

A. I. N° - **- 278006.0002/05-4**
AUTUADO - LOJAS AMERICANAS S/A
AUTUANTE - MARIA DAS GRAÇAS FERREIRA BAQUEIRO
ORIGEM - IFEP/METRO
INTERNET - 21/11/05

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0131-05/05

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Fato admitido pelo sujeito passivo. **b)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. **c)** ESTORNO DE DÉBITO. Determina o art.9º e seu Parágrafo único, da Lei Estadual nº 7.014/96, que ocorrida a substituição ou antecipação tributária do recolhimento do tributo, com a fase de tributação encerrada, não caberá a exigência de complementação do imposto nem a restituição de importância eventualmente paga a mais, a não ser que no pagamento do imposto por antecipação tenha havido erro ou outra circunstância que exija correção. Infrações mantidas. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não contestada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 2/8/2005, exige ICMS no valor de R\$104.887,60, acrescido da multa de 60%, pela constatação das seguintes irregularidades:

- 1.Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com imposto pago por antecipação tributária – R\$4.554,28;
- 2.Falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação – R\$4.500,05;
- 3.Utilização indevida de crédito fiscal sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, embora por diversas vezes intimado a fazê-lo – R\$57.411,46;
- 4.Efetuou estorno de débito do ICMS em desacordo com a legislação vigente e sem a devida comprovação dos lançamentos efetuados – R\$38.422,11.

Ao se manifestar, através de advogado, o autuado (fls.179/190) identificando-se como empresa que atua no mercado varejista com várias filiais no Estado, confessou o cometimento das infrações apontadas como 1 e 2 no Auto de Infração. Recolheu o imposto devido com seus acréscimos tributários.

Atacando as infrações 3 e 4, esclareceu que tanto o crédito utilizado como o estorno de débito

realizado, se referiam à restituição de ICMS pago a maior sobre mercadorias adquiridas e enquadradas no regime da substituição tributária, em virtude da base de cálculo presumida ter sido superior a realizada quando das vendas dos produtos.

Frisou que os valores constantes como estorno de débito (infração 4) na realidade havia sido um erro de lançamento, pois ele deveria ter sido escriturado como resarcimento na coluna “Outros créditos” e não na coluna “Estorno de Débito”, como feito. Entretanto, disse, tal fato não havia causado qualquer efeito prejudicial já que decorreu da utilização de créditos entendidos como de direito, após minuciosa análise que realizou em sua escrita fiscal, oportunidade que comprovou que o ICMS-ST recolhido foi superior ao preço efetivamente praticado quando das vendas das mercadorias ao consumidor final. Para isto, anexou ao processo demonstrativos consolidados dos valores creditados, nos quais estão relacionadas todas as notas fiscais de entradas e saídas das mercadorias, objetivando a comprovação de que a diferença existente entre o valor da base de cálculo determinada para a substituição tributária e o efetivo valor das suas vendas.

Transcrevendo o § 7º do art.150, da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 3/93, afirmou que ele resguarda o direito ao contribuinte substituído, caso em lide, de reaver o imposto dele retido na etapa anterior de circulação das mercadorias no caso do fato gerador presumido não ocorrer, bem como, na hipótese em que a operação final possuir valor inferior ao que serviu de base para a retenção do imposto. Neste sentido apresentou decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Continuando com a sua argumentação, observou que o princípio da não-cumulatividade do ICMS tem por objetivo impedir a denominada tributação “em cascata”, assegurando ao contribuinte o direito de deduzir o montante do tributo já recolhido em etapas anteriores áqueles devidos nas operações seguintes, de forma que ele somente incida sobre a operação final. Trazendo aos autos ensinamentos do Prof. Sacha Calmon de Navarro Coelho, posicionamento do STF e trecho de Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional em resposta a consulta formulada pela Comissão Técnica Permanente do ICMS – COTEPE, por deliberação da 86ª Reunião Ordinária do CONFAZ sobre a interpretação do § 7º do art. 150, da CF, entendeu absurdo se negar ao contribuinte substituído a recuperação do ICMS-ST recolhido a maior, não podendo ser negado pelo fisco baiano o direito ao seu creditamento.

Por fim, afirmando que havia comprovado a legitimidade do crédito aproveitado, requereu a improcedência do lançamento combatido.

A autuante contra arrazoou a defesa apresentada (fls.1358/1361) observando que os argumentos de defesa era uma confissão da infringência ao art.9º, Parágrafo único, da Lei nº 7.014/96, que transcreveu. Disse que somente nos casos de erro ou outra circunstância relativa às operações é que seria dado tratamento tributário específico. Além do mais, pelo teor do referido Parágrafo único, se a situação fosse inversa, o Estado não poderia exigir qualquer complementação.

Informou que a matéria inserta no § 7º do art.150, da CF já havia sido decidida pelo STF, em maio de 2002, ao julgar a ADIN 1851-4, de Alagoas, proposta pela Confederação Nacional do Comércio, em que se contestava a Cláusula segunda do Convênio ICMS 13/97, que trata da não restituição ou cobrança complementar do ICMS quando a operação subsequente, sob a modalidade da substituição tributária, se realizar com valor inferior ou superior aquele estabelecido com base no art.8º da Lei Complementar nº 87/96. Esta decisão vem sendo acatada pelo STJ.

Por fim, quanto ao Parecer solicitado pelo COTEPE/ICMS para a decisão do Convênio ICMS 13/97, ao contrário do que afirmou o impugnante, ele é favorável a não restituição para o caso em lide. Para ratificar o que expõe, transcreveu parte do citado Parecer.

Ratificou o lançamento fiscal.

VOTO

O sujeito passivo confessou as irregularidades a legislação tributária cometidas e constante dos itens 1 e 2 do presente Auto de Infração. Não havendo lide a ser decidida mantendo o valor de R\$4.554,28 e R\$4.500,05, respectivamente, apurado pela fiscalização e referentes a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em relação a mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, bem como, da falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição.

A impugnação da empresa autuada se restringiu aos itens 3 e 4 do Auto de Infração que tratam, respectivamente, da utilização indevida de crédito fiscal sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito e de estorno de débito do ICMS que, de igual forma, não foi comprovada a origem do lançamento realizado.

Ao se defender é que o autuado informa a origem dos lançamentos realizados no seu livro Registro de Apuração do ICMS.

Informou, primeiramente e em relação ao “estorno de débito”, ter cometido engano ao escriturar os valores nesta coluna, pois o correto, já que se tratavam de créditos legais a que tinha direito, eles deveriam estar escriturados na coluna “outros créditos”. Porém esta situação não havia causado distorção no cálculo do imposto. Sob este aspecto, se o crédito fosse legítimo, de fato, não existe problema na apuração do imposto devido.

E, quanto aos créditos utilizados, nas duas infrações apontadas, entendeu, com base no § 7º do art.150, da Constituição Federal e do princípio da não-cumulatividade do ICMS, que possuía direito legítimo de assim proceder, pois eles se referiam a restituição de imposto pago a maior sobre mercadorias adquiridas e enquadradas no regime da substituição tributária, em virtude da base de cálculo presumida, quando do recolhimento do ICMS antecipado, ter sido superior quando das vendas dos produtos.

Este é entendimento equivocado do defensor.

Em primeiro lugar, o § 7º do art.150, da Constituição Federal se reporta à restituição da quantia paga no caso em que não ocorrer o fato gerador do imposto. No caso presente, o fato gerador do imposto aconteceu.

Em segundo lugar, a base de cálculo do imposto é matéria de reserva de lei complementar (art.146, III, da CF/88). Assim, a Lei Complementar nº 87/96, no seu art.8º, II, combinado com o seu § 4º, estabelece as regras para determinação da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, momento em que inclui a margem de valor agregado. Com isto, a fase de tributação da mercadoria se encerra, não existindo mais o poder do sujeito ativo de exigir qualquer complementação, caso a mercadoria seja comercializada por preço superior, nem, tampouco, ensejar repetição de indébito por parte do sujeito passivo, caso a mercadoria seja comercializada por preço inferior ao estabelecido através de lei.

É por isto que o art.9º e seu Parágrafo único, da Lei Estadual nº 7.014/96 estabelece:

Art. 9º Ocorrida a substituição ou antecipação tributária estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias constantes no Anexo I desta Lei.

Parágrafo único. O encerramento da fase de tributação referido neste artigo implica que, com a realização efetiva do fato gerador presumido, salvo disposição em contrário, não importa que seja o valor da operação superior ou inferior ao valor adotado como base de cálculo para fins de antecipação ou substituição tributária, não caberá a exigência de complementação do imposto nem a restituição de importância eventualmente paga a mais, a não ser que no pagamento do imposto por antecipação tenha havido erro ou outra circunstância que exija correção.

Este, inclusive, é o entendimento do STF e do Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional em resposta a consulta formulada pela Comissão Técnica Permanente do ICMS – COTEPE, sobre a interpretação do § 7º do art.150, da CF, não existindo qualquer afronta ao princípio da não-cumulatividade do ICMS. E, para concluir, transcrevo a parte final do referido Parecer referente à consulta formulada pelo COTEPE (fls.1360/1361 dos autos):

(...)

19. Assim, somos levados a concluir, em resposta ao questionamento da COTEPE que:

- a) cabe restituição preferencial e imediata do imposto pago, quando o fato gerador presumido não vier a se realizar, devendo ser adotada sistemática que contemple a hipótese, nos termos do que determina o art. 10 da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996;*
- b) qualquer contribuinte que realize pagamento de tributo em valor superior ao efetivamente devido, seja qual for a modalidade de recolhimento, tem direito à restituição, de acordo com o art. 165 do CTN, hipótese que, na substituição tributária somente comprehende o pagamento a maior de ICMS devido, pela aplicação da alíquota cabível sobre valor superior à base de cálculo estabelecida em lei, ou pelo uso de alíquota superior à aplicável.*

Pelo exposto os itens 3 e 4 da autuação são mantidos.

Voto pela procedência do Auto de Infração no valor de R\$104.887,90, com a homologação dos valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 278006.0002/05-4, lavrado contra **LOJAS AMERICANAS S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$104.887,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no art.42, incisos II, “d” e VII “a”, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, de 04 de novembro de 2005.

MÔNICA MARIA ROTERS- PRESIDENTE/RELATORA

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR