

A. I. N° - 274068.0021/20-0
AUTUADO - MAKRO ATACADISTA S.A.
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 02/12/2021

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0183-01/21-VD

EMENTA ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) Autuado elide parcialmente este item da autuação ao comprovar que tributou as operações de saídas de parte das mercadorias arroladas na autuação. A própria autuante na Informação Fiscal constatou assistir razão ao impugnante e excluiu da exigência fiscal os valores indevidos. Reduzido o valor do débito. Infração 1 parcialmente subsistente. **b)** LANÇAMENTO DE DOCUMENTO EM DUPLICIDADE. Infração 2 reconhecida. **c)** MERCADORIA COM SAÍDA SUBSEQUENTE BENEFICIADA COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. Infração 3 reconhecida. **d)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. **d.1)** Infrações 4 e 5 reconhecidas. **d.2)** Infrações 6 e 7 procedentes. **e)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO FISCAL. Infrações 8, 9 e 10 reconhecidas. **f)** ATIVO IMOBILIZADO. VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. Infração 11 reconhecida. Indeferido o pedido de diligência. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 17/09/2020, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$184.246,86 em razão do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro, fevereiro, maio a dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$43.767,80, acrescido da multa de 60%.

Consta adicionalmente o seguinte registro: *Tudo conforme o ANEXO 1 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA ST – 2017 e ANEXO 2 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA ST - 2018, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregue ao contribuinte em meio magnético.*

Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS, Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético e NF-e;

2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade, no mês de novembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$655,26, acrescido da multa de 60%.

Consta adicionalmente o seguinte registro: *Tudo conforme o ANEXO 3 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE, que faz parte deste auto e cuja cópia foi*

entregue ao contribuinte em meio magnético. Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS, Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético e NF-e;

3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, nos meses de janeiro, maio, junho, outubro e dezembro de 2017, outubro e novembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.319,77, acrescido da multa de 60%.

Consta adicionalmente o seguinte registro: *O contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS de mercadoria com saída subsequente beneficiada com redução da base de cálculo, utilizando base de cálculo superior ao estabelecido na legislação e fazendo o estorno a menor. Tudo conforme com o ANEXO 4 - CRÉDITO INDEVIDO - ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO – 2017, ANEXO 5 - DEMONSTRATIVO DE LANÇAMENTO DE ESTORNO – 2017 e ANEXO 6 - CRÉDITO INDEVIDO - ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO - 2018, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregue ao contribuinte em meio magnético.*

Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS, Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético e NF-e;

4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de janeiro, fevereiro, maio, junho a dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$33.377,81, acrescido da multa de 60%.

Consta adicionalmente o seguinte registro: *O contribuinte lançou nos REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS valores superiores aos destacados nos documentos fiscais. Tudo conforme com o ANEXO 7 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ICMS LANÇADO NA EFD MAIOR QUE NF-e – 2017 e ANEXO 8 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ICMS LANÇADO NA EFD MAIOR QUE NF-e - 2018, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregue ao contribuinte em meio magnético. Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS, Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético e NF-e;*

5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de janeiro, fevereiro, maio, junho a dezembro de 2017, fevereiro a maio, agosto, outubro a dezembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.555,88, acrescido da multa de 60%.

Consta adicionalmente o seguinte registro: *O contribuinte lançou crédito utilizando alíquota com valor divergente ao que estabelece a legislação, implicando em crédito superior ao devido. Tudo conforme ANEXO 9 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE – 2017 e ANEXO 10 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - 2018, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregue ao contribuinte em meio magnético. Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS, Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético e NF-e;*

6. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de janeiro, fevereiro, maio, junho a dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.261,23, acrescido da multa de 60%.

Consta adicionalmente o seguinte registro: *O contribuinte calculou errado o ICMS. Lançou a crédito o produto da multiplicação da base de cálculo pela alíquota em valor maior ao destacado no documento fiscal. Tudo conforme ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ERRO DE CÁLCULO (ALIQ x BASE) – 2017 e ANEXO 12 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ERRO DE CÁLCULO (BASE x ALIQ) - 2018, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregue ao contribuinte em meio magnético. Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS, Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético e NF-e;*

7. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, no mês de novembro dezembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$88.276,63, acrescido da multa de 60%.

Consta adicionalmente o seguinte registro: *O contribuinte lançou no REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - OPERAÇÕES PRÓPRIAS, no campo DEMONSTRATIVO DO VALOR TOTAL DOS AJUSTES A CRÉDITO, com a descrição CREDITO EXTEMPORANEO, o valor de R\$ 88.276,63, em novembro de 2018. Foi notificado através da intimação 2 a apresentar a memória de cálculo do lançamento. A empresa não se manifestou. Anexos: REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - OPERAÇÕES PRÓPRIAS, Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético e NF-e;*

8. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de janeiro, maio a julho de 2017, fevereiro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$3.673,91, acrescido da multa de 60%.

Consta adicionalmente o seguinte registro: *O contribuinte lançou crédito referente as notas fiscais que não constam no banco de dados da SEFAZ como autorizadas para a IE: 45.909.472. Foi citado através da Intimação 4 para apresentar as notas fiscais para comprovar o direito ao crédito. O contribuinte não se manifestou.*

Tudo conforme o ANEXO 13 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - NF-e NÃO APRESENTADA – 2017 e ANEXO 14 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - NF-e NÃO APRESENTADA - 2018, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregue ao contribuinte em meio magnético.

Anexos: Intimação 4, relatório do portal <https://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/consultaCompleta.aspx?tipoConteudo=XbSeqxE8pl8=>, REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS e Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético;

9. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de janeiro, junho a novembro de 2017, janeiro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$7.457,56, acrescido da multa de 60%.

Consta adicionalmente o seguinte registro: *O contribuinte lançou crédito referente aos conhecimentos de transporte que não constam no banco de dados da SEFAZ como autorizados para a IE: 45.909.472. Foi citado através da Intimação 4 para apresentar os conhecimentos de transporte para comprovar o direito ao crédito. O contribuinte não se manifestou.*

Tudo conforme o ANEXO 15 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - SERVIÇO DE TRANSPORTE PARA OUTRO TOMADOR - 2017 e ANEXO 16 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - SERVIÇO DE TRANSPORTE PARA OUTRO TOMADOR - 2018, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregue ao contribuinte em meio magnético. Anexos: Intimação 4, relatório do portal <https://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/consultaCompleta.aspx?tipoConteudo=XbSeqxE8pl8=>, REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS e Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético;

10. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de janeiro, fevereiro, maio a agosto, outubro e dezembro de 2017, abril, agosto, setembro e novembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.360,61, acrescido da multa de 60%.

Consta adicionalmente o seguinte registro: *O contribuinte lançou nos REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS fazendo uso do crédito de documentos cancelados.*

Tudo conforme o ANEXO 17 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - NF-e CANCELADA - 2017 e ANEXO 18 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - NF-e CANCELADA - 2018, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregue ao contribuinte em meio magnético.

Anexos: relatório do portal

<https://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/consultaCompleta.aspx?tipoConteudo=XbSeqxE8pl8=>,
REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE
SERVIÇOS e Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético;

11. Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, nos meses de maio a dezembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$540,40, acrescido da multa de 60%;

Consta adicionalmente o seguinte registro: *O contribuinte não aplicou o crédito pro rata, conforme inciso IV, § 6º, do art. 29 da Lei 7.014/96 e também lançou a maior o valor da multiplicação entre o valor total do crédito das mercadorias destinadas ao ativo permanente pelo fator igual a 1/48 (um quarenta e oito avos) e a relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período.*

Tudo conforme demonstrativos 19 a 25, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte em meio magnético. Anexos: NF-e, ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD e LIVROS FISCAIS (gerado pelo Sistema Público de Escrituração Digital).

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, apresentou Defesa (fls. 97 a 116 – frente e verso). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação.

No tocante às infrações 2, 3, 4, 5, 8, 9, 10 e 11, consigna que irá realizar o recolhimento integral, razão pela qual deve ser reconhecida a extinção dos respectivos créditos tributários, nos termos do art. 156, inciso I, do Código Tributário Nacional (CTN).

Consigna, ainda, que: *Desta feita, diante da quitação integral do crédito tributário constituído na Infração 01, a Impugnante irá requer seja reconhecida a devida extinção, com base no artigo 156, inciso I, do CTN.*

Quanto às infrações impugnadas, sustenta o que a exigência é manifestamente ilegítima e improcedente.

Em caráter preliminar, argui a nulidade do Auto de Infração por vício material.

Alega que o Auto de Infração é nulo, tendo em vista que a Fiscalização formalizou de maneira equivocada e indevida a exigência de tributo e a infração descrita nas peças infracionais não é precisa, tratando-se de inequívoco vício material que macula irremediavelmente o lançamento. Diz que 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 conterá 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; (iv) a disposição legal infringida e a penalidade aplicável; e, (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 referida norma encontra-se recepcionada pela legislação estadual por meio do art. 129 do Código Tributário Estadual (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.

Destaca que compete a Autoridade Fiscal a realização da devida subsunção dos fatos à norma, a qual deverá ser acompanhada dos motivos que ensejaram o respectivo lançamento e as provas que fundamentaram a correlação fático-normativa, sob pena de nulidade. Neste sentido, invoca e

reproduz lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Roque Antônio Carrazza.

Afirma que ocorre que a descrição do fato gerador contida no Auto de Infração em questão não deixa clara a razão que teria motivado a Fiscalização a demandar da empresa tão vultosa quantia, limitando-se a indicar sinteticamente a suposta utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, o que viola frontalmente os artigos 142 do CTN e 129, § 1º, III, do CTE.

Alega que basta uma simples leitura da infração e do respectivo demonstrativo de débito para verificar que a acusação trata de suposição de que a empresa recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa, enquanto é exigido o valor cheio da alíquota de 17%. Diz que se aplicou a alíquota diversa, a Fiscalização deveria apenas ter exigido a suposta diferença, caso devida.

Acrescenta que além do sintético fundamento apresentado pela Fiscalização 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 a utilização indevida de crédito de ICMS, muito menos a comprovação cabal dessa ocorrência.

Sustenta que assim sendo, resta evidenciado 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 ou indicando as operações que ensejaram em irregularidade. Ou seja, restou a empresa a insólita missão de adivinhar os elementos suscitados pela Fiscalização como causas da autuação.

Salienta que é cediço que a autuação fiscal deve obrigatoriamente ser clara e precisa, descrevendo os fatos que justifiquem a exigência do tributo ou multa, a fim de que o autuado possa se defender adequadamente. Aduz que a aplicação desse preceito tem um nítido contorno constitucional, já que privilegia o direito ao contraditório e à ampla defesa, previstos no art. 5º, LV, da CF/88.

Assevera que em vista disso, resta demonstrado que o Auto de Infração em lide deve ser declarado nulo, por violar as formalidades legais e materiais necessárias. Diz que esse entendimento é corroborado pela jurisprudência, conforme se depreende do precedente do E. STJ, cuja ementa reproduz (STJ, REsp nº 48.516/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Turma, DJ 13.10.1997).

Observa que é certo que, estando a descrição dos fatos deficiente a ponto de abalar a sua subsunção à norma jurídica, comprometendo a adequada aplicação do direito, não se está diante de erro formal, mas sim material, de direito, portanto, não se trata de simples imprecisão do lançamento por insuficiência na descrição dos fatos, haja vista que, de fato, imprecisa e, desse modo, incorreta – apuração da própria infração tributária.

Registra que referido entendimento, inclusive, já foi manifestado pelo E. CONSEF em casos análogos ao presente, sendo pacífica a jurisprudência em reconhecer a insubsistência fiscal do lançamento, quando não há elementos suficientes para determinar a infração e apurar o método em conformidade com a lei, conforme se depreende das ementas que reproduz.

Conclusivamente, diz que desse modo, em razão dos vícios apontados e à luz da legislação e jurisprudência acima referidas, há de ser reconhecida a nulidade absoluta do Auto de Infração.

Argui, ainda, a nulidade da autuação por impossibilidade de presunção como meio de prova. Alega que o Auto de Infração em questão é lacônico e impreciso, o que o levou a ter que adivinhar as irregularidades que eventualmente teria cometido para ocasionar o suposto recolhimento a menos.

Afirma que não se admite lançamento baseado em presunção, sendo princípio basilar do Direito que o ônus da prova cabe àquele que formula a acusação, portanto, caberia a Fiscalização o ônus de munir-se das provas necessárias à comprovação do alegado e não apenas presumir a infração apontada.

Alega que diante disso, resta valer-se da imprecisa descrição dos fatos contida no Auto de Infração como recurso (i) à compreensão das condutas que lhe foram imputadas, (ii) à eventual tipificação destas condutas; e (iii) ao desenvolvimento de sua defesa contra a exigência fiscal que lhe foi imposta.

Tece amplas considerações sobre a inadmissibilidade do lançamento baseado em mera presunção. Diz que ao utilizar a presunção a Fiscalização transfere ao Contribuinte o ônus da prova, em manifesta afronta ao disposto nos artigos 113, § 1º e 142, ambos do CTN. Neste sentido, invoca e reproduz lições de Marco Aurélio Greco.

Assevera que resta comprovada a integral falta de tipicidade da conduta considerada ante a ausência de efetiva demonstração de ocorrência da infração pela Fiscalização.

Destaca que a técnica de apuração tributária utilizada pela autuante é manifestamente ilegal, na medida em que se deu por “arbitramento” de tributação à alíquota de 17% sobre a base de cálculo do valor da operação de saídas das mercadorias. Ou seja, além de imputar a infração de pagamento a menos sem qualquer comprovação fática, a autuante também simplesmente presumiu que ocorreram saídas de mercadorias tributáveis no referido período submetidas ao regime de tributação normal, incidindo a alíquota de 17% indiscriminadamente.

Conclusivamente, diz que referida presunção é ainda mais evidente, na medida em que a autuação trata especificamente de operações com produtos cujas saídas são beneficiadas com redução da base de cálculo, como os produtos submetidos a outras tributações e que, portanto, não estão submetidas à alíquota de 18% como imputado pela autuante, restando, por mais tais razões, demonstrada a nulidade do Auto de Infração.

No mérito, alega inequívoco direito ao crédito fiscal, em face ao princípio da não cumulatividade, referente às infrações 1 e 7.

Afirma que o Auto de Infração em questão é lacônico e impreciso, o que o levou a ter que adivinhar as irregularidades que eventualmente teria cometido para ocasionar o suposto recolhimento a menos.

Alega que diante disso, resta valer-se da imprecisa descrição dos fatos contida no Auto de Infração como recurso (i) à compreensão das condutas que lhe foram imputadas, (ii) à eventual tipificação destas condutas; e (iii) ao desenvolvimento de sua defesa contra a exigência fiscal que lhe foi imposta.

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

Diz que constatou que as mercadorias deveriam ter sido tributadas, sendo certo que houve o devido recolhimento do imposto nas respectivas operações de saídas.

Nesse sentido, diz que acosta à peça defensiva rol, exemplificativo e por amostragem, haja vista que não é possível compreender as exatas infrações supostamente cometidas, dos produtos que não estão sujeitos ao regime de substituição tributária, bem como a respectiva disposição legal (doc. 03 – 2017 e doc. 04 – 2018). Apresenta os seguintes itens como não sujeitos à substituição tributária:

661329 - GRANULADO MESCLADO OETKER 130G – não tem Convênio ou Protocolo. NCM 1806.9000;
817817 - LUBRIFICANTE WD 40 SPRAY 300M+, NCM 2710.19.32. Convênio 110/07;
667356 - TAP BORRACHA CONF BRB SER1 CJ, NCM 4016.99.90. Protocolo 41/08;
016202 - CALOTA KA 2012 ARO14 GRID, NCM 8708.70.90. Protocolo 41/08.
085098 - CUPIM BOVINO CONGELADO KG, NCM 0202.30.00. não tem Convênio ou Protocolo.
159588 - MIST BOLO LARANJA APTI 400G, NCM 1901.20.00. não tem Convênio ou Protocolo.

Afirma que tal fato demonstrará a inconsistência da infração, na medida que parte da premissa equivocada de que houve suposto creditamento indevido.

Salienta que 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 aquelas sejam acompanhadas de documento fiscal hábil, emitido por contribuinte em situação regular perante o Fisco.

Observa que essa especificidade decorre do princípio da não-cumulatividade do ICMS, recepcionado pela legislação constitucional nos artigos 155, § 2º, I, da CF/88 e 19 da LC nº 87/96. Ou seja, trata-se de mera técnica de tributação constitucionalmente estabelecida, consistindo na compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado.

Diz que desse modo, o imposto é apurado pelo confronto entre aquele creditado na entrada de mercadoria e aquele devido pela saída da mercadoria dentro de determinado período, sendo que a diferença a maior representa o imposto a ser pago nesse período e a diferença a menor constitui crédito a ser transferido para o período seguinte.

Destaca que não há vinculação entre a mercadoria que ingressou no estabelecimento do contribuinte e aquela que saiu do mesmo estabelecimento. Diz que a compensação do imposto ocorre entre o imposto creditado pela entrada de determinada mercadoria e o imposto resultante da saída de outra mercadoria, assim sendo, o crédito do imposto é de natureza financeira e não física.

Assinala que no Estado da Bahia, a sistemática de apuração do crédito de ICMS decorrente do princípio da não-cumulatividade está expressamente prevista nos artigos 28, 29 e 31 da Lei nº 7.014/96, cujo teor reproduz.

Observa que assim sendo, em observância ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, será assegurado ao contribuinte o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado, desde que devidamente destacado em documento fiscal hábil, relativamente à mercadoria entrada, real ou simbolicamente, em seu estabelecimento, em razão de operações regulares e tributadas.

Observa que na legislação do ICMS do Estado da Bahia, estas e outras hipóteses em que também não é permitido o crédito fiscal das entradas de mercadorias no estabelecimento estão previstas no artigo 29, §4º, II, da Lei nº 7.014/96 e do artigo 310, II, do RICMS, cujo teor reproduz.

Destaca o artigo 29, § 4º, II, da Lei nº 7.014/96, alegando que se trata justamente do fundamento legal da presente autuação, citado de forma simplória pela Fiscalização.

Alega, contudo, que não pode concordar com a autuação, haja vista que observa todas as regras previstas na Lei Complementar nº 87/96 para aproveitamento dos créditos de ICMS. Destaca ainda neste sentido, em relação especificamente à infração 1, que o direito da empresa 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 conforme já exposto, o direito de creditamento decorre diretamente do referido princípio constitucional justamente porque somente o consumidor final é o contribuinte de fato do imposto. Acrescenta que neste contexto, o ICMS constitui um valor agregado aos bens de consumo, debitado e creditado à conta dos contribuintes ao longo da cadeia produtiva, até que finalmente é debitado ao contribuinte de fato, ou seja, o consumidor final.

Diz que a cada período de apuração do imposto, a empresa recolhe apenas e tão somente a diferença entre os créditos e débitos, ou seja, o ICMS incidente sobre as entradas de mercadorias é abatido do ICMS incidente sobre as saídas, sendo o montante efetivamente devido resultante da diferença a maior, em cada período de apuração, entre o imposto relativo às saídas e às entradas.

Salienta que desse modo, o direito ao crédito visa a permitir ao contribuinte a possibilidade de abater o imposto que foi pago, embutido no preço da mercadoria adquirida. Diz que esse direito é próprio da sistemática prevista na legislação tributária, que garante a não-cumulatividade do ICMS nos termos do art. 155, § 2º, da CF/88, somente podendo ser restringido nos casos de isenção

ou não incidência, que, frisa, não é o caso da hipótese em discussão.

Sustenta que no presente caso, o direito ao crédito de ICMS está amparado pelo princípio da não-cumulatividade, não podendo o RICMS ou a Fiscalização ao arrepio das normas legais e constitucionais restringir ainda mais esse aproveitamento ao não permitir o direito aos créditos do contribuinte na presente hipótese.

Observa que a CF/88 e a LC 87/96 não fazem qualquer restrição à utilização do crédito do imposto resultante dessa aquisição

Afirma que referida situação acaba por desnaturar o princípio constitucional da não-cumulatividade, impondo uma restrição não prevista na CF/88 e na LC nº 87/96, culminando na própria cumulatividade do imposto pelo “efeito cascata”.

Assevera que desse modo, resta demonstrado que as limitações ao aproveitamento de crédito de ICMS não devem prevalecer, em face à evidente ofensa à não-cumulatividade do referido imposto. Diz que enquanto princípio, a não-cumulatividade deve ser respeitada e observada, não devendo ter seu alcance diminuído ou restringido por normas infraconstitucionais.

Alega que além disso, ainda que assim não fosse, a empresa está amparada pela legislação estadual. Neste sentido, invoca e reproduz as disposições do art. 32, I, do CTE: *“Constitui crédito fiscal, para fins de cálculo do imposto a recolher, o valor do imposto anteriormente cobrado, relativamente às mercadorias entradas para comercialização”*.

Afirma que referido dispositivo legal evidencia o descabimento da presente exigência fiscal, haja vista que demonstra inequivocamente que o creditamento realizado possui expresso amparo legal. Aduz que neste sentido, só se poderia dizer em creditamento indevido na hipótese em que as saídas tributadas fossem em proporção menor que o creditamento das respectivas entradas de mercadorias, o que não é o presente caso.

Alega que dessa forma, nota-se a falta de tipicidade da conduta considerada, ou seja, não cometeu a infração pela qual foi acusado porque apurou e utilizou o crédito fiscal nos exatos termos em que permitido pela lei. Salienta que efetuou o recolhimento integral abatendo exatamente o valor creditado, de modo que não há de se falar em qualquer creditamento a mais ou prejuízo ao erário, pelo contrário, foi recolhido valor aos cofres públicos quando sequer haveria tal obrigação.

Afirma que exatamente por ter havido o recolhimento, descabe falar-se em creditamento indevido, devendo ser integralmente cancelada a exigência fiscal.

Pugna pela conversão do feito em diligência, em prol da verdade material.

Alega abusividade da multa imposta.

Consigna que admitindo apenas para fins de argumentação, que hipoteticamente sejam desconsiderados os argumentos acima expostos, outra circunstância que macula a exigência fiscal em questão é a abusividade da aplicação de penalidade de 60% do valor do imposto apurado em cada operação de entrada supostamente maculada por creditamento indevido.

Alega que conforme já exposto, a penalidade imposta é manifestamente inaplicável ao presente caso pois está evidente o descompasso entre a realidade fática e as acusações feitas. Diz que a penalidade imposta, nos termos do art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96 pressupõe ausência de recolhimento tempestivo do ICMS por utilização indevida de crédito fiscal que, como já demonstrado, foi integralmente recolhido no momento das saídas subseqüentes e, portanto, a referida penalidade seria inaplicável ao presente caso.

Acrescenta que além disso, é preciso admitir que a referida multa é absolutamente desproporcional, caracterizando verdadeiro confisco, na medida em que equivale à mais da metade do valor do imposto exigido que, como já demonstrado, é indevido e foi devidamente recolhido nas operações subseqüentes. A esse respeito, nota 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.

Lembra que o art. 3º do CTN estabelece que o tributo é uma prestação pecuniária que não constitui sanção por ato ilícito, razão pela qual, o tributo não pode ser utilizado para punir, da mesma forma que as sanções não podem ser utilizadas como instrumentos de arrecadação disfarçados. Observa que a sanção deve ser apenas o meio de que se vale o Fisco para desestimular o comportamento ilícito, o qual sequer ocorreu no caso em tela.

Aduz que desse modo, embora as sanções às infrações tributárias tenham sempre a mesma finalidade, qual seja, a de forçar o pagamento dos valores devidos ao erário, tais medidas não podem ser desvirtuadas, sob pena de desvio de finalidade.

Afirma que aplicação de multa tão exorbitante, além de não se coadunar com princípios constitucionais implícitos reconhecidos amplamente pela doutrina e pela jurisprudência pátria, quais sejam, os da proporcionalidade e da razoabilidade, violam frontalmente o disposto no art. 150, IV, da CF/88, que consagra o princípio constitucional da vedação do confisco, aplicável não apenas aos tributos, mas também às penalidades por infrações à legislação tributária.

Diz ser é inegável que a multa aplicada é abusiva, extorsiva, expropriatória e confiscatória, representando flagrante desrespeito ao art. 150, IV, da CF/88, na medida em que expropria o contribuinte de parcela considerável de seu próprio patrimônio, sem que, para tanto, tenha ocorrido qualquer infração à legislação tributária.

Salienta que por mais grave que seja o ilícito praticado, o que evidentemente não é o caso, já que demonstrou que não cometeu nenhuma infração, não se justifica a fixação de uma penalidade que exproprie o sujeito passivo de parcela de seu patrimônio de forma desproporcional à infração.

Consigna que a severidade das sanções visa proteger a arrecadação do Estado e estimular, por vias oblíquas, o pagamento dos tributos devidos, contudo, no presente caso, não houve falta de recolhimento de imposto ou qualquer outra infração cometida que tivesse causado danos ao Erário Público e que justificasse a aplicação de penalidade tão grave. Neste sentido, diz que o E. STF firmou entendimento de que resta concretizado o intuito confiscatório de multa aplicada em alíquota acima de 30% do valor do imposto não recolhido, conforme excerto de voto que reproduz.

Salienta que é possível citar inúmeros precedentes nos quais os Ministros do STF têm mantido decisões de instâncias inferiores que reduzem o percentual da multa de ofício a patamares ainda menores. Acrescenta, a título exemplificativo, que a Ministra Carmen Lúcia, monocraticamente, manteve decisão de segunda instância que reduziu a multa de 100% sobre o valor do imposto para 15% (RE nº 801.734/RN); o Ministro Celso de Mello, também monocraticamente, manteve decisão de segunda instância que reduziu a multa de 150% sobre o valor do imposto para 15% (ARE nº 844.527/BA), o que reforça o caráter confiscatório do percentual ora exigido.

Diz que desse modo, resta demonstrada a abusividade da penalidade imposta, que viola o art. 150, inciso IV, da CF/88, sendo absolutamente desproporcional à infração imputada à empresa, que agiu de boa-fé e não pode ser responsabilizada por eventual falha da Fiscalização que, partindo de premissas equivocadas alcançou conclusões distanciadas da realidade fática.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade da autuação, contudo, caso este não seja o entendimento, o que diz admitir apenas para fins de argumentação, requer que a multa imposta seja afastada ou ao menos reduzida pelas razões apresentadas. Requer, ainda, a conversão do feito em diligência, em atenção ao princípio da verdade material. Protesta pela realização de sustentação oral quando da sessão de julgamento.

A autuante prestou Informação Fiscal (fls. 115 a 126). Discorre sobre as alegações defensivas. Assinala que o impugnante informou que recolherá o débito atinente às infrações 2, 3, 4, 5, 8, 9, 10

e 11. Ratifica referidas infrações.

Reporta-se sobre a arguição defensiva de nulidade da autuação por vício material.

Sustenta que as alegações defensivas não procedem, haja vista que às fls. 1 a 7 dos autos, têm as descrições das infrações, 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, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Acrescenta que os anexos foram entregues ao Contribuinte, conforme consta às fls. 72 a 82. Afirma que as planilhas são claras e objetivas, descrevendo as operações com seus respectivos dados.

Observa que as planilhas contêm 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 da infração. Diz que consta nos autos os documentos e provas necessárias. Assinala que a escrita fiscal, NF-e e relação das NFC-e consta no arquivo magnético, fls. 66/67. Observa que os valores exigidos na autuação se basearam nas notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital - EFD, documento gerado pelo próprio autuado. Assevera que em momento algum o impugnante questionou as informações da EFD.

Rechaça a alegação defensiva de que foram desrespeitados os art. 129, § 1º, III, COTEB, Lei nº 3.956/81, art. 142 do CTN e art. 5º, LV, da CF/88. Afirma que a citação do impugnante não prospera, haja vista que o Auto de Infração seguiu o que estabelecem referidos dispositivos legais.

Contesta a alegação defensiva de que houve ilegalidade na medida que utilizou a alíquota de 17% sobre a base de cálculo. Diz que tal alegação não prospera, pois na descrição de infração existe um demonstrativo sintético, enquanto nos anexos o demonstrativo é analítico, evidenciando o valor de forma individualizada de cada operação para calcular o imposto sobre a base de cálculo com alíquota respectiva e redução da base cálculo.

Reporta-se sobre a nulidade da presunção como meio de prova.

Contesta a alegação defensiva de que a fiscalização não solicitou da empresa qualquer apresentação de documentos fiscais e contábeis necessários ao procedimento de fiscalização. Diz que não se faz necessária a solicitação de documentos fiscais, haja vista que com o advento do SPED os dados fiscais (notas eletrônicas e escrituração) já existem no banco de dados da SEFAZ/BA.

Quanto à alegação defensiva de que, faz parte do procedimento prévio, absolutamente imprescindível à constituição do crédito tributário, a intimação do contribuinte para prestar esclarecimentos a respeito de eventuais indícios de irregularidades e que a fiscalização não solicitou os referidos esclarecimentos, afirma que não prospera tal alegação, pois não existe exigência legal para intimação previa ao contribuinte.

Assevera que não houve presunção, porque a Fiscalização tem acesso a NF-e, NFC-e e Escrita Fiscal Digital –EFD e fez a análise da documentação. Diz que não há dúvida quanto ao ilícito praticado, razão pela qual inexistente necessidade de solicitar esclarecimento adicional.

Salienta que apesar disso, foi enviado para o contribuinte *e-mail* solicitando informações, conforme fls. 24/25, assim como, foi intimado para apresentar memória de cálculo do lançamento referente a infração 7, fls. 16 a 18, sendo que o contribuinte não se manifestou.

Quanto à alegação defensiva de que houve ilegalidade na medida que utilizou a alíquota de 18% sobre a base de cálculo e que presumiu que todas as mercadorias vendidas pela empresa se submetem ao regime de tributação normal, afirma que tal alegação não prospera, haja vista que na descrição da infração existe um demonstrativo sintético, enquanto no demonstrativo analítico, resta evidenciando o valor de forma individualizada de cada operação, para calcular o imposto sobre a base de cálculo com alíquota respectiva.

Assevera que não houve cerceamento de defesa. Diz que no Auto de Infração, fls. 1 a 7, consta a transcrição detalhada de cada infração, enquadramento da infração, tipificação da multa e o

indicativo dos demonstrativos utilizados para quantificar o valor da infração de forma detalhada. Observa que nesses relatórios estão diversas informações como data, número do documento, código do produto, descrição do produto, preço, alíquota, base de cálculo e todas as informações necessárias para a demonstração das infrações. Diz que os demonstrativos são baseados nas NF-e e na Escrituração Fiscal Digital – EFD, sendo que tudo foi entregue ao autuado.

Reporta-se sobre a alegação defensiva atinente ao princípio da não cumulatividade.

Observa que o impugnante alega que localizou algumas hipóteses para comprovar a inexistência do creditamento indevido e conseguiu verificar alguns casos que as mercadorias deveriam ter sido tributadas, sendo certo que houve recolhimento do imposto nas respectivas operações de saída e que está levantando a documentação pertinente para comprovar o alegado.

Diz que o impugnante menciona alguns exemplos que analisa, conforme literalmente reproduzido abaixo:

661329 - GRANULADO MESCLADO OETKER 130G – Segundo a impugnante não tem Convênio ou Protocolo. Na realidade granulado, NCM 1806.9000, consta no Anexo 1 do RICMS, item 11.6 para janeiro de 2017 e item 11.7 a partir de fevereiro de 2017 com a descrição - bombons, balas, caramelos, **confeitos**, pastilhas e outros produtos de confeitaria, contendo cacau.

817817 - LUBRIFICANTE WD 40 SPRAY 300M+, NCM 2710.19.32. A impugnante admite que o item está relacionado no Convênio 110/07. A mercadoria consta no Anexo 1 do RICMS, item 6.7.

667356 - TAP BORRACHA CONF BRB SER1 CJ, NCM 4016.99.90. A impugnante admite que o item está relacionado no Protocolo 41/08. A mercadoria consta no Anexo 1 do RICMS, item 1.9 para janeiro de 2017 e item 1.1 a partir de fevereiro de 2017 c/c Protocolo 41/08.

016202 - CALOTA KA 2012 ARO14 GRID, NCM 8708.70.90. A impugnante admite que o item está relacionado no Protocolo 41/08. A mercadoria consta no Anexo 1 do RICMS, item 1.1 c/c Protocolo 41/08.

085098 - CUPIM BOVINO CONGELADO KG, NCM 0202.30.00. Segundo a impugnante não tem Convênio ou Protocolo. Na realidade a mercadoria consta do Anexo 1 do RICMS, item 11.32, com a descrição Carne de gado bovino, ovino e bufalino e demais produtos comestíveis resultantes da matança desse gado frescos, refrigerados ou congelado. Inclusive foi localizada saída como o CFOP 6.411.

159588 - MIST BOLO LARANJA APTI 400G, NCM 1901.20.00. Segundo a impugnante não tem Convênio ou Protocolo. Na realidade a mercadoria consta do Anexo 1 do RICMS, item 11.14.3. Inclusive foi localizada saída como o CFOP 5.405.

Aduz que analisando todos os itens da defesa, os itens dos Doc. 03 - Relação Produtos Não Sujeitos à Substituição Tributária 2017 e Doc. 04 - Relação Produtos Não Sujeitos à Substituição Tributária 2018, encontram-se alguns itens, que apesar de constarem no regime de antecipação tributária, tiveram todas as suas saídas tributadas, sendo os produtos abaixo:

ANO	COD	DESCRIÇÃO
2017	'316979'	CHOCO POWER MICRO BALL 500GR
2017	'522596'	GRANULADO CROC MIL CORES 500G
2017	'649128'	PASTILHAS CHOCOCANDY MINI 500G
2017	'661329'	GRANULADO MESCLADO OETKER 130G
2017	'661364'	GOTA CHOCOLATE OETKER 80G
2017	'662558'	TAPETE BORRACHA AUTOMOTIVO N1
2017	'662584'	TAPETE BORRACHA AUTOMOTIVO N2
2017	'662597'	TAPETE BORRACHA AUTOMOTIVO N3
2017	'667356'	TAP BORRACHA CONF BRB SER1 CJ
2017	'667363'	TAP BORRACHA CONF BRB SER2 CJ
2017	'667384'	TAP BORRACHA STRA BRB SER2 CJ
2017	'667391'	TAP BORRACHA STRA BRB SER3 CJ
2017	'667958'	LAMP LED SYLVANIA AM 9.5W BIV
2017	'817817'	LUBRIFICANTE WD 40 SPRAY 300M+

2018	'316979'	CHOCO POWER MICRO BALL 500GR
2018	'639832'	CALOTA SIENA ARO 14 GRID
2018	'639853'	CALOTA PALIO WEEK ARO 14 GRID
2018	'662558'	TAPETE BORRACHA AUTOMOTIVO N1
2018	'662584'	TAPETE BORRACHA AUTOMOTIVO N2
2018	'662597'	TAPETE BORRACHA AUTOMOTIVO N3
2018	'717525'	CHOCOLATTO 3CORACOES L800P700G
2018	'725029'	TAPETE UNIV LUXCAR BORRAC 4PCS

Salienta que as correções estão nos demonstrativos ANEXO 26 - CRÉDITO INDEVIDO - ST - 2017 – DILIGENCIA e ANEXO 27 - CRÉDITO INDEVIDO - ST - 2018 – DILIGENCIA.

Quanto aos demais itens dos demonstrativos, fls. 26/27, diz que estão sujeitos ao regime de antecipação tributária e que o impugnante não comprovou que os itens restantes tiveram todas as saídas tributadas.

Afirma que a arguição defensiva atinente ao princípio da não cumulatividade não prospera, tendo em vista que para que isto ocorra, existem regras previstas pela legislação que devem ser observadas e cumpridas, porém não foi o que ocorreu no presente caso.

Assevera que a prova que o lançamento tributário está claro é que o impugnante conseguiu exercer seu direito de defesa.

Diz que o impugnante não trouxe nenhum argumento para elidir as infrações 6 e 7.

Reporta-se sobre a alegação defensiva de abusividade da multa.

Diz que o impugnante requer o afastamento das multas aplicadas, por considerar que não há motivos para a manutenção da obrigação principal. Afirma que o requerimento não procede, haja vista que os demonstrativos comprovam as infrações, assim sendo a obrigação principal persiste e não tem justificativa para o cancelamento das multas.

No tocante à alegação defensiva atinente à inconstitucionalidade das multas aplicadas, diz que não cabe, no âmbito de suas atribuições, a discussão sobre entendimento constitucional. Lembra que a Fiscalização não tem competência para afastar a aplicabilidade das penalidades previstas na legislação estadual, bem como para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, inciso I, do RPAF/BA c/c o art. 125, I, da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

Conclusivamente, diz que não cabe, portanto, a análise quanto a alegada exorbitância da multa aplicada nas infrações 1, 6 e 7, na medida em que está em conformidade com a legislação em vigor. Diz que também não é devido o pedido de afastamento ou redução das multas, por falta de previsão legal.

Quanto ao pedido formulado pelo impugnante no sentido de realização de diligência, afirma que não se faz necessária a sua realização, haja vista que todos os elementos necessários para conclusão da procedência das infrações consta do PAF.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O autuado, cientificado da Informação Fiscal em 06/05/2021, via postal, fl.147, protocolizou Manifestação em 26/05/2021, fls. 150 a 152 dos autos, alegando dificuldade de obtenção de novos documentos em face à pandemia COVID-19, no prazo concedido de 10 dias, razão pela qual requer a dilação de prazo por 20 dias.

Diz que caso não seja esse o entendimento, reitera os termos da peça de Defesa inicial, bem como a necessidade de realização de diligência.

VOTO

O Auto de Infração em exame diz respeito a onze infrações a legislação do ICMS imputadas ao

autuado, sendo que as infrações 2, 3, 4, 5, 8, 9, 10 e 11 foram objeto de reconhecimento e pagamento do valor do débito. O impugnante consignou que no tocante às demais infrações não pode concordar com tais acusações, afirmando que a exigência é manifestamente ilegítima e improcedente

No tocante às infrações 2, 3, 4, 5, 8, 9, 10 e 11, por certo que o reconhecimento e pagamento do valor do débito efetuado pelo autuado confirma o acerto da autuação, sendo referidas infrações subsistentes, cabendo homologação do pagamento e, conseqüentemente, a extinção do crédito tributário, na forma do artigo 156, I do Código Tributário Nacional – CTN.

Inicialmente, cabe apreciar as preliminares de nulidades do Auto de Infração, arguida pelo impugnante.

O exame das descrições das infrações constantes no Auto de Infração permite constatar que não assiste razão ao impugnante, haja vista que preservado plenamente o seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

Na realidade, verifica-se que o Auto de Infração em lide contém a identificação, o endereço e a qualificação fiscal do autuado; o dia, a hora e o local da autuação; a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias, de forma clara e precisa; o demonstrativo do débito tributário, discriminando, em relação a cada fato: a data da ocorrência do cometimento ou do fato gerador e a data em que deveria ocorrer o pagamento; a base de cálculo sobre a qual foi determinado o valor do crédito tributário exigido; a indicação dos dispositivos da legislação tributária tidos como infringidos, bem como da multa correspondente.

As planilhas elaboradas pela autuante contêm as informações e dados atinentes às operações realizadas pelo autuado, como data, número do documento, código do produto, descrição do produto, preço, alíquota, portanto, todos os elementos necessários para demonstração das infrações. Conforme muito bem consignado pela autuante, a escrituração fiscal, NF-e e relação das NFC-e consta no arquivo magnético de fls. 66/67, cuja cópia foi entregue ao autuado, assim como os valores exigidos na autuação se basearam nas notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital - EFD, documentos gerados pelo próprio autuado.

Constato que não assiste razão ao impugnante quando sustenta que foram desrespeitados os artigos 129, § 1º, III, COTEB, Lei nº 3.956/81, art. 142 do CTN e art. 5º, LV, da CF/88, haja vista que o lançamento de ofício observou todos os princípios e normas que norteiam a matéria.

Da mesma forma, não vislumbro a ilegalidade aduzida pelo impugnante no tocante aos cálculos realizados pela autuante nos demonstrativos que elaborou, sintético e analíticos.

Verifico, ainda, que não procede a arguição defensiva de que foi utilizada presunção como meio de prova. Na realidade, o levantamento fiscal levado a efeito pela Fiscalização foi fundamentado nos elementos de prova do próprio autuado, no caso notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital - EFD, reitere-se, documentos gerados pelo próprio autuado, descabendo, portanto, falar-se em presunção.

Vale dizer que a autuação não merece qualquer reparo, haja vista que realizada em conformidade com a legislação do ICMS, notadamente com o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, especialmente o seu artigo 39, inocorrendo, no caso, quaisquer das hipóteses previstas no artigo 18 do mesmo diploma regulamentar processual capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício em questão.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida.

No que concerne ao pedido de realização de diligência, considero que os elementos que compõem o presente processo se apresentam necessários e suficientes para formação do meu convencimento e decisão da lide, razão pela qual, com fulcro no artigo 147, I, “a” do RPAF/BA/99, indefiro o pedido.

Quanto ao pedido do impugnante no sentido de dilação de prazo por mais 20 dias, sob a alegação

de dificuldade de obtenção de novos documentos em face à pandemia COVID-19 no prazo concedido de 10 dias, certamente que o momento atual exige que haja uma flexibilização e razoabilidade nos prazos concedidos. Contudo, no presente caso, observo que o autuado fora cientificado da Informação Fiscal em 06/05/2021, via postal, fl.147, portanto, teve tempo suficiente para que pudesse trazer aos autos os novos documentos aduzidos, considerando que apenas nesta data de 27/10/2021, ou seja, após mais de 120 dias, o julgamento está sendo realizado.

Diante disso, resta indeferido o pedido de dilação de prazo para entrega de novos documentos.

No mérito, constato que o impugnante se refere expressamente às infrações 1 e 7 - apesar de na parte introdutória da peça defensiva ter consignado que reconhecia as infrações 2, 3, 4, 5, 8, 9, 10 e 11, e não concordava com às demais infrações, que no caso seriam as infrações 1, 6 e 7.

Quanto às infrações mencionadas expressamente na parte da impugnação que cuida do mérito, no caso infrações 1 e 7, coaduno com o entendimento e resultado apresentado pela autuante na Informação Fiscal atinente à infração 1.

Efetivamente, a análise das alegações defensivas e das contestações da autuante quanto às mercadorias aduzidas pelo impugnante permite constatar que assiste razão a autuante quando sustenta que as mercadorias 661329 - GRANULADO MESCLADO OETKER 130G, NCM 1806.9000; 817817 - LUBRIFICANTE WD 40 SPRAY 300M+, NCM 2710.19.32; 667356 - TAP BORRACHA CONF BRB SER1 CJ, NCM 4016.99.90; 016202 - CALOTA KA 2012 ARO14 GRID, NCM 8708.70.90; 085098 - CUPIM BOVINO CONGELADO KG, NCM 0202.30.00; e 159588 - MIST BOLO LARANJA APTI 400G, NCM 1901.20.00, efetivamente, estão sujeitas ao regime de substituição tributária ou antecipação tributária, haja vista que constantes no Anexo 1 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, cabendo, desse modo, a glosa do crédito fiscal conforme a autuação.

Acolho o entendimento da autuante esposado na Informação Fiscal quanto à análise de todos os itens da Defesa, no caso Doc. 03 - *Relação Produtos Não Sujeitos à Substituição Tributária 2017* e Doc. 04 - *Relação Produtos Não Sujeitos à Substituição Tributária 2018*, haja vista que, conforme constatado pela autuante, apesar de estarem sujeitos ao regime de antecipação tributária, tiveram todas as suas saídas tributadas, no caso os produtos abaixo:

ANO	COD	DESCRIÇÃO
2017	'316979'	CHOCO POWER MICRO BALL 500GR
2017	'522596'	GRANULADO CROC MIL CORES 500G
2017	'649128'	PASTILHAS CHOCOCANDY MINI 500G
2017	'661329'	GRANULADO MESCLADO OETKER 130G
2017	'661364'	GOTA CHOCOLATE OETKER 80G
2017	'662558'	TAPETE BORRACHA AUTOMOTIVO N1
2017	'662584'	TAPETE BORRACHA AUTOMOTIVO N2
2017	'662597'	TAPETE BORRACHA AUTOMOTIVO N3
2017	'667356'	TAP BORRACHA CONF BRB SER1 CJ
2017	'667363'	TAP BORRACHA CONF BRB SER2 CJ
2017	'667384'	TAP BORRACHA STRA BRB SER2 CJ
2017	'667391'	TAP BORRACHA STRA BRB SER3 CJ
2017	'667958'	LAMP LED SYLVANIA AM 9.5W BIV
2017	'817817'	LUBRIFICANTE WD 40 SPRAY 300M+
2018	'316979'	CHOCO POWER MICRO BALL 500GR
2018	'639832'	CALOTA SIENA ARO 14 GRID
2018	'639853'	CALOTA PALIO WEEK ARO 14 GRID
2018	'662558'	TAPETE BORRACHA AUTOMOTIVO N1
2018	'662584'	TAPETE BORRACHA AUTOMOTIVO N2
2018	'662597'	TAPETE BORRACHA AUTOMOTIVO N3

2018 '717525' CHOCOLATTO 3CORACOES L800P700G
2018 '725029' TAPETE UNIV LUXCAR BORRAC 4PCS

Relevante consignar o esclarecimento feito pela autuante no sentido de que, quanto aos demais itens do demonstrativo de fls. 26/27 – demonstrativo este atinente à infração 1 - que estão sujeitos ao regime de antecipação tributária e o impugnante não comprovou que tiveram todas as saídas tributadas foram mantidos na autuação.

Diante disso, a infração 1 é parcialmente procedente, no valor de R\$41.557,72, conforme novos demonstrativos ANEXO 26 - CRÉDITO INDEVIDO - ST - 2017 – DILIGENCIA e ANEXO 27 - CRÉDITO INDEVIDO - ST - 2018 – DILIGENCIA, elaborados pela autuante, acostados aos autos.

Quanto às infrações 6 e 7, o registro feito pela autuante no sentido de que, o impugnante não trouxe nenhum argumento para elidir estes itens da autuação, efetivamente, procede, sendo, desse modo, ambas as infrações subsistentes.

Quanto à alegação defensiva atinente a abusividade da multa de 60%, observo que a multa aplicada se encontra prevista no art. 42 da Lei 7.014/96, não tendo este órgão julgador administrativo fiscal competência para declarar inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, consoante estabelece o art. 167, I do RPAF/99.

No tocante ao pedido formulado pelo impugnante no sentido de que a multa seja afastada ou ao menos reduzida pelas razões apresentadas, cumpre observar esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciação de pedido desta natureza.

Na realidade, a competência para julgar pedidos de dispensa ou de redução de multa referente a obrigação principal ao apelo da equidade é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante estabelece o artigo 176 do RPAF, abaixo reproduzido:

Art. 176. Compete ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF):

[...]

III - através da Câmara Superior, julgar:

[...]

c) em instância única, pedidos de dispensa ou de redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade;

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, ficando o demonstrativo de débito com a seguinte conformação:

INFRAÇÃO	DECISÃO	VALOR LANÇADO (RS)	VALOR JULGADO	MULTA (%)
1	PROCEDENTE EM PARTE	43.767,80	41.557,72	60%
2	RECONHECIDA	655,26	655,26	60%
3	RECONHECIDA	1.319,77	1.319,77	60%
4	RECONHECIDA	33.377,81	33.377,81	60%
5	RECONHECIDA	1.555,88	1.555,88	60%
6	PROCEDENTE	1.261,23	1.261,23	60%
7	PROCEDENTE	88.276,63	88.276,63	60%
8	RECONHECIDA	3.673,91	3.673,91	60%
9	RECONHECIDA	7.457,56	7.457,56	60%
10	RECONHECIDA	2.360,61	2.360,61	60%
11	RECONHECIDA	540,40	540,40	60%
TOTAL		184.246,86	182.036,78	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **274068.0021/20-0**, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA S.A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$182.036,78**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuado.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2021.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR