

PROCESSO - A. I. Nº 206934.0002/05-9
RECORRENTE - LOJAS AMERICANAS S/A
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0436-04/05
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 06/04/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0115-12/06

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **b)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA. Contribuinte não apresentou, quando intimado, por duas vezes, bem como quando da defesa, documentos que comprovassem a origem dos créditos. Infrações caracterizadas. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face de Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração nº 206934.0002/05-9, para condenar a Apelante ao pagamento de R\$118.864,82, acrescido da multa de 60% e acessórios.

O Auto de Infração em evidência, lavrado em 02/08/2005, acusa o cometimento das seguintes irregularidades.

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 1, 2 e 3, 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 1, 2 e 3, 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 4, 5 e 6, 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 4, 5 e 6, 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 a 218 dos autos, reconhece devidas as infrações 1 e 2, providenciando o pagamento do imposto, conforme comprovante à fl. 235.

O teor da impugnação circunscreve-se à alegação do direito de índole constitucional ao crédito decorrente de 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 a tal regime de tributação. Suscita ainda a inconstitucionalidade da lei que impõe o ICMS nestes casos.

Em relação às Infrações 3 e 4, aduz que a totalidade dos valores lançados na infração 3 (R\$60.860,25) e grande parte dos valores lançados na infração 4 (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.

Especificamente em relação à infração 4, salienta que parte dos valores (R\$6.637,70 + R\$1.885,27 = R48.522,97) refere-se a crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica e serviço de comunicação, de períodos anteriores à Lei Complementar nº 102/00. Em que pese à 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 à energia elétrica e comunicação efetivamente consumida em seus estabelecimentos.

Reconhece que a apropriação de tais créditos ocorreu nos meses de dezembro/2000 e janeiro/2001, sendo apropriados de forma extemporânea na rubrica de “outros créditos” conforme o preceituado no art. 101, § 2º, do RICMS/97, período em que era plenamente possível o seu aproveitamento.

Em réplica, às fls. 1301 a 1305, o autuante contesta a tese empresarial ao fundamento de violação ao art. 9º da Lei nº 7.014/96, assentando ainda que o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento sobre a matéria em debate, ao não acatar a ADIN 1851-1, instaurada pela Confederação Nacional do Comércio de Alagoas, a qual alvejava a Cláusula segunda do Convênio ICMS 13/97.

Prosegue, asseverando que a ora recorrente não cuidou de carrear aos autos prova cabal do seu direito ao crédito sobre a utilização de energia elétrica e comunicação, salientando, ademais, que a controvérsia ora em apreço já foi dirimida pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar o mérito da ADIN 1851-4, no sentido da constitucionalidade da Cláusula segunda do Convênio ICMS 13/97.

O autuante ratifica o recolhimento pertinente às infrações 1 e 2, conforme cópia do DAE à folha 235.

A 4ª JJF, às fls. 1314 a 1317, julga procedente o Auto de Infração, condenando o ora recorrente ao pagamento de R\$188.864,82, acrescido dos acessórios legais, determinando ainda a homologação dos valores efetivamente recolhidos.

No que respeita à argüição de inconstitucionalidade da exigência do tributo, invoca a JJF o art. 167, I, do RPAF/99, o qual afasta a competência deste referido Conselho de Fazenda a declaração de inconstitucionalidade.

No que respeita à infração 3, referenda a autuação ao fundamento de que irrelevante o valor da operação tomado como base de cálculo, quando finalizado o ciclo de tributação pela substituição ou antecipação. Portanto, não há que falar-se em crédito, quando o valor da base imponível da operação for menor que o valor da base presumida.

Quanto à infração 4, numa vertente rechaça a JJF as alegações empresariais utilizando-se dos mesmos fundamentos apresentados para a infração 3. Noutra vertente, assenta a Decisão na ausência de comprovação documental do direito ao crédito decorrente de energia elétrica e comunicação.

A Decisão ‘*a quo*’ desafia Recurso Voluntário, tempestivamente interposto às fls. 1327 a 1345.

Pretende o Apelante a reforma total do Acórdão nº 0436-04/2005, reproduzindo a mesma tese esposada na impugnação de fls. 204 a 218. Reitera, assim, que os valores lançados nas infrações 3 e 4 se referem 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. Respalda sua pretensão no art. 150, § 7º, da Carta Magna.

Encaminhados os autos do PAF à PGE/PROFIS, a Douta Procuradoria, dignamente representada pelo Dr. Deraldo Dias de Moraes Neto, às fls. 1354 a 1361, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário sustentando que o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a constitucionalidade da segunda cláusula do Convênio ICMS 13/97, quando rejeitou a ADIN 1851-1, instaurada pela Confederação Nacional do Comércio de Alagoas.

VOTO

O vertente Recurso Voluntário veicula tese em favor do reconhecimento do crédito fiscal de 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 a este regime de tributação.

No que respeita ao asserto '*a quo*' relativo à indemonstração do direito ao crédito sobre a utilização de energia elétrica e serviços de comunicação, protesta, nesta oportunidade, pela juntada das provas.

Entendo irretocável a Decisão primária, visto que a Cláusula segunda do Convênio ICMS 13/97, que veda a restituição ou cobrança complementar do ICMS nas operações em foco, resta coberta com o manto da constitucionalidade, declarada pelo Excelso STF, no julgamento do mérito da ADIN 1851-4.

Outrossim, não merece reparos o Acórdão nº 0436-04/05 ao decidir a infração 4, eis que, além da Cláusula segunda do Convênio ICMS 13/97 gozar de plena constitucionalidade, o recorrente não logrou demonstrar, através de documentação idônea e oportuna, seu direito ao crédito sobre a utilização de energia elétrica e serviços de comunicação.

Mantengo a Decisão em todos os seus termos, assim voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologando a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 206934.0002/05-9, lavrado contra LOJAS AMERICANAS S/A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$118.864,82, sendo R\$1.460,45, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d" e VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$117.404,37, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d" e "f", e VII, "a", da citada lei, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

BENTO LUIZ FREIRE VILLA NOVA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS