

A. I. Nº - 274068.0009/20-0
AUTUADO - MAKRO ATACADISTA S.A.
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06/07/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0086-02/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO INDEVIDO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. A acusação fiscal perfeitamente caracterizada. As arguições defensivas não lograram relativizar a exigência fiscal. Afastado o pleito de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Infração subsistente. Infrações 02 a 09 não foram objeto de impugnação. Infrações subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 15/06/2020 e se refere à cobrança de ICMS no valor de R\$82.893,00, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 – 01.02.05 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária. Tudo conforme o ANEXO 1 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA ST, 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. Valor histórico **R\$ 45.703,26** (quarenta e cinco mil setecentos e três reais e vinte e seis centavos).

Infração 2 – 01.02.26 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saída subsequentes beneficiadas com isenção ou redução da do imposto. O contribuinte utilizou indevidamente credito 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. 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 2 - CRÉDITO INDEVIDO - ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO e ANEXO 3 - DEMONSTRATIVO DE LANÇAMENTO DE ESTORNO, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte. Valor histórico R\$ 1.338,26 (um mil trezentos e trinta e oito reais e vinte e seis centavos).

Infração 3 – 01.02.40 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documentos(s) fiscal(is). O contribuinte lançou nos REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS valores superiores aos destacados nos documentos fiscais. 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 4 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ICMS LANÇADO NA EFD MAIOR QUE NF-e, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte em meio magnético. Valor histórico R\$ 32.281,89 (trinta e dois mil duzentos e oitenta e um reais e oitenta e nove centavos).

Infração 4 – 01.02.40 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documentos(s) fiscal(is). O contribuinte lançou crédito utilizando alíquota com valor divergente ao que estabelece a legislação, implicando em crédito superior ao devido. 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 ANEXO 5

- DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregues a contribuinte em meio magnético. Valor histórico R\$ 1.456,45 (um mil quatrocentos e cinquenta e seis reais e quarenta e cinco centavos).

Infração 5 – 01.02.40 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is). 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. 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 ANEXO 6 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ERRO DE CÁLCULO (ALIQ x BASE), que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte em meio magnético. Valor histórico R\$ 479,73 (quatrocentos e setenta e nove reais e setenta e três centavos).

Infração 6 – 01.02.42 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. O contribuinte foi citado através da Intimação 3, para apresentar os documentos fiscais para comprovar o direito ao crédito. O contribuinte não se manifestou. Anexos: Intimação 3, 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. Tudo conforme o ANEXO 7 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - NF-e NÃO APRESENTADA, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte em meio magnético. Valor histórico R\$ 331,81 (trezentos e trinta e um reais e oitenta e um centavo).

Infração 7 – 01.02.42 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. O contribuinte lançou nos REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS documento cancelado. 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. Tudo conforme o ANEXO 8 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - NF-e CANCELADA que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte em meio magnético. Valor histórico R\$ 6,01 (seis reais e um centavo).

Infração 8 – 01.03.12 – Utilizou crédito fiscal do ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação. 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 9 a 15 e anexos, 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). Valor histórico R\$ 435,59 (quatrocentos e trinta e cinco reais e cinquenta e nove centavos).

Infração 9 – 16.03.01 – Deixou de apresentar Documento(s) Fiscal(is), quando regularmente intimado. O contribuinte foi notificado através da intimação 4 informar os fatores de conversão. O contribuinte não atendeu a intimação 4. Valor histórico R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais).

Constata-se que tempestivamente a Autuada apresentou impugnação ao lançamento através dos documentos constantes às fls. 75 a 84v, quando apresentou o arrazoadado de defesa relatado a seguir.

A defesa inicia a peça defensiva discorrendo sobre a sua tempestividade, descreve os fatos e as infrações imputadas e aponta como primeira preliminar que disse extinguir a exigência quanto às infrações 02 a 09, em função de sua alegada quitação integral.

Prosseguindo, sob o tópico “III.2- DA NULIDADE POR VÍCIO MATERIAL – PRECARIIDADE DO TRABALHO FISCAL – CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA”, arguiu nulidade, tendo em vista considerar que a Fiscalização Estadual formalizou de maneira equivocada e indevida a exigência de tributo, além do fato de que a infração descrita nas peças infracionais não é precisa. Fato que

afirmou se tratar de inequívoco vício material que macula irremediavelmente o lançamento.

Fundamentou evocando o art. 142 do CTN e art. 129 do CTE, dizendo que 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; e (IV) a disposição legal infringida e a penalidade aplicável; (V) a intimação para o pagamento do débito com multa reduzida ou para a apresentação de impugnação administrativa, com indicação do prazo e seu início. Trouxe doutrina e jurisprudências.

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

Afirmou que da leitura da infração e do respectivo demonstrativo de débito pode-se verificar que a acusação trata da suposição de que a Impugnante “*efetuiu recolhimento a menor do ICMS*”, enquanto é cobrado o valor cheio da alíquota no percentual de 17%.

Entende que se a Impugnante aplicou a alíquota diversa, a Fiscalização, então, deveria apenas ter cobrado a suposta diferença, caso devida. Disse que isso denota uma confusão por parte da Fiscalização Estadual, sobretudo em definir a infração cometida, diante da incoerência da fundamentação legal, daí requer a declaração de nulidade e o consequente cancelamento das autuações fiscais, a teor do que dispõe o artigo 18 do RPAF:

"Art. 18. São nulos: (...).

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

III - as decisões não fundamentadas; (...).".

Asseverou ser inegável que, além do sintético fundamento apresentado pela Fiscalização Estadual como descrição da infração, não há no restante da notificação fiscal qualquer indicação ou demonstração das premissas que teriam sido averiguadas para infirmar o recolhimento a menor do imposto, tampouco a comprovação cabal dessa ocorrência.

Pontua 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.

Rematou 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.

Passando ao tópico “*IV- DO INEQUÍVOCO DIREITO AO CRÉDITO (PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE)*”, disse ter se valido da imprecisa descrição dos fatos contida no Auto de Infração como recurso para exercer: (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.

Neste contexto, a Impugnante disse que buscou localizar algumas hipóteses para comprovar a inexistência de creditamento indevido e conseguiu verificar alguns casos que entende levaram à equivocada interpretação da Fiscalização Estadual.

Afirmou ter constatado que as mercadorias deveriam ter sido tributadas, sendo certo que houve o devido recolhimento do imposto nas respectivas operações de saídas. Nesse sentido, adiantou que está levantando a documentação pertinente para comprovar o alegando, quando demonstrará a inconsistência da infração lavrada, na medida em que parte da premissa equivocada de que houve suposto creditamento indevido.

Asseverou que a Impugnante não pode concordar com a autuação, pois observa todas as regras previstas na Lei Complementar nº 87/96 para aproveitamento dos créditos de ICMS. Destacou que o direito da Impugnante ao creditamento integral do ICMS incidente sobre a aquisição de mercadorias

destinadas ao consumidor final, decorre do princípio da não-cumulatividade previsto no art. 155, § 2º da CF/88.

Acusou haver falta de tipicidade da conduta considerada, e afirmou que a Impugnante não cometeu a infração pela qual foi acusada porque apurou e utilizou o crédito fiscal nos exatos termos em que permitido pela lei. Salientou que a Impugnante realizou o recolhimento integral abatendo exatamente o valor creditado, de modo que não há de se falar em qualquer creditamento a maior ou prejuízo ao erário - pelo contrário, foi recolhido valor aos cofres públicos quando sequer haveria tal obrigação.

Rematou haver demonstrado a necessidade de cancelamento do auto de infração e pugnou pela conversão do feito em diligência, em prol da verdade material.

Passando ao tópico “IV - DA ABUSIVIDADE DA MULTA IMPOSTA”, asseverou se tratar de abusividade a aplicação de penalidade de 60% do valor do imposto apurado em cada operação.

Afirmou que a penalidade imposta, nos termos do art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, pressupõe ausência de recolhimento tempestivo do ICMS que, como já demonstrado, foi integralmente recolhido no momento das saídas e, portanto, a referida penalidade seria inaplicável ao presente caso.

Acrescentou também 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. A esse respeito, evocou o art. 150, IV, da CF/88 que determina que é vedado à União, Estados, Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco.

Lembrou que o art. 3º do CTN estabelece que o tributo é uma prestação pecuniária que não constitui sanção por ato ilícito. E por esse motivo, defende que o tributo não pode ser utilizado para punir, da mesma forma que as sanções não podem ser utilizadas como instrumentos de arrecadação disfarçados. Afirmou 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.

Salientou que no presente caso, não houve falta de recolhimento integral de imposto por parte da Impugnante ou qualquer outra infração cometida que tivesse causado danos ao Erário Público e que justificasse a aplicação de penalidade tão grave.

Nesse sentido, pontuou que o E. STF, após definir em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade que são abusivas as multas tributárias que ultrapassem o percentual de 100% (ADI nº 1.075-MG), tem reiteradamente aplicado esse entendimento em inúmeros julgados mais recentes, de ambas as suas Turmas.

Destaca que o patamar de 100% é um limite máximo, o que não implica que a redução do percentual da multa imposta deva, necessariamente, ser fixado nesse percentual.

No tópico “V - DOS PEDIDOS” requer que a exigência fiscal seja cancelada, em razão da nulidade da autuação, diante da ausência de descrição clara e precisa da infração e da utilização de mera presunção como prova.

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

Por fim, protesta também pela realização de sustentação oral quando do julgamento da presente defesa pela Junta De Julgamento Fiscal Do Conselho Da Fazenda Do Estado Da Bahia.

A Autuante apresentou a sua informação fiscal às fls. 139 a 145. Asseverou que as alegações quanto à nulidade por falta de clareza da acusação fiscal, não procede, pois nas folhas 1 a 5 especificou a descrição da infração, inclusive com descrição complementar, de forma clara e completa com o devido enquadramento e tipificação da multa aplicada.

Disse ainda que atendeu o que determina o art. 18 do RFAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e os anexos foram entregues ao contribuinte conforme folhas 109 a 135 (cópias anexadas pela própria

defendente) e arquivos conformes folhas 51 e 52. As planilhas são claras e objetivas, descrevendo as operações com seus respectivos dados.

Pontuou que nas planilhas entregues à Impugnante contém diversas informações das operações como data, número do documento, código do produto, descrição do produto, preço, alíquota e todas as informações necessárias para a demonstração da infração.

E que constam no auto os documentos e provas necessárias, bem como a escrita fiscal e notas fiscais constantes no arquivo magnético, folhas 51 e 52. Afirmou que os valores reclamados na autuação se basearam nas notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital - EFD, documento gerado pela própria autuada. Rematou que em momento algum a impugnante questionou as informações da EFD.

Registrou também que na descrição da infração existe um demonstrativo sintético, enquanto nos anexos o demonstrativo é analítico, evidenciando o valor de forma individualizada para cada operação, com a alíquota aplicada pela recorrente, imposto lançado pela recorrente.

No tópico “3 – *PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE*” disse que tal alegação não prospera, pois o direito ao crédito a despeito deste princípio da não cumulatividade deve obedecer as regras prescritas pela legislação do ICMS.

Disse também que a defesa não apresentou nenhum caso concreto que pudesse elidir a acusação fiscal.

Ao tratar do tópico “4 - *A ABUSIVIDADE DA MULTA APLICADA*”, repisou que a impugnante solicitou o afastamento das multas aplicadas, por considera que não há motivos para a manutenção da obrigação principal.

Disse que o requerimento da defendente não procede, já que os demonstrativos comprovam a infração, logo a obrigação principal persiste e não tem justificativa para o cancelamento das multas.

Quanto ao pedido alternativo de que caso a multa não fosse afastada ao menos seja reduzida, pois considera a multa de 60% desproporcional, importando em confisco, explicou que não cabe, no âmbito de suas atribuições, a discussão sobre entendimento constitucional, posto que deve obediência ao RICMS/BA, por responsabilidade funcional.

Acrescentou que a possibilidade de dispensa, ou redução, de imposição de penalidade que se encontrava prevista no § 7º do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, foi revogado pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19 e mesmo assim se referia as multas por descumprimento de obrigações acessórias e exigia do sujeito passivo a comprovação de que não houvesse implicado falta de recolhimento do ICMS, o que não foi comprovado pelo impugnante, além de se tratar de multa do descumprimento de obrigação principal. Por estes motivos afirmou que a multa deve ser mantida.

Por tudo quanto expôs, rematou pela manutenção da ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário apurado nas infrações, visando salvaguardar os interesses públicos, esperando dos membros deste Egrégio Colégio um julgamento exemplar pela procedência do presente auto.

À fl. 149 consta missiva da defesa que apresenta o anexo (doc. 01) fls. 150 e 151 relativo ao DAE no valor de R\$50.463,44, que disse comprovar o recolhimento da parte incontroversa do auto de infração relativa às infrações 02 a 09. E (doc. 02) fls. 152v a 198v que disse comprovar precariedade da autuação baseada no suposto creditamento indevido do imposto.

Presente na sessão o adv. Dr. Otávio de Abreu Caiafa - OAB SP 400.056. Na assentada o Patrono esclareceu que a planilha constante das fls. 152v a 198v que foi apresentada em anexo à sua missiva constante da fl. 149, se tratava do relatório de saídas das mercadorias que foram objeto da autuação mas que teriam sido tributadas pelas saídas.

É o relatório.

VOTO

Este Processo Administrativo Fiscal tem por peça vestibular o lançamento de crédito tributário para exigência de ICMS em função da suposta apuração de 09 (nove) infrações que repercutiram em recolhimento a menos do ICMS devido.

De início devo registrar que não houve resistência com relação às infrações 02 a 09, restando portanto examinar apenas a resistência da Impugnante em relação à infração 01 que trouxe a acusação de que houve utilização de indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária.

De início devo registrar que indefiro o pedido de diligência, pois considero constar dos autos todos os elementos necessários à perfeita cognição sobre o feito.

Cabe preliminarmente examinar a arguição de nulidade ofertada pela defesa em face da infração 01, única resistida, de maneira que passo a enfrentar as arguições sob o tópico da peça contestatória “III.2 - DA NULIDADE POR VÍCIO MATERIAL - PRECARIIDADE DO TRABALHO FISCAL - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA”.

Antes de adentrar ao exame da tese defensiva cabe descartar *ab initio* a alegação de que o trabalho fiscal se apresenta precário de forma a suscitar a possibilidade de cerceamento de defesa.

Neste aspecto, considero que a acusação fiscal a que se refere à infração 01 foi suficientemente clara, se apresenta absolutamente compreensível e devidamente demonstrada a partir dos anexos em que especifica de maneira contundente e objetiva toda a memória do cálculo realizado, haja vista demonstrar quais foram os documentos fiscais envolvidos na acusação, as mercadorias, as alíquotas adotadas pela Impugnante para o creditamento e os respectivos NCMs, bem como, na última coluna do demonstrativo, consta a diferença objeto do presente lançamento. De maneira que, concluo estar equivocado o pressuposto para sustentar o tópico defensivo quanto a nulidade.

Quanto a alegação externada sob o argumento de haver nulidade por vício material que teve por espeque considerar que a Fiscalização Estadual formalizou de maneira equivocada e indevida a exigência de tributo, haja vista entender não haver restado clara a razão que teria motivado a Fiscalização Estadual, por ter alegado a defesa que a Autuante se limitou a indicar sinteticamente o suposto recolhimento a menor de ICMS. Esclareço:

A defesa se embasou na alegação de que da leitura da infração e do respectivo demonstrativo de débito que a acusação trata da suposição de que a Impugnante “*se creditou de mercadoria sujeita a substituição tributária por antecipação*”, enquanto que teria sido exigido o valor cheio da alíquota no percentual de 17%, quando afirma que, deveria a Autuante apenas ter cobrado a suposta diferença, caso devida. Concluiu, portanto, ser este o fato que denotaria confusão por parte da Fiscalização que reclamaria a aplicação dos incisos II e III do artigo 18 do RPAF.

Todavia, reputo haver equívoco na interpretação da defesa em primeiro porque alegou ter a acusação fiscal tomado por base recolhimento a menos, quando em verdade se verifica que a infração 01 versa sobre crédito de ICMS apropriado indevidamente haja vista se referir a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Em segundo porque não procede a alegação de que a apuração do débito se baseou no demonstrativo de débito do auto de infração para inferir ter a Autuante aplicado a alíquota de 17%, pois neste formulário que compõe a peça vestibular o lançamento do crédito tributário é correto indicar a alíquota que incidiu sobre a diferença do ICMS exigido para fins de se chegar à base de cálculo do valor final apurado.

Entretanto, com relação ao segundo tópico acima, se pode verificar nos demonstrativos do levantamento fiscal, ou na memória do cálculo da diferença apurada, é possível observar que fora contemplada a alíquota adotada pela Impugnante, para fins de se apropriar do crédito indevido, de modo a ser exigido a diferença da infração em questão.

Destarte, afasto a arguição de nulidade material em questão.

Em relação a alegação de que a Impugnante teria direito ao crédito em vista do princípio da não cumulatividade, creio que se trata de arguição que não tem fundamento doutrinário nem jurisprudencial, pois é sabido que este princípio só se aplica para os casos em que a legislação

permite o direito ao crédito, entretanto a exigência a que se refere a infração impugnada diz respeito à apropriação de crédito referente a aquisição de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que enseja o encerramento da fase de tributação pelo ICMS no momento da aquisição da mercadoria, quando o crédito do ICMS vinculado a operação de aquisição é compensado no cálculo do ICMS-ST, de maneira a impossibilitar a apropriação de qualquer crédito vinculado a esta aquisição.

Considero, que a arguição defensiva acima não tem nenhum suporte fático, e por conseguinte, não pode subsumir na norma de nulidade evocada, haja vista que a acusação fiscal não se encontra alicerçada em presunção, pois conforme demonstra a memória de cálculo que suporta os valores exigidos, os dados foram colhidos diretamente da EFD da Impugnante, constando das planilhas conexas todos os esclarecimentos quanto às operações e sobre os produtos abrangidos pela exigência fiscal, ao revés do que alega a defesa. Deste modo, voto pela procedência da infração 01.

Cabe registrar, também descaber a alegação de que o ICMS fora recolhido nas respectivas operações de saídas, pois este fato, ainda que tenha ocorrido não legitima a apropriação do crédito quando se tratar de aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de antecipação tributada. Desde modo, se trata de arguição inócua que dispensa aprofundamento e averiguação da efetiva ocorrência. Ademais, caso isso tenha ocorrido, deve ser objeto de procedimento próprio de restituição de indébito.

Outrossim, examinando os documentos apensados pela defesa às fls. 149 a 198v, que afirmou se tratarem de elementos com potencial para comprovar a precariedade da autuação, baseada no suposto creditamento indevido do imposto, verifico que se trata apenas de um demonstrativo onde constam relacionadas uma série de informações acerca de diversos documentos fiscais, no qual não restou demonstrada a motivação ou qualquer fundamento técnico ou jurídico com potencial de relativizar ou mitigar o presente lançamento de crédito tributário que diz respeito à infração 01, visto ser esta a infração objeto da irrisignação da Impugnante. De maneira que, a cognição sobre os elementos apresentados pela defesa, nesta oportunidade, prescinde de nova informação fiscal da Autuante, haja vista não despertarem neste Relator qualquer dúvida sobre a correção do feito.

Passando ao tópico quanto à abusividade da multa imposta, é *mister* pontuar, que falece competência à essa esfera do contencioso administrativo, exarar juízo de valor quanto a matéria legal ou constitucional que vá de encontro ao arcabouço da legislação tributária estadual, de maneira que não posso avaliar o pleito sobre a abusividade da multa, sobretudo considerando que a infração não foi rechaçada, e a tipificação da multa se encontra perfeitamente subsumida do ilícito fiscal apurado.

Ademais, a possibilidade de dispensa, ou redução de imposição de penalidade que se encontrava prevista no § 8º, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, fora revogada pela Lei nº 12.605, de 14/12/12, DOE de 15 e 16/12/12, efeitos a partir de 15/12/12.

Voto, portanto, pela procedência integral do Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **274068.0009/20-0**, lavrado contra a empresa MAKRO ATACADISTA S.A., devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$82.433,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII “a” e II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no art. 42, inciso XX, do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios, conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser reconhecido e homologados os valores recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de maio de 2021

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR