

PROCESSO - A. I. Nº 247068.0022/20-6
RECORRENTE - MAKRO ATACADISTA S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0136-04/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 27/07/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0163-11/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES COM SAÍDAS SUBSEQUENTES ISENTAS. Não apresenta outra documentação capaz de elidir a acusação, apenas nega o cometimento da infração. Infração comprovada. Não acolhida a arguição preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de realização de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 17/09/2020, o qual 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 contruibuente 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.”.

Após a devida instrução processual, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu:

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 contruibuente 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 contruibuente lançou no REGISTROS FRISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS – OPERAÇÕES PRÓPRIAS, no campo DEMOSNTRTIVO 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.

Irresignado, o sujeito passivo apresentou o presente recurso objetivando a reapreciação da decisão de piso.

Inicialmente informa a tempestividade do recurso e tece um breve relato dos fatos.

Preliminarmente, aduz a nulidade do Auto de Infração por precariedade do trabalho fiscal e cerceamento do direito de defesa. Aponta a nulidade por vício material, uma vez que a descrição dos fatos considerado infrações de obrigações principais e acessórias, não são precisas. Ademais, salienta que não basta uma mera presunção para considerar que houve operação de circulação de mercadorias, sobretudo para imputar acusação de que houve suposto aproveitamento indevido de crédito do imposto.

Defende também em sede preliminar a nulidade por inocorrência da infração e por impossibilidade de utilização de presunção como meio de prova. Aponta que alguns dos produtos apontados 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.

Entende que o direito do creditamento decorre diretamente do referido princípio constitucional justamente porque somente o consumidor final e o contribuinte de fato 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.

No mérito, alega a insubsistência fiscal, tendo em vista que parte das operações autuadas deve ser cancelada, diante da comprovação da existência de itens não tributáveis, uma vez que não há que se falar em eventual recolhimento a menor do imposto. Subsidiariamente, aponta a necessidade de realização de diligência para que ocorra a devida análise e confirmação dos itens não tributáveis, em razão do precário relato dos fatos.

Alega a abusividade da multa imposta e, por fim, requer o provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção, tendo o autuante apresentado o demonstrativo, contendo todas os documentos e informações em meio magnético.

Inicialmente, observo que o contribuinte, em suas razões recursais, tão somente repisou as alegações da defesa inicial, sem trazer qualquer informação ou documentação capaz de alterar a decisão de piso.

De pronto, as preliminares arguidas não merecem prosperar, uma vez que inexistente no presente auto imprecisão da infração ora imputada, bem como qualquer cerceamento de defesa. Vê-se claramente que a infração se encontra devidamente informada e acompanhada dos demonstrativos que a fundamentam. Ademais, a recorrente, em todas as oportunidades, se manifestou, apresentando defesa.

Em relação a alegação de ilegalidade da presunção como meio de prova, denota-se que a fiscalização está lastreada nas notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital – EFD, onde se constatou que o defendente utilizou crédito fiscal de mercadorias cujas saídas internas são isentas, o que afasta, de pronto, a afirmação de presunção.

Ademais, a recorrente aponta a não aplicação do princípio da não cumulatividade para justificar o seu direito ao crédito. Primeiro, como explicou o próprio autuante e replicou a julgadora de piso, a recorrente desconsidera 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.

Segundo, a própria Legislação Estadual, conforme disposto no art. 29, § 4º, inciso II da Lei nº 7.914/96, explica que 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.

Nulidades superadas.

No mérito, a recorrente alega a insubsistência fiscal, tendo em vista que parte das operações autuadas deve ser cancelada, diante da comprovação da existência de itens não tributáveis, uma vez que não há que se falar em eventual recolhimento a menor do imposto. Ora, a documentação inicialmente apresentada e apurada pelo autuante, conforme vislumbrado nos autos, não fazem referência com as operações autuadas e, as que fazem, dizem respeito justamente a mercadorias isentas.

Ademais, em sede recursal, a recorrente traz novamente tal alegação, mas não apresenta outra documentação capaz de elidir a acusação, apenas nega o cometimento da infração. Deste modo, não há nem objeto que possa justificar o pedido de diligência formulado, o qual denego nesta oportunidade.

No pertinente a afirmação de desproporcionalidade, do caráter confiscatório e de inconstitucionalidade da multa, informo que este órgão julgador administrativo não tem competência para apreciar questões relacionadas à constitucionalidade da legislação tributária estadual, conforme disposto no art. 167, I do RPAF-BA.

Assim, diante do quanto exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário, mantendo integralmente a decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **247068.0022/20-6**, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA S.A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$168.466,38**, acrescido da multa de 60%, prevista Art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 02 de junho de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA - RELATORA

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