

A. I. Nº - 206934.0002/05-9
AUTUADO - LOJAS AMERICANAS S/A
AUTUANTE - UBIRAJARA RIBEIRO LIMA
ORIGEM - IFEP-DAT-METRO
INTERNET - 02. 12. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0436-04/05

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração reconhecida. b) FALTA DE APRESENTAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA. Contribuinte não apresentou, quando intimado, por duas vezes, bem como quando da defesa, documentos que comprovasse a origem dos créditos. Infração caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 02/08/2005, exige o pagamento de imposto e aplica multa no valor total de R\$ 118.864,82, em razão de:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$5.187,93, referente mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação, conforme Anexos 01, 02 e 03, parte integrante e complementar do PAF.
2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, no montante de R\$ 5.703,02, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 88, conforme Anexos 01, 02 e 03, parte integrante e complementar do PAF.
3. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, no valor de R\$60.860,25, conforme Anexos 04, 05 e 06, parte integrante e complementar do PAF. Tendo sido o contribuinte exaustivamente intimado a apresentar os documentos comprobatórios dos lançamentos realizados, limitou-se a apresentar cópias de demonstrativo de apuração do ICMS e algumas anotações esparsas, indicando valores atribuídos à loja 52.
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$47.113,62, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, conforme Anexos 04, 05 e 06, parte integrante e complementar do PAF. Tendo sido o contribuinte exaustivamente intimado a apresentar os documentos comprobatórios.

O autuado em sua defesa, às fls. 204/218 dos autos, impugnou parcialmente o lançamento tributário, destacando, inicialmente, que reconhece as infrações 01 e 02, motivo pelo qual providenciou o pagamento do imposto, conforme comprovante que acostou à folha 235. Entretanto, com relação às demais infrações (03 e 04) demonstrará que não podem prosperar.

Em relação as Infrações 03 e 04, aduz que a totalidade dos valores lançados na infração 03 (R\$60.860,25) e grande parte dos valores lançados na infração 04 (R\$34.390,48 + R\$4.200,17 = R\$38.590,65) referem-se à restituição do ICMS pago a maior no regime de substituição tributária, em virtude da base de cálculo presumida ter sido superior à realizada quando da venda de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária.

Assevera que tal procedimento encontra-se amparado na Constituição Federal, no art. 150, § 7º, introduzido pela Emenda constitucional nº 3/93, que em seu entendimento resguarda o direito do contribuinte substituído de reaver o imposto dele retido, na etapa anterior de circulação das mercadorias, na hipótese em que a operação final possui valor menor ao que serviu de base para a retenção do imposto. Reitera que tem o direito de ser restituído dos valores recolhidos a maior, face ao regime da substituição tributária. Cita decisões de outros tribunais e doutrina.

Ressalta que é inaceitável não permitir ao contribuinte substituído o resarcimento do imposto pago (retido) a maior, a partir do momento da venda efetiva da mercadoria ao consumidor final, quando ele, e somente ele (o substituído), conhece o preço rela de venda praticado.

Especificamente em relação a infração 04, salienta que parte dos valores (R\$6.637,70 + R\$1.885,27 = R\$48.522,97) refere-se a crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica e serviço de comunicação, de períodos anteriores à Lei complementar nº 102/00. Em que pese a vedação trazida pela referida lei, a qual foi incorporada ao art. 93, do RICMS/97, é fato que até o mês de dezembro de 2000 era plenamente possível que todos os contribuintes, sem exceção, se aproveitassem dos créditos de ICMS relativos a energia elétrica e comunicação efetivamente consumida em seus estabelecimentos.

Argumenta que, é bem verdade que a apropriação de tais créditos ocorreu nos meses de dezembro/2000 e janeiro/2001. Ressalta que tal crédito foi apropriado de forma extemporânea na rubrica de “outros créditos” conforme o preceituado no art. 101, § 2º, do RICMS/97, que refere-se à energia elétrica e serviços de comunicação consumidas no seu estabelecimento entre 1º de novembro de 1996 a 31 de dezembro de 2000, período em que era plenamente possível o seu aproveitamento.

Ao finalizar, requer a improcedência [procedência parcial] do Auto de Infração.

Na informação fiscal, fls. 1301/1305, o autuante ressalta que o autuado reconheceu a procedência das infrações 01 e 02, tendo recolhido os valores lançados, acostando cópia do DAE à folha 235.

Em relação as infrações 03 e 04, contesta argumento do autuado de que teria direito a restituição do valor correspondente a diferença entre o valor recolhido à título de substituição tributária e o da efetiva saída, uma vez que tal entendimento infringe o art. 9º da Lei nº 7.014/96.

Em relação a alegação de constitucionalidade, uma vez que o autuado entende que o § 7º, do art. 150, da Constituição Federal/88, ampara o seu procedimento, ressalta que no STF este assunto já foi debatido quando julgou a ADIN 1851-1, de Alagoas, proposta pela Confederação nacional do comércio, em que contestava a Cláusula segunda do convênio ICMS 13/97, a qual transcreveu:

“Cláusula segunda: Não caberá a restituição ou cobrança complementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no artigo 8º da Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996.”

Ressalta que, em maio de 2002, o STF julgou o mérito da ADIN 1851-4 negando o provimento. Dessa forma, concluindo pela constitucionalidade da cláusula referida acima o STF, no julgamento da ação, faz referência, entre outras argumentações, pela inviabilidade do instituto da restituição tributária no caso de verificação posterior de diferença encontrada entre a base de cálculo presumida e a rela. Então, a questão do § 7º do art. 150 está definida. Somente ocorrerá restituição quando houver desfazimento do negócio, a não efetivação da operação na íntegra,

tornando sem validade o item terceiro que trata dos julgados do STJ de 2000. Atualmente, o STJ vem acatando a decisão do STF, que firmou jurisprudência sobre o assunto.

Quanto a infração 04, na parte referente a utilização de energia e comunicação alegada pela defesa, esclarece que a autuação decorreu da falta de apresentação dos documento comprobatório do direito ao referido crédito, e pelo que se pode constatar, na defesa o autuado apenas alega o seu direito, mas não apresenta, mais uma vez, nenhum documento idôneo para comprovar o seu direito ao crédito. Salienta que o RPAF/99, em seu art. 123 determina que é assegurado ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações.

Ao finalizar, opina pela manutenção do Auto de Infração.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente de 04 (quatro) infrações.

Na peça defensiva, o autuado reconheceu as infrações 01 e 02, tendo acostado aos autos cópia do DAE referente aos pagamentos do valor total das infrações em tela. Portanto, não existe lide em relação à referida imputações, estando caracterizadas as infrações 01 e 02.

Assim, a lide no caso presente encontra-se restrita à acusação 03 e 04, consignadas no Auto de Infração, a qual passo a analisar.

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente do estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto (infração 03) e utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito (infração 04).

Em sua defesa o autuado, em relação as Infrações 03 e 04, aduz que a totalidade dos valores lançados na infração 03 (R\$60.860,25) e grande parte dos valores lançados na infração 04 (R\$34.390,48 + R\$4.200,17 = R\$38.590,65) referem-se à restituição do ICMS pago a maior no regime de substituição tributária, em virtude da base de cálculo presumida ter sido superior à realizada quando da venda de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária. estando seu procedimento amparado na Constituição Federal, no art. 150, § 7º, introduzido pela Emenda constitucional nº 3/93.

Inicialmente, em relação a argüição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Logo, o argumento do autuado não poder ser acolhido.

Ademais, conforme determinação contida no art. 9º, da Lei 7014/96, uma vez ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de tributação. O encerramento da fase de tributação 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.

Assim, não resta dúvida que a infração 03 restou caracterizada na integralidade.

Já em relação a infração 04, a mesma é composta de duas parte, uma decorrente do crédito indevido utilizado pelo autuado com a mesma alegação da infração 03, ou seja, decorrente da utilização de suposta diferença entre a base de calculo presumida e a real, objeto da substituição tributária, a qual encontra-se caracteriza a infração, conforme foi analisado acima.

Outra parte da infração 04, foi decorrente da falta de apresentação dos documentos comprobatórias do direito ao crédito, tendo sido o autuado intimado por mais de uma vez, folhas 12 e 13, intimações especificadas, sem que o autuado tenha apresentado os referidos documentos.

Na peça defensiva, o autuado alega que se trata de créditos de energia elétrica e comunicação, entretanto, mais uma vez não apresenta os documentos correspondente. Ressalto que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento. Assim, entendo que a infração 04 restou caracterizado no valor constante na autuação.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206934.0002/05-9, lavrado contra **LOJAS AMERICANAS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento imposto no valor de **R\$118.864,82**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2005.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR