está amparada pela legislação estadual de acordo com o disposto no art. 32, I do CTE, cujo teor transcreve, sendo que tal dispositivo evidencia o descabimento da presente exigência fiscal, pois demonstra inequivocadamente que o creditamento realizado possui amparo legal. Neste sentido, só poderia dizer em creditamento indevido na hipótese em que as saídas tributadas fossem em proporção menor que o creditamento das respectivas entradas das mercadorias, o que não é o presente caso.

Nota-se, portanto, a falta de tipicidade da conduta considerada, ou seja, a Impugnante não cometeu a infração pela qual está sendo acusada porque apurou e utilizou o crédito fiscal nos exatos termos em que permitido a Lei. Salienta que as operações discriminadas pela fiscalização que seriam beneficiadas com isenção ou redução do imposto nas saídas subsequentes a Impugnante realizou o recolhimento integral abatendo exatamente o valor creditado, de modo que não há que se falar em qualquer creditamento a maior ou prejuízo ao Erário, pelo contrário, foi recolhido valor aos cofres públicos, inclusive especificamente em relação às operações tributadas.

Assevera que por não ter realizado creditamento indevido não há que se falar em omissão de recolhimento de ICMS, tampouco em multa devida, na medida em que resta suficientemente demonstrado que a presente autuação não tem mínimo fundamento que lhe possa dar sustentação, seja de ordem lógica, legal ou fática, devendo ser integralmente cancelada a exigência fiscal.

Por tais razões não há que se falar em creditamento indevido.

Em seguida diz que na remota hipótese de assim não ser entendido requer a juntada do anexo

documento comprobatório (Doc. 03), o qual demonstra a relação dos itens não tributáveis, em que não houve o aproveitamento dos créditos quando da entrada.

Dessa forma entende que, ao menos, parte das operações deve ser cancelada, diante da comprovação da existência de itens não tributáveis, uma vez que não há o que se falar em eventual recolhimento a menor do imposto.

Subsidiariamente, pugna-se pela conversão do feito em diligência, a fim de seja feita a devida análise e confirmação dos itens não tributáveis, em razão do precário relato fiscal.

Fala sobre a abusividade da aplicação de penalidade cominada em 60% do valor do imposto supostamente não recolhido que é outra circunstância que macula a exigência fiscal. A citada multa é manifestamente inaplicável ao caso, pois está evidente o descompasso entre a realidade fática e a acusação.

A penalidade imposta pressupõe a ausência de recolhimento tempestivo do ICMS por utilização indevida de crédito fiscal que, como já demonstrado, foi integralmente recolhido no momento das saídas subsequente e, portanto, a referida penalidade seria inaplicável ao presente caso.

Ademais, a multa é absolutamente desproporcional, caracterizando verdadeiro confisco, na medida em que corresponde a mais da metade do valor do imposto exigido que, como já demonstrado, é indevido e foi devidamente recolhido. A esse respeito, note-se 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.

Conclui afirmando que de todo o exposto, tem como plenamente demonstrado que a exigência fiscal em questão deve ser integralmente cancelada, em síntese, pela comprovação e demonstração da nulidade da autuação em razão das ilegalidades incorridas, sobretudo acerca da ausência de descrição clara e precisa da infração e da utilização de mera presunção como prova.

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

Caso não seja este o entendimento requer que a multa aplicada seja afastada ou reduzida, haja vista a manifesta desconexão da realidade fática com os fatos descritos na presente autuação, bem como a desproporcionalidade e a patente irrazoabilidade em relação à infração supostamente cometida.

Por fim requer a conversão do processo em diligência, bem como protesta pela realização de sustentação oral quando do julgamento.

A Autuante presta informação fiscal fls. 58 a 63. Inicialmente transcreve o inteiro teor da infração. Em seguida faz um resumo dos argumentos defensivos e passa a prestar os seus esclarecimentos a seguir resumidos:

Em relação ao argumento de que a fiscalização formalizou de maneira equivocada e indevida a exigência de tributos, além de que a infração descrita nas peças infracionais não é precisa os diz que a mesma não pode prosperar, pois como pode ser observado nas folhas 1 a 2 tem a descrição das infrações, inclusive com descrições complementares, de forma clara e completa com o devido enquadramento e tipificação da multa aplicada, atendendo o que determina o art. 18 do RFAP, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e os anexos foram entregues ao contribuinte conforme folhas 19 a 29 e arquivos conformes folhas 18 e 19.

Assevera que as planilhas são claras e objetivas, descrevendo as operações com os seus respectivos dados, contendo informações como data, número do documento, código do produto, descrição do produto, preço, alíquota e todas as informações necessárias para a demonstração das infrações. Existem no auto os documentos necessários para a demonstração da infração. A escrita fiscal, NF-e e relatório das NFC e constam no arquivo magnético, folhas 12 e 13. Os valores reclamados na autuação se basearam nas notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital

- EFD, documento gerado pela própria autuada. Em momento algum a impugnante questionou as informações da EFD.

Em relação ao argumento de que os fatos narrados no referido Auto de Infração e que fundamentam a imposição fiscal lançada encontram-se genericamente redigidos diz que a mesma não pode prosperar, pois como pode ser observado nas folhas 1 a 2 existem a descrição da infração, inclusive com a respectiva descrição complementar, de forma clara e completa com o devido enquadramento e tipificação da multa aplicada, atendendo o que determina o art. 18 do RPAF e os anexos foram entregues ao contribuinte conforme folhas 18 e 19.

Assevera que as planilhas são claras e objetivas, pois, as mesmas contém diversas informações das operações como data, número do documento, código do produto, descrição do produto, preço, alíquota e todas as informações necessárias para a demonstração das infrações. Existem no auto os documentos e provas necessárias como a escrita fiscal, notas fiscais eletrônicas e relação das NFC-e constantes no arquivo magnético, folhas 12 e 13. Os valores reclamados na autuação se basearam nas notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital - EFD, documento gerado pela própria autuada. Em momento algum a impugnante questionou as informações da EFD.

No que diz respeito ao argumento defensivo de que foram desrespeitados os art. 129 §1º da Lei 3.956/81, art. 142 do CTN e art. 5º, LV da CF/88 a mesma não prospera, pois, o auto de infração seguiu o estabelecido nestes dispositivos.

Rechaça o argumento defensivo de que os produtos apontados pela fiscalização como sendo beneficiários de redução da base de cálculo nas saídas subsequentes, na verdade não possuem qualquer previsão legal no RICMS/BA pois o presente PAF não trata de redução da base de cálculo, conforme consta de forma clara na descrição complementar do Auto de Infração: *“O contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS de mercadoria com saída subsequente isenta.”*.

Quanto ao argumento de que ao princípio da não cumulatividade do ICMS está assegurado o direito de se creditar do imposto anteriormente cobrado frisa que tal arguição não prospera, pois para que isto ocorra existem regras previstas na legislação que devem ser observadas e cumpridas, o que não ocorreu.

O art. 29, §4º, inciso II da Lei nº 7.014/96 determina que é assegurado ao sujeito passivo o direito de se creditar do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real, ou simbólica, no estabelecimento, contudo é vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, sendo que os itens dos demonstrativos 1 e 2 tiveram a saída com o benefício da isenção e a impugnante não comprovou a saída tributada.

Quanto aos documentos anexados na defesa (DOC. 03), o qual o autuado demonstraria a existência da relação dos itens não tributáveis, em que não haveria o aproveitamento dos créditos quando da entrada assevera que o referido documento não tem relação por item e apesar da impugnante alegar de que não houve o aproveitamento dos créditos quando da entrada, os demonstrativos 1 e 2 relacionam apenas as notas de entrada com lançamento de crédito indevido.

Informa que analisando algumas notas do DOC. 03 percebe-se que:

A Nota Fiscal nº 24.983 não consta do anexo 1.

A Nota Fiscal nº 81.524 com crédito de R\$268,18, consta no anexo 1 com o mesmo valor indevido e o item ARROZ INT ROSALITO 1KG é isento conforme art. 265, II, C do RICMS.

A Nota Fiscal nº 901.718 com crédito de R\$43,20, consta no Anexo 1 como mesmo valor e o item FLOCAO NOVOMILHO S. BRAS 500g é isento conforme art. 265 II, D, do RICMS.

A Nota Fiscal nº 29.379 não consta do anexo 1, portanto, a referida documentação não elide a infração.

Frisa que a própria recorrente cita no parágrafo 60 da defesa: “diante da comprovação da existência de itens não tributáveis”. Sendo assim, a impugnante reconhece a existência de itens

não tributáveis, portanto, sem direito ao crédito na entrada, mesmo porque não é citado um exemplo de item que não está sujeito a isenção.

Quanto à multa aplicada diz que não cabe, no âmbito de suas atribuições, a discussão sobre entendimento constitucional, posto que deve obediência ao RICMS/BA por responsabilidade funcional.

Entende não ser necessária a realização de diligência, pois constam no respectivo PAF todos os elementos necessários para conclusão da procedência das infrações.

Finaliza opinando pela Procedência do Auto de Infração.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Pedro Ernesto de Albuquerque, OAB/SP nº 362.553, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

A acusação objeto do presente lançamento está assim descrita : *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto”*

Foi acrescentado que: *“O contruinbuente utilizou indevidamente credito fiscal de ICMS de mercdoria com saída susequente isenta.”*

Portanto, de acordo com os documentos acostados aos autos e informações inseridas no Auto de Infração, no campo “Descrição dos Fatos”, constato que a infração é decorrente da divergência entre os valores dos créditos fiscais lançados na escrita fiscal a título de “Antecipação Parcial”, e o efetivamente recolhido: *O contruinbuente lançou no REGISTROS FRISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS – OPERAÇÕES PRÓPRIAS , no campo DEMOSNTRATIVO DO VALOR TOTAL DOS AJUSTES A CRÉDITO, com a descirção ANTECIPAÇÃO PARCIAL DECRETO Nº 8.969/04, valor superior ao recolhido.”*

O autuado arguiu a nulidade da infração por existência de vício material, tendo em vista que no seu entendimento, a mesma está descrita de forma imprecisa.

Tal argumento não pode ser acatado, visto que a acusação está posta de maneira clara, sendo possível identificar os fatos que ensejaram a autuação, o sujeito passivo, a base de cálculo, a alíquota aplicada e o montante do débito. O enquadramento legal da infração e respectiva penalidade foram feitos em conformidade com as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Ademais, constato que a infração encontra-se devidamente demonstrada, de forma analítica, cujas planilhas elaboradas contêm diversas informações, tais como: data, número do documento, código do produto, descrição do produto, preço, alíquota e todas as informações necessárias para a demonstração das infrações. As mesmas foram disponibilizadas ao autuado, tanto que o mesmo se defendeu apresentando inclusive demonstrativos para contrapor o elaborado pela fiscalização.

Quanto à arguição de nulidade por ilegalidade da presunção como meio de prova, também não há como prosperar, pois não se trata de presunção. A Fiscalização embasada na legislação do ICMS, nas notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital – EFD, constatou que o defendente utilizou crédito fiscal de mercadorias cujas saídas internas são isentas, conforme demonstrativos que anexou aos autos.

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

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

No mérito, como dito anteriormente, o presente lançamento diz respeito à utilização irregular de

créditos fiscais de ICMS, referentes à aquisição de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com isenção do imposto.

O defendente alega que parte dos produtos apontados pela fiscalização como sendo beneficiários de redução da base de cálculo nas saídas subsequentes, na verdade não possuem previsão legal nesse sentido, e que o direito ao crédito do ICMS está amparado pelo princípio da não cumulatividade.

Primeiramente, como bem esclareceu a autuante ao prestar a Informação Fiscal, a presente acusação diz respeito exclusivamente à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em aquisições de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com isenção do imposto, e não com redução da base de cálculo.

Quanto à suposta não aplicação do princípio da não cumulatividade, consoante bem-posto pela autuante, é cediço que o ICMS anteriormente cobrado nas aquisições de mercadorias, poderão ser compensados pelo contribuinte em sua escrita fiscal com o imposto devido nas operações subsequentes, desde que estas sejam tributadas pelo ICMS e que sejam acompanhadas de documento fiscal hábil, emitido por contribuinte em situação regular perante o Fisco. Entretanto, para que isto ocorra, existem regras previstas na legislação, que devem ser observadas e cumpridas.

Assim, é que consoante o disposto no art. 29, §4º, inciso II da Lei nº 7.914/96, é vedada a utilização de crédito fiscal de aquisição de mercadorias, quando a operação de saída subsequente ocorrer sem tributação ou com isenção do imposto, como se pode verificar pela transcrição do citado dispositivo abaixo:

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

(...)

§ 4º É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

I - para integração ou consumo em processo de industrialização, produção rural, extração ou geração, quando a operação de que decorrer a saída do produto resultante não for legest_1996_7014_icmscomnotas.doc tributada ou estiver isenta do imposto, exceto em se tratando de saída para o exterior;

II - para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior.

Alega ainda o autuado, que parte das operações deve ser cancelada, diante da existência de itens não tributáveis, o que poderia ser constatado e corroborado pela documentação fiscal que informa estar anexando (Doc. 03).

A autuante, ao prestar a Informação Fiscal, não acata o argumento defensivo, afirmando que o citado documento se trata de uma listagem de notas fiscais de entrada, relativa apenas ao exercício de 2017.

Afirma, que apesar da defendente não citar qualquer exemplo, analisou algumas notas e percebeu que muitas delas não constam do demonstrativo por ela elaborado (Anexo I), e cita como exemplo a Nota Fiscal nº 24.983.

Assevera também, que diversas notas fiscais, objeto do presente lançamento, acobertam mercadorias isentas, a exemplo da Nota Fiscal nº 81.524, referente à aquisição de ARROZ INT ROSALITO 1KG, e Nota Fiscal nº 901.718, de aquisição do item FLOCAO NOVOMILHO S. BRAS 500g, conforme previsto no art. 265, II, C do RICMS, e art. 265 II, D do RICMS, e mantém integralmente a infração.

Concordo com o opinativo da autuante, pois caberia ao autuado apontar objetivamente os itens

que estariam incluídos indevidamente nos mencionados demonstrativos elaborados pela fiscalização, com as devidas justificativas e comprovações necessárias, e não apresentar um levantamento de notas fiscais de entradas com a justificativa de que não houve o aproveitamento dos créditos, quando da entrada. Isso porque os papéis de trabalho (Anexo 1 e 2), comprovam justamente o contrário, ou seja, o contribuinte se creditou de imposto de notas fiscais de aquisições de mercadorias, cujas saídas ocorreram com o benefício da Isenção, e houve o aproveitamento dos respectivos créditos, conforme registrado em sua Escrituração Fiscal Digital - EFD.

Dessa forma, como o autuado não apontou qualquer equívoco porventura existente nos levantamentos elaborados pela autuante, as infrações subsistem em sua totalidade.

No que tange à arguição de desproporcionalidade, do caráter confiscatório e de inconstitucionalidade da multa, saliento que a multa aplicada encontra-se prevista no artigo 42 da Lei nº 7.014/96, não cabendo a este órgão julgador administrativo, a apreciação de questões relacionadas à constitucionalidade da legislação tributária estadual, conforme disposto no art. 167, I do RPAF-BA.

Quanto ao pedido de dispensa da multa de 60%, cumpre observar, que por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, este Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para tal apreciação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **247068.0022/20-6**, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$168.466,38**, acrescido da multa de 60%, prevista Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de julho de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR