

PROCESSO - A. I. Nº 274068.0024/17-9
RECORRENTE - MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0148-05/18
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/01/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0371-12/20

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com redução da base de cálculo do imposto. Crédito apropriado mediante a utilização de base de cálculo superior ao previsto na legislação tributária. Não realização de estorno do crédito excedente. Não há nos autos quaisquer elementos probatórios, capazes de obliterar a imputação fiscal. Não elidida a presunção de legitimidade da autuação prevista no Art. 143 do RPAF/BA. Autuante revisa ação fiscal, reduzindo o valor do lançamento. MULTA CONFISCATÓRIA: Não compete aos órgãos administrativos de julgamento a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. Exame desta matéria compete ao Poder Judiciário. EXCLUSÃO OU REDUÇÃO DA MULTA: Não acolhida, em razão da ausência de previsão legal. O § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, somente prevê a possibilidade de redução ou cancelamento para as multas aplicadas por descumprimento de obrigações acessórias. NULIDADE: Nulidade do lançamento não acolhida por ausência dos pressupostos do Art. 18 do RPAF/BA. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão de piso que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 14/12/2017, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$96.490,54, com a seguinte imputação:

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. 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 sem fazer o estorno de crédito. Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS, Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético e NF-e. Tudo conforme com o ANEXO 1 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA COM REDUÇÃO, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

O Contribuinte foi notificado do Auto de Infração e apresentou impugnação às fls. 46/47. Na informação fiscal prestada às fls. 181-A/199, a Autuante trouxe suas alegações. Em nova manifestação do contribuinte, fls. 202/213, reitera os principais argumentos apresentados na Impugnação e, em resposta, a autuante volta a apresentar nova informação fiscal às fls. 202/213. A JF julga pela Procedência Parcial do Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de apenas uma infração, detalhadamente exposta no Relatório acima, o

qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Na peça defensiva, a Autuada impugna o lançamento, arguindo: (i) a nulidade da autuação em razão de ausência de descrição clara e precisa da infração; (ii) a inocorrência da infração tendo em vista que a autuação foi lavrada baseada na mera presunção, e que ao contrário das alegações, todo creditamento foi realizado nos exatos termos da legislação tributária, não havendo qualquer prejuízo ao erário; (iii) a ilegalidade da presunção como meio de prova, uma vez que o contribuinte que procede de acordo com a legislação não precisa demonstrar sua boa-fé; e (iv) a abusividade da penalidade aplicada.

Após análise dos elementos que compõem o presente PAF, não acolho as preliminares de nulidade apresentadas na Impugnação, pois entendo que: (i) a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível; (ii) foram determinados, com segurança, a infração e o infrator; (iii) foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; e (iv) não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Portanto, o mesmo está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV, do Art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Os demonstrativos que embasaram o lançamento estão apensados às fls. 06/11 e 188/199, além de contidos na mídia de CD inserida à fl. 12, e detalham a metodologia aplicada para apuração do valor exigido. Documentos que foram entregues ao contribuinte por ocasião da ciência da autuação e da cientificação da Informação Fiscal.

Nestes Demonstrativos restou evidenciado que a autuação se deu em razão da constatação de apropriação indevida, pelo Contribuinte, de crédito fiscal de ICMS de mercadoria com saída subsequente beneficiada com redução da base de cálculo, mediante a utilização de base de cálculo superior ao estabelecido na legislação, sem fazer o estorno de crédito, caracterizando a existência de motivação necessária para a efetuação do Lançamento de Ofício pelo Autuante.

Observo que o Sujeito Passivo produziu suas Peças Defensivas, conforme acostadas ao processo às fls. 17/180 e 201/213, nas quais abordou questões de mérito, sem esbarrar em obstáculos que pudessem impedi-lo de desenvolver sua tese defensiva, não havendo, portanto, que se falar em ausência de descrição clara e precisa da infração, e conseqüentemente, em ausência de contraditório e cerceamento do direito de defesa.

Ademais, saliento que eventuais omissões ou incorreções e a não observância de exigências formais da legislação não acarretam nulidade, desde que seja possível se determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, conforme dispõe o § 1º, do art. 18 e o “caput” do art. 19 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Não acolho também a alegação perpetrada pelo Contribuinte de que a autuação foi lavrada baseada na mera presunção, visto que as irregularidades constatadas pela Fiscalização à luz da legislação tributária, estão demonstradas nos Anexos I e II, os quais deram suporte ao presente lançamento, e estão acostados ao PAF, às fls. 06/11 e 188/199, além de contidos na mídia de CD inserida à fl. 12, contendo todos os elementos que comprovam o cometimento da infração, elementos estes que foram obtidos na EFD do Contribuinte. Entendo que o lançamento não se baseou em meras presunções, não havendo, portanto, razão para se falar na ilegalidade da presunção como meio de prova.

Quanto ao pedido da Defendente para a realização de diligência e produção de prova pericial a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor, entendo não haver necessidade de remessa do PAF para realização de diligências saneadoras, por entender que estão presentes nos autos elementos de prova suficientes para que este Relator possa proferir a sua decisão. Neste ponto, especificamente, destaco as disposições da alínea “b”, do art. 147, inciso I do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), que orienta o indeferimento do pedido de diligência quando for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal, ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, o que não o fez.

“RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99)

(...)

Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;

b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;

(...)”

Na sequência, em relação ao mérito, a Impugnante se defende alegando que:

(a) Observa todas as regras previstas na Lei Complementar nº 87/96 para aproveitamento dos créditos de ICMS, que está amparada pelas disposições do art. 32, I, do CTE.

(b) De modo a comprovar a tributação integral das saídas tributáveis de mercadorias proporcionalmente ao creditamento das suas entradas, juntou relatório (doc. nº 04, de fls. 64/179) com indicação específica dos valores creditados, bem como do montante indicado no cupom fiscal e recolhido em cada nota fiscal, que comprova inequivocamente que não há que se falar em omissão de recolhimento de ICMS ou em qualquer prejuízo ao erário, pois todo valor do crédito fiscal foi devidamente recolhido na operação de saída subsequente, utilizando-se a mesma alíquota do creditamento supostamente tido por indevido.

Passo então ao exame dos argumentos acima colocados, mediante as considerações a seguir consignadas:

É fato que os arts. 28 e 29 da Lei nº 7.014/96, asseguram o direito de crédito do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria. Contudo, salvo determinação em contrário da legislação, veda sua apropriação quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior.

“LEI Nº 7.014/1996

(...)

Art. 28. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e legest_1996_7014_icmscomnotas.doc intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este Estado ou por outra unidade da Federação.

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:

(...)

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

(...)

§ 5º Deliberação dos Estados e do Distrito Federal, na forma da Lei Complementar nº 24, de 7 de janeiro de 1975, poderá dispor que não se aplique, no todo ou em parte, a vedação prevista no parágrafo anterior.

(...)”

Complementarmente, o art. 312, §1º do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, estabelece que na hipótese da operação subsequente ocorrer com redução da base de cálculo, o crédito deve ser estornado proporcionalmente à redução, sendo que, havendo fixação expressa da carga tributária, o estorno será em relação ao percentual destacado na nota fiscal que exceder ao da carga tributária definida na legislação para a operação subsequente, com a mercadoria ou com o produto dela resultante. Estabelece ainda a legislação que a escrituração fiscal do estorno de crédito será feita mediante emissão de documento fiscal, cuja natureza da operação será “Estorno de crédito”.

“RICMS/BA - DECRETO Nº 13.780/2012

(...)

Art. 310. É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

(...)

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

(...)

Art. 312. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

(...)

§ 1º Quando a operação ou prestação subsequente ocorrer com redução da base de cálculo, o valor do estorno será proporcional à redução, sendo que, havendo fixação expressa da carga tributária, o estorno será em relação ao percentual destacado na nota fiscal que exceder ao da carga tributária definida na legislação para a operação subsequente com a mercadoria ou com o produto dela resultante;

§ 2º A escrituração fiscal do estorno de crédito será feita mediante emissão de documento fiscal, cuja natureza da operação será “Estorno de crédito”, explicitando-se, no corpo do referido documento, a origem do lançamento, bem como o cálculo do seu valor, consignando-se a respectiva importância no Registro de Apuração do ICMS, no último dia do mês, no quadro “Débito do Imposto - Estornos de Créditos”.

(...)

Destarte, em relação à afirmação da Autuada de que observa todas as regras previstas na Lei Complementar nº 87/96 para aproveitamento dos créditos de ICMS, e que estaria amparada pelas disposições do art. 32, I do CTE, entendo que a esta não assiste razão. Observo que não há no PAF, documentos ou quaisquer outros elementos probatórios que comprovem a adoção pelo Contribuinte, dos procedimentos definidos pelos dispositivos legais acima reproduzidos, que sejam competentes para obliterar a imputação fiscal, descrita nos parágrafos acima. Na dicção do Art. 123, §5º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), caberia à Autuada apresentar provas capazes de elidir a exigência fiscal, na fase de Impugnação do Lançamento.

“RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99)

(...)

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração no prazo de sessenta dias, contados da data da intimação.

(...)

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

(...)

Ademais, o art. 29, §4, II da Lei nº 7.014/96, acima reproduzido, repete a regra inserida no art. 20, §3º, II da mencionada LC, e o art. 32, I do CTE foi revogado tacitamente pela Lei nº 4.825/89.

“LC Nº 87/1996

(...)

Art. 20. 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.

(...)

§ 3º É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

(...)

II - para comercialização ou prestação de serviço, quando a saída ou a prestação subsequente não forem tributadas ou estiverem isentas do imposto, exceto as destinadas ao exterior.

(...)

No tocante ao argumento defensivo, apresentado pelo Sujeito Passivo, de que não há de se falar em omissão de recolhimento de ICMS ou em qualquer prejuízo ao erário, vez que todo o valor do crédito fiscal fora devidamente recolhido na operação de saída subsequente, mediante a utilização da mesma alíquota do creditamento, conforme tenta demonstrar por intermédio do relatório (doc. nº 04), inserido na Peça Impugnatória, às fls. 64/179, concluo pelo não acatamento do mesmo, ao constatar que também não há no PAF qualquer documento hábil que comprove os procedimentos supostamente adotados pelo Contribuinte.

Assim, considerando que nenhuma prova documental foi apresentada nas Peças de Defesa interpostas (fls. 17/180 e fls. 202/213), capazes de dar sustentação à argumentação defensiva apresentada pela Impugnante, especialmente aos demonstrativos (doc. nº 04), inseridos às fls. 64/179, entendo que houve apenas a negativa de cometimento da infração, fato que, à luz do disposto no Art. 143 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), não desonera o Contribuinte de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

(...)

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a

presunção de legitimidade da autuação fiscal.
(...)

Concluo, portanto, pela manutenção do lançamento do crédito tributário em lide, acolhendo a revisão levada a efeito pela Autuante em sede de Informação Fiscal, conforme consubstanciada nos demonstrativos de fls. 188/199, denominados de “ANEXO 2 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA COM REDUÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL”, cujo resumo segue abaixo:

DATA OCORR.	VALOR ORIGINAL	VALOR REVISADO
31/01/2013	7.088,22	2.771,92
28/02/2013	6.064,89	4.256,99
31/03/2013	7.406,13	5.121,91
30/04/2013	23.553,74	11.669,51
31/05/2013	2.735,42	899,00
30/06/2013	6.839,63	4.863,11
31/07/2013	2.847,77	187,45
31/08/2013	7.504,74	5.575,06
30/09/2013	8.953,99	5.536,12
31/10/2013	10.918,70	5.348,78
30/11/2013	6.572,44	4.869,93
31/12/2013	6.004,87	4.653,16
TOTAL	96.490,54	55.752,94

No que tange às alegações defensivas relativas à suposta abusividade e natureza confiscatória da multa lançada no Auto de Infração, no percentual de 60%, em se considerando que a mesma está prevista no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, não acolho a postulação defensiva. Não estão inclusos no campo de competência dos órgãos administrativos de julgamento, a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. É o que prescreve o art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Saliento, todavia, que essa matéria poderá ser submetida ao Poder Judiciário por intermédio de ações próprias.

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

- I - a declaração de inconstitucionalidade;*
 - II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.*
 - III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.*
- (...)”*

Com referência ao pedido de afastamento ou redução da multa de 60% aplicada ao caso, compete dizer que também não acolho, em razão da ausência de previsão legal. O § 7º, do art. 42 da Lei 7.014/96, somente prevê a possibilidade de redução ou cancelamento para as multas aplicadas por descumprimento de obrigações acessórias. No presente caso, a aplicação da multa em comento, se deu por descumprimento de obrigação principal. Destaco, contudo, que a multa por descumprimento de obrigação principal prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60% do valor do imposto não recolhido, está sujeita às reduções de valores estabelecidas no art. 45 da mesma Lei, desde que o contribuinte efetue o recolhimento ou pague débito apurado, nos prazos previstos na referida norma legal.

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

Pelas razões acima expostas, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

*Nas razões recursais apresentadas nas fls. 244/249, fala sobre a **nulidade de vício material do Auto de Infração**, onde diz que a Decisão recorrida afirma equivocadamente, que o Auto de Infração estaria “revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV, do Art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento”.*

*Explica que ao contrário do aduzido pela r. decisão recorrida, a **descrição do fato gerador** contida no mencionado auto de infração não deixa clara a razão que teria motivado a D. Fiscalização Estadual a demandar da Recorrente a referida quantia, limitando-se a indicar sinteticamente a suposta utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, o que viola frontalmente os arts. 142 do CTN e 129, §1º, III do CTE.*

Lembra 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, tendo 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, pois tal descrição genérica afeta diretamente a defesa, tendo em vista que restou à Recorrente a insólita tarefa de presumir as razões das supostas ilegalidades, o que inequivocamente viola o direito ao contraditório e à ampla defesa, plenamente assegurados no art. 5º, LV da CF/88.

Ressalta que o entendimento do E. STJ já apontado anteriormente na peça inicial, de que a presunção da legitimidade que goza o lançamento administrativo não dispensa a Fazenda Pública do seu dever de demonstrar de forma totalmente clara e precisa tanto a descrição do fato gerador, quanto a metodologia utilizada para o arbitramento dos valores e das multas. Portanto, em razão vício material demonstrado e à luz do direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como da jurisprudência acima descrita, a Recorrente pugna pelo acolhimento da preliminar de nulidade absoluta do lançamento tributário consubstanciado no Auto de Infração ora impugnado pois, tanto o seu teor como a sua instrução carecem de descrição clara e precisa dos elementos de fato que teriam ensejado a autuação.

Alega ser abusiva a multa aplicada, pois a decisão recorrida se limitou a afirmar que o percentual de 60% decorre da mera obediência à Lei Estadual nº 7.014/96, não sendo competência dos órgãos administrativos de julgamento, a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Esclarece que, ao contrário do aduzido, a Recorrente não busca que este E. Conselho se pronuncie acerca da ilegalidade ou inconstitucionalidade da referida norma. A pretensão da Recorrente se restringe tão somente à redução do percentual, tendo em vista que, com base na jurisprudência dos E. Tribunais Superiores, o patamar de 60% é inequivocamente abusivo.

Afirma ser preciso admitir que a referida multa é absolutamente desproporcional, caracterizando verdadeiro confisco, na medida em que corresponde a mais da metade do valor do próprio tributo que, como já demonstrado, é indevido. 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. Nessa mesma linha, vale lembrar que o art. 3º do CTN estabelece que o tributo é uma prestação pecuniária que não constitui sanção por ato ilícito.

Pontua que o entendimento jurisprudencial do E. STF se firmou no sentido de que configura intuito confiscatório a multa aplicada em alíquota acima de 30% do valor do imposto não recolhido (Voto da relatora, STF, EDcl no AI nº 805.745/PR, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 27.06.2012). Junta entendimento do próprio E. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia no sentido da ilegalidade da aplicação de multa com caráter abusivo e que extrapola os limites do razoável (Apelação, Processo nº 0341497-15.2014.8.05.0001, Rel. Des. Carmem Lucia Santos Pinheiro, 5ª Câmara Cível, DJ 27.07.2016).

Requer a sua redução para patamares razoáveis e proporcionais. Solicita por produção de prova pericial, sendo que a decisão recorrida não acolheu o pedido da Recorrente de realização de perícia ou diligência por entender que *“estão presentes nos autos elementos de prova suficientes para que este Relator possa proferir a sua decisão”*. Todavia, é nítido que tal conclusão viola manifestamente o direito constitucional da Recorrente ao contraditório e à ampla defesa, bem como o devido processo legal.

Requer, novamente, que seja determinada a realização de diligência e produção de prova pericial, por meio da qual, a partir da análise do seu rigoroso sistema de controle de estoques e livros fiscais, restará comprovado inequivocamente que não pode ser compelida a recolher os débitos de ICMS que lhe estão sendo imputados.

Conclui solicitando o Provimento total do Recurso Voluntario.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado com previsão legal no art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99, tendo a 5ª JJF julgado Procedente em Parte o presente Auto de Infração em lide, lavrado em 14/12/2017, onde formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$96.490,54, atualizado para R\$55.752,94 mais multas de 60%, em decorrência da desoneração parcial do auto de infração imputado.

O presente PAF lavrado impõe a imposição da cobrança sobre *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto”*, verifica-se ainda que o recorrente usou este crédito imputado com saída beneficiada com a redução da base de cálculo em valor superior ao estabelecido na legislação e sem fazer o estorno de crédito.

Nas suas razões recursais apresentadas rechaça tão somente as mesmas alegações já apresentadas na fase inicial, em especial, nulidade/mérito:

- nulidade de vício material do Auto de Infração por falta de descrição do fato gerador, onde diz que a infração não está clara em razão a motivação da Fiscalização Estadual, limitando-se a indicar sinteticamente a suposta imputação já descrita acima, violando os arts. 142 do CTN e 129, §1º, III do CTE e afirma que a presunção posta na autuação e a metodologia utilizada é arbitrária em relação aos valores e as multas descritos, computando assim, vício material;
- suscita violação ao direito ao contraditório e à ampla defesa, conforme o art. 5º, LV da CF/88;
- alega que a multa abusiva, desproporcional, caracterizando confisco, conforme preceitua o art. 150, IV da CF/88 que determina ser vedado tal aplicação;
- solicita pela realização de perícia e/ou diligência para análise do sistema de controle de estoques e livros fiscais.

Feito o resumo da peça recursal, passo a adentrar cada uma delas. Quanto a alegação de nulidade por vício material na falta de descrição do fato gerador, não vejo como acolher esta afirmação, pois a JJF já descreveu que os autos estão devidamente compulsados pela legalidade e verifiquei que o patrono do recorrente entendeu inteiramente sobre a autuação, pontuando todos os fatos, tanto que a Decisão de piso acolheu o valor reduzido pela fiscal autuante, no qual se verificou que fora refeito o demonstrativo, refazendo os valores em: *“(i) manter apenas os produtos sujeitos à redução da base de cálculo na saída; e (ii) corrigir a alíquota da coluna “H”*”, assim, as correções denominaram o demonstrativo como *“ANEXO 2 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA COM REDUÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL”*, (fls. 188/199).

Reedito falas do voto condutor de primo grau, pois sustenta que os autos estão revestidos das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV, do Art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento. Trago também que a autuação não violou o direito ao contraditório conforme alega a recorrente, sendo que a mesma, evidenciou o que os autos constam *“...o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos”*, devidamente claros e, após verificação, não encontrei erro na apuração, confirmando que o contribuinte se creditou realmente de valores superiores ao permitido.

Destaco novamente, que não vejo como acolher tais nulidades, mantenho a decisão neste ponto.

Pulando para alegação de perícia e/ou diligência, não concordo, pois a autuante, em seu dever, reduziu o valor, fazendo ela a própria perícia/diligência, quando vieram as alegações defensivas na fase inicial, percebeu algumas incongruências que foram devidamente acatadas e apuradas, tendo assim, reduzindo o valor de R\$96.490,54 para o valor de R\$55.752,94 para, contudo, julgar a

JJF pela Procedência Parcial do Auto de Infração, conforme o demonstrativo descrito na decisão de piso.

Diante da verdade material aflorada do processo após das correções do autuante teve a razão acolher o demonstrativo, não vejo como também não proceder de mesmo modo, pois a recorrente em suas razões teve a oportunidade de fazer uso de seu direito para trazer provas que pudessem elidir a acusação, como não fez, não tenho como prover seu pedido. Acompanho a decisão de piso em relação a materialidade do Auto de Infração.

Para o pedido de redução multa ou cancelamento, até encontro razão, com todas as jurisprudências destacadas em sua apelação, no entanto, este colegiado não tem mais competência para este fato da redução ou cancelamento, conforme legislação editada em dezembro de 2019 - Art. 167, inciso I do RPAF/BA.

O contribuinte ainda tem oportunidade de reduzir a multa de 60% (art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96) antes da inscrição da dívida ativa para o patamar de 35%, conforme o art. 45 da mesma Lei, desde que o contribuinte efetue o recolhimento ou parcele débito apurado, nos prazos previstos na referida norma legal. Também no mesmo artigo citado, o contribuinte teve oportunidade de fazer jus de outros percentuais de redução do valor da multa.

Assim, com todos fatos abordados, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, mantendo a decisão recorrida em sua inteireza.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 274068.0024/17-9, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA SOCIEDADE ANÔNIMA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$55.752,94**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de Dezembro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS