

<b>PROCESSO</b>	- A. I. Nº 274068.0021/20-0
<b>RECORRENTE</b>	- MAKRO ATACADISTA S.A.
<b>RECORRIDA</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0183-01/21-VD
<b>ORIGEM</b>	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
<b>PUBLICAÇÃO</b>	- INTERNET 20/12/2022

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0340-11/22-VD

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. 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)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infrações 6 e 7 procedentes. Indeferido o pedido de diligência. Não acolhida a nulidade arguida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário impetrado pela autuada em face da decisão proferida pela 1ª JJF julgando Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 17.09.20, ciente em 15.12.20, via Edital no Diário Oficial do Estado, fl. 74, no valor original de R\$184.246,86, pelo cometimento de onze infrações, sendo objeto de contestação as infrações 01, 06 e 07, e as demais reconhecidas pela autuada.

Analisando o Auto de Infração em apreço, a defesa apresentada pela autuada, protocolada em 15.02.21, fls. 85 a 97v., a Informação Fiscal apresentada pela autuante, protocolada em 05.04.21, fls. 115 a 126 e a Manifestação protocolada pela autuada em 26.05.21, fls. 150 a 152, em sessão do dia 27.10.21, por meio do Acórdão JJF nº 0183-01/21, fls. 157 a 172, assim decidiu a 1ª JJF:

#### **Infração 01 – 01.02.05**

*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária*

#### **Infração 06 – 01.02.40**

*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais.*

#### **Consta como complemento:**

*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.*

#### **Infração 07 – 01.02.42**

*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.*

#### **Consta como complemento:**

*O contribuinte lançou nos 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;*

Na decisão de piso tem o seguinte voto condutor:

*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, consequentemente, 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.*

*Constatou 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, inociando, 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 I 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 eqüidade;

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

INFRAÇÃO	DECISÃO	VALOR LANÇADO (R\$)	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%
<b>TOTAL</b>		<b>184.246,86</b>	<b>182.036,78</b>	

Ciente da decisão acima apresentada, a autuada, devidamente representada por Advocacia Lunardelli, em 21.02.22, protocolou Recurso Voluntário, fls. 185 a 217, buscando a reforma da mesma, objeto da presente análise.

Após demonstrar matemática e cronologicamente a tempestividade do seu recurso, discorre sobre a atividade empresarial por ela desenvolvida, demonstra sua surpresa ante à autuação que lhe foi dirigida, reproduz as onze infrações que compõem o auto de infração, pede a extinção das infrações 02, 03, 04, 05, 08, 09, 10 e 11 e diz da discordância quanto às demais, 01, 06 e 07.

Afirma ter em sua defesa inicial propugnado pela nulidade, sob a alegação de: **(i) Nulidade por vício material e precariedade do trabalho fiscal; (ii) Nulidade por inocorrência da infração e da utilização da presunção como meio de prova; e, (iii) No mérito, demonstrou, por meio de argumentos e documentos a inocorrência das infrações, bem como o efetivo pagamento e contabilização das antecipações efetuadas.**

Comenta a respeito da decisão de piso, destacando haver na mesma a redução da cobrança do tributo a um reajuste ínfimo no lançamento (cerca de R\$2.000,00), e transcreve o teor da ementa constante do acórdão, para, em seguida comentar não haverem sido analisadas as provas e os argumentos apresentados.

Em seguida a Recorrente trata das NULIDADES, destacando inicialmente DA NULIDADE DA CITAÇÃO, afirmando haver sido citada por meio postal quando deveria ser através o DTe, conforme o disposto no artigo 108, do RPAF, tratando em seguida da AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO, afirmando haver apresentado comprovação dos recolhimentos das antecipações tributárias que lhe estão sendo cobradas, mesmo não havendo a autuante analisado a farta documentação que foi acostada ao processo.

Destaca trecho do voto condutor, que diz ser controverso, como abaixo:

*“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 - DILIGÊNCIA E ANEXO 27 - CRÉDITO INDEVIDO - ST - 2018 - DILIGÊNCIA, elaborados pela autuante, acostados aos autos.”* (g.n.)

Afirma que a decisão simplesmente acatou a informação prestada pela autuante, sem analisar, como antes já sinalizara, a documentação acostada ao processo e os argumentos comprobatórios que apresentou, e que tal fato inquia de nulidade a decisão que analisa, pois deveriam os mesmos serem acatados e que:

*“Não foi o que ocorreu, o que confirma a arbitrariedade e o abuso sofrido pela ora Recorrente com relação a*

*utilização da presunção como meio de prova, além do fato de desconsiderar, sem qualquer motivo aparente, os documentos apresentados pela ora Recorrente, afrontando o contraditório, ampla defesa e principalmente, A VERDADE MATERIAL”.*

Afirma que a decisão da Junta Julgadora foi tomada de forma **unilateral**, não respeitando o contraditório e “mesmo após a lavratura do auto de infração, não foi respeitado o direito de defesa, pois não é possível compreender a acusação e tampouco foram considerados os documentos apresentados”.

Diz que a decisão afronta o que determina o RPAF, passível de enquadramento no que estabelece o artigo 18, que transcreve, pugnando por diligência para comprovação do que afirma, passando a tratar, ainda a título de nulidade da PRECARIEDADE DO TRABALHO FISCAL - CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA, onde afirma que a autuação foi formalizada de forma imprecisa e equivocada determinando a ocorrência de vício material.

Destaca como suporte para sua afirmação o que dispõe o artigo 142 do CTN, e, também o Artigo 129, do CTE, afirmado não haver sido averiguada a ocorrência dos fatos geradores que ensejaram a autuação, e tratando da motivação transcreve ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Roque Antônio Carrazza e diz: “*Contudo, 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 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*”.

Afirma ser a descrição das infrações bastante genérica o que: “*Em outras palavras, restou à Recorrente a insólita missão de adivinhar os elementos suscitados pela D. Fiscalização Estadual como causas da autuação*”.

Apresenta, transcrevendo, a ementa de julgado do STJ sobre o tema, assim como o Acórdão nº 0345-12/06, deste Conselho, tratando em seguida da **IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PRESUNÇÃO COMO MEIO DE PROVA**, onde afirma:

*“No presente caso, a D. Fiscalização Estadual alega que houve falta de recolhimento de ICMS por terem, em síntese, sido praticadas operações (i) de escrituração na EFB sem a chave de autenticação; e (ii) de aquisição de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal.*

*Todavia, em verdade, além da efetiva chave de autenticação contida nos documentos fiscais correspondentes, fato é que não houve falta de recolhimento do imposto, ainda que a mercadoria tenha sido adquirida desacompanhada de documento fiscal.*

*Tanto assim é que parte das operações apontadas tiveram a totalidade do tributo incidente recolhida na entrada das respectivas mercadorias como ICMS-ST pois submetidas ao regime de substituição tributária e, a parte restante, refere-se a operações com produtos cujas saídas são isentas do imposto e, portanto, não houve recolhimento de ICMS, tampouco aproveitamento dos respectivos créditos”.*

Reafirma não haver cometido as infrações que lhe foram cometidas e que deveria a autuante, antes da lavratura do Auto de Infração, consultar-lhe e pedir esclarecimentos sobre as infrações alegadas, o que foi fruto de mera presunção e não lastreadas em fatos reais, o que não é permitido pela legislação pertinente.

Diz também que, da forma como foi pautada a autuação, ocorreu a inversão do ônus da prova, pois, restou-lhe comprovar o de que foi acusado, quando deveria a autuante cumprir com tal tarefa, o que não ocorreu, e cita os arts. 113, § 1º e 142, ambos do CTN, transcrevendo ainda ensinamento de Marco Aurélio Greco.

Diz que ao não considerar e não confrontar as provas que acostou ao processo “resta comprovada novamente a integral falta de tipicidade da conduta considerada ante a ausência de efetiva demonstração de ocorrência”.

Em sequência, a Recorrente, adentra ao tópico DO MÉRITO: DA INSUBSTÂNCIA FISCAL DO INEQUÍVOCO DIREITO AO CRÉDITO (PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE) - INFRAÇÕES 01 E 07.

Diz que buscou e apresentou relação de produtos que não deveriam constar da autuação por não estarem enquadrados na tipificação dada pela autuante, a exemplo de produtos não sujeitos a ST e

que, portanto, são sujeitos à tributação normal, ensejando o direito ao crédito do ICMS, não considerados pela autuante, conforme relação abaixo:

Cód. Interno	Descrição	NCM	Decreto	Convênio ICMS	Período
661329	Granulado Mesclado Oetker 130g	18069000	Decreto n. 13.780/2012	Não tem	2017
817817	Lubrificante WD 40 spray 300m+	27101932	Decreto n. 13.780/2012	Conv. ICMS 110/07	2017
667356	TAP Borracha Conf. BRB SER1 CJ	40169990	Decreto n. 13.780/2012	Prot. ICMS 41/2008	2017
085098	Cupim Bovino Congelado kg	2023000	Decreto n. 13.780/2012	Não tem	2018
016202	Calota KA 2012 Aro14 GRID	87087090	Decreto n. 13.780/2012	Prot. ICMS 41/2008	2018
159588	Mist. Bolo Laranja APTI 400g	19012000	Decreto n. 13.780/2012	Não tem	2018

Destaca haver a Junta Julgadora reconhecido parte dos seus argumentos, tanto que, promoveu redução do valor reclamado na infração 01, conforme trecho da ementa do acórdão prolatado, que transcreve.

Volta a afirmar que a Junta Julgadora não analisou as provas que acostou ao processo, mas, simplesmente, acatou a informação prestada pela autuante e discorre que tal atitude afronta o princípio da não cumulatividade, essência do tributo em comento, que não se vincula ao produto, individualmente, mas ao todo do movimento no período de apuração (mensal) e destaca, transcrevendo os artigos 28, 29 e 31 da Lei nº 7.014/96.

Analizando o direito do crédito, destaca o que determinam o art. 29, § 4º, II, da Lei nº 7.014/96 e o art. 310, II, do RICMS, que transcreve, referenciando às operações de devolução promovidas por “consumidores finais”, que diz ser assegurado pela Constituição Federal, e discorre sobre a forma de apuração do tributo e sobre a sua inserção no preço do produto comercializado.

Diz que seu direito está assegurado no artigo 32, inciso I do Código Tributário Estadual, que transcreve, o que vem a comprovar o descabimento da exigência fiscal contida na autuação, em face de o creditamento que efetuou estar devidamente amparada pela legislação pertinente.

E, finalizando seu posicionamento quanto ao mérito da lide, diz:

*“Nota-se, portanto, a falta de tipicidade da conduta considerada, ou seja, a Recorrente não cometeu a infração pela qual foi acusada porque apurou e utilizou o crédito fiscal nos exatos termos em que permitido pela lei. Cabe salientar, ainda, que a Recorrente 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.*

*E, exatamente por havido o devido recolhimento, não há de se falar em creditamento indevido, tampouco em multa devida, na medida em que resta suficientemente demonstrado que a presente autuação não tem mínimo fundamento que lhe possa dar sustentação, seja de ordem lógica, legal ou fática, devendo ser integralmente cancelada a exigência fiscal decorrente.*

*Por mais tais razões, resta demonstrada a necessidade de reforma da decisão recorrida para seja cancelado o auto de infração. Subsidiariamente, pugna- se pela conversão do feito em diligência, em prol da verdade material”.*

A seguir, a Recorrente trata DA ABUSIVIDADE DA MULTA IMPOSTA, afirmando haver um descompasso entre a infração alegada e o percentual de 60% a título de penalidade que lhe foi reclamada, pois, o artigo 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, pressupõe ausência de recolhimento tempestivo do ICMS, e, ainda mais, que inexiste infração no seu comportamento, além de representar tal percentual valor acima da metade do valor reclamado a título de tributo.

Discorre sobre a função da multa, que deve ter caráter educativo e não punitivo e que, no caso, ela vai de encontro aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, afrontando os princípios determinados pela Constituição Federal, no artigo 150, inciso IV e apresenta decisão do STF sobre a abusividade e a confiscatoriedade de multas quando superior a 30%.

Ao encerrar o Recurso Voluntário, a Recorrente apresenta:

## DOS PEDIDOS

*Diante de todo o exposto, a Recorrente requer, preliminarmente, seja reconhecida a nulidade da decisão ora recorrida, ante as violações ao direito de defesa, verdade material, contraditório e fundamentação dos atos administrativos.*

*Subsidiariamente, pugna pela conversão do feito em diligência em prol do princípio da verdade material.*

Caso não seja este o entendimento, pugna pela reforma da decisão ora recorrida, de modo 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.

Entretanto, caso este não seja o entendimento de Vossa Senhoria, o que se admite apenas para fins de argumentação, a Recorrente requer que as multas aplicadas sejam afastadas ou ao menos reduzidas, 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.

A ora Recorrente 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.

Por fim, requer que todas as intimações e comunicações relativas ao feito sejam realizadas, exclusivamente, na pessoa do sujeito passivo, por meio do DT-E, nos termos do art. 108, § 2º do RPAF, sob pena de nulidade.

## VOTO

Como referenciado na inicial do relatório, acima, a lide travada pela Recorrente diz respeito às infrações 01, 06 e 07, em vista de as demais terem sido reconhecidas.

Considerando haver a Recorrente pugnado, em sede de preliminar, pela nulidade da autuação, sustentada no que determina o RPAF, nos artigos 18 e 39, analiso, inicialmente tal postulação.

Analizando o que consta no processo em comento, verifico que, como destacado pelo julgador de piso, o mesmo se encontra revestido de todas as formalidades legais, a Recorrente, apesar de afirmar não entender o teor da acusação, à mesma compareceu, exerceu plenamente seu direito ao contraditório, tendo apresentado razões e possíveis provas que elidiram o que lhe foi cominado. Também teve acesso aos relatórios que lhe foram entregues pela autuante, conforme comprovado nos autos, enfim, muito embora seus argumentos, repetidos na defesa inicial e no Recurso Voluntário afirmem ter havido acusação sem fundamentos e ininteligíveis o mesmo não se confirma ante a análise do que consta no processo.

Em vista do que verifiquei e comprovei, rejeito a preliminar de nulidade.

Alega também a Recorrente haver a autuante efetivada a acusação de infrações baseada em presunções e que os fatos ditos como analisados não corresponderiam à realidade, o que, de forma alguma se configura. Os levantamentos, demonstrados em planilhas e relatórios a que teve acesso, foram lastreados nas informações contidas em seus arquivos eletrônicos (EFD) enviados à SEFAZ.

Desta forma também rejeito a acusação de nulidade por presunção, pleiteada pela Recorrente.

Em sua peça recursiva, a Recorrente, pede a efetivação de diligência para comprovar o que afirma, que ensejaria a improcedência da autuação. Também não lhe socorrem os fatos narrados no processo e os documentos que serviram de base para a autuação e julgamento nas duas instâncias. Ainda, o que poderia ensejar tal pedido, fato novo algum, ou documento antes não analisado, foi apresentado pela mesma, e, bastando-me para entendimento o que consta do processo, nego o pedido de diligência.

Quanto ao mérito da lide, constato que a Recorrente se dedicou em sua peça recursiva a tentar demonstrar possíveis nulidades no processo administrativo fiscal, o que não ocorreu, olvidando-se de apresentar fatos e/ou argumentos que pudesse elidir aquilo que lhe foi acusado. Assim, olvidou-se das infrações 06 e 07, limitando-se a comentar aspectos relativos à infração 01, repetindo o que já fora apresentado em sua defesa inicial, devidamente apreciada pela Junta Julgadora.

A limitação a que se resumiram os argumentos da Recorrente é patente quando nada traz, a título de prova documental ou legal, qualquer dado que venha a elidir a acusação da autuante e o julgamento de primeira instância.

A “ínfima” redução determinada pela Junta Julgadora relativa à infração 01, foi devido à comprovação apresentada pela Recorrente, relativo a alguns produtos constantes da autuação, que tiveram a contestação acolhida e com base em novos demonstrativos foram excluídos da reclamação fiscal, conforme demonstrativo 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

É de se salientar que as reduções acatadas foram com base nas comprovações apresentadas pela Recorrente que nada de novo trouxe em sua peça recursiva, nem mesmo relativo à infração 07, que diz estar contida na mesma.

Assim, acato o quanto decidido pela Junta Julgadora e mantendo a procedência parcial da infração 01 e total das infrações 06 e 07.

Relativo às multas, consideradas confiscatórias pela Recorrente, além de desproporcionais, destaco que as mesmas estão contidas na Lei nº 7.014/96, no artigo 42 e que falece competência a este Conselho Fazendário para modificar o que ali está disciplinado.

Desta forma, à luz do que do processo consta, da legislação pertinente e do entendimento que tenho do mesmo, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário impetrado pela Recorrente e julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração em comento, mantendo inalterada 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 EM PARTE o Auto de Infração nº 274068.0021/20-0, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 182.036,78**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, "a" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de novembro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REP. DA PGE/PROFIS