

PROCESSO - A. I. Nº 206830.0008/12-0
RECORRENTE - BOM PREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0196-02/13
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE
INTERNET - 17/02/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0016-11/14

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Não vislumbra nos autos, a suposta compensação de débitos e créditos realizada pelo recorrente, tampouco, encontra guarida no COTEP o pedido de conversão do lançamento em multa, pois cabe ao contribuinte realizar administrativamente o competente pedido de restituição de imposto pago indevidamente, como também, não há qualquer violação à razoabilidade na multa aplicada, já que prevista legalmente na legislação de regência quanto a sua aplicação. Refeitos os cálculos mediante revisão fiscal na instância anterior. Infração parcialmente mantida. Afastada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da Decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0196-02/13 que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 206830.0008/12-0, que imputou ao contribuinte o cometimento de seis infrações, sendo que há controvérsia apenas quanto a infração 1, já que as demais foram reconhecidas e pagas.

Nestes termos, a **infração 1** imputa ao Recorrente o fato de ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária.

Às fls. 269 até 285 o contribuinte apresentou Impugnação, tendo alegado, em relação à infração 1, que leite fermentado e bebida láctea não estão sujeitas ao regime de substituição já que não se enquadram como iogurte e que os demais produtos listados no auto de infração já sofreram tributação em sua saída. Diz também que trabalha com mais de 20 mil produtos o que torna difícil a operacionalização a antecipação tributária tendo em vista a grande quantidade de produtos vendidos.

Por sua vez, o fiscal juntou aos autos Informação Fiscal de fls. 398/405 e concluiu que, em relação à infração 1, algumas mercadorias foram incluídas equivocadamente no lançamento fiscal em razão do contribuinte ter classificado alguns produtos com NCM de iogurte em sua escritura fiscal. Assim, o fiscal refez os cálculos e excluiu tais produtos considerados equivocados. De mais, deixou de adentrar na análise dos argumentos que dizem respeito às outras infrações já que foram totalmente reconhecidas pelo contribuinte.

Depois do resultado da revisão fiscal, o contribuinte se pronuncia às fls. 500/510 reafirmando sua tese defensiva e afirmando que os demais produtos também devem ser excluídos do lançamento fiscal.

Após regular tramitação, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal acolheu a revisão fiscal e assim exarou Acórdão nº 0196-02/13 por meio do qual julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que os autuantes lavraram o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multas por descumprimento de obrigações acessórias decorrente de 06 (seis) infrações. Após sua defesa o sujeito passivo reconhece a procedência das infrações 02, 03, 04, 05 e 06, tendo efetuado o pagamento. Portanto, não existindo lide, entendo que as mesmas restaram caracterizadas. Assim, no caso em tela, a lide persiste em relação ao primeiro item do Auto de Infração, o qual imputa ao autuado ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito. Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide. Quanto ao pedido de perícia, formulado pelo autuado, indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF/99. Destaco que a fiscalização expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondentes infrações imputadas. A defesa aduziu que existem produtos relacionados que não estão inseridos no sistema de substituição tributária. Por sua vez, na informação fiscal os autuantes reconhecem o lapso e acatam a contestação da empresa, refizeram os cálculos, com a exclusão desses itens: ACTIVIA, DENSIA, ACTIMEL, DANONINHO LEITE FERMENTADO, DANONINHO POLPA, CORPUS, DANUP, DANONINHO PETIT SUISSE, DANONINHO PROMO, DANONINHO 540GR E DANETTE, por não se tratar de produtos sujeitos a substituição tributária, pelo que anexaram um novo demonstrativo dessa infração, reduzindo o valor da autuação para R\$64.613,43. Em relação ao pedido do autuado para que a autuação seja transformada em multa por descumprimento de obrigação acessória, alegando que utilizou os créditos fiscais nas entradas e que teria se debitado nas saídas, entendo que não pode ser acolhido, uma vez que a defesa não comprovou tal alegação. Conforme foi destacado na informação fiscal, e não provado o contrário pela defesa ao se manifestar pela segunda vez nos autos, a alegação de que houve compensação do imposto creditado indevidamente com os débitos das saídas dessas mercadorias não deve prosperar pelos seguintes motivos:

- a) O art. 97 inciso IV, alínea “b” do RICMS veda expressamente o crédito fiscal dessas mercadoria*
- b) A legislação não faculta ao autuado proceder de forma diversa daquela prevista no RICMS/BA. O crédito do imposto relativo a aquisições de mercadorias incluídas no regime de substituição tributária que foi lançado indevidamente não pode ser anulado pelas respectivas saídas tributada*
- c) O art. 356 veda expressamente o uso do crédito fiscal (salvo exceções expressas) das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária*
- d) O art. 356 veda expressamente o uso do crédito fiscal (salvo exceções expressas) das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária*

EXERCÍCIO CRÉDITO INDEVIDO DÉBITO INDEVIDO DIFERENÇAS

2009 56.015,80 33.814,30 22.201,50
2010 25.355,60 21.611,92 3.743,68

Logo, não havendo comprovado por parte do sujeito passivo de que todas as mercadorias, enquadradas nesta situação, saíram com débito do imposto, foi correto o procedimento da fiscalização em lavrar o Auto de Infração relativo ao imposto devido relativo a falta de recolhimento da antecipação tributária. Portanto, no presente caso a situação é diferente ao que ocorreu no Acórdão JF 0113-02/05 citado pela defesa, pois nele, houve a comprovação efetiva de que as mercadorias, em sua totalidade, saíram com tributação normal, repito, fato que não restou comprovado nos autos do PAF em exame. Nesta situação cabe ao contribuinte requerer a restituição do imposto pago indevidamente pelas saídas, e que tiveram os créditos não utilizados na entrada, que forem devidamente comprovados pelo contribuinte, conforme previsto no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (artigos 73 e 74), não podendo ser efetuada essa compensação nos autos do processo em lide. Registro que não existe nenhuma inconstitucionalidade no procedimento de pedido de restituição, o qual poderá ser realizado pelo autuado. Em relação ao argumento defensivo de mesmo que o débito seja inferior ao

crédito, como informam os autuantes, caberia o lançamento somente da diferença, já que o ICMS é o resultado positivo entre débitos e créditos e não simplesmente o crédito indevido, tal raciocínio não se aplica para os produtos elencados na Substituição Tributária, no qual o ICMS é devido, no caso em lide, na entrada das mercadorias, encerrado a fase de tributação na saída. No tocante ao pedido defensivo para “refazimento da escrita fiscal” entendo que a defesa não apresentou elementos necessários para justificar tal procedimento. Quanto ao pedido de isenção ou redução da multa, também não acato por falta de previsão legal, pois o art.158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte. Assim entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado. Ressalto que não existe dúvida em relação a imputada, a qual foi devidamente caracterizada nos autos, e nem em relação às multas aplicadas, estando todas amparadas no art. 42, da Lei nº 7.014/96, não havendo possibilidade da aplicação do “benefício da dúvida” levantado pela defesa. Logo, entendo que a infração 01 restou parcialmente caracterizada no valor R\$64.613,43, conforme demonstrativo elaborado na informação fiscal e reproduzido no relatório do presente acórdão.

Desta decisão, houve interposição de Recurso Voluntário, alegando **preliminarmente** a nulidade do julgamento de piso por não ter deferido a diligência requerida. Disse, neste particular, que o fiscal não observou a verdadeira situação contábil do Recorrente, tendo, inclusive, computado valores relativo à produtos não submetidos à substituição tributária. Continuou dizendo que fora desconsiderado os valores debitados, glosando o crédito integral quando deveria ser lançado apenas as diferenças de saldo entre débitos e créditos e assim, considera que o autuante presumiu realidade que não condiz com a situação fática, constituindo crédito por presunção. Segundo o Recorrente a diligência seria necessário para uma correta análise das operações realizadas identificando saldo devido. Assim, não tendo a JJF acolhido tal pedido, seria nulo o julgamento.

No **mérito**, alega ser insubsistente a infração 1 porque houve anulação do crédito fiscal tido por indevido, já que na apuração mensal, o débito foi computado pela recorrente, por mero equívoco contábil. Justifica tal equívoco pelo fato de comercializar mais de vinte mil produtos e que, por conta desse alto volume de produtos, somente poderia adequar seus sistemas tempos depois da alteração normativa. Diz, também, que tal pratica não causaria prejuízo para o fisco já que as operações seguintes estão livres de tributação e que, apesar do erro, o crédito é anulado pelo débito e afirma que a infração deveria ser convertida em aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória. Diz que mero erro contábil não poderia importar em presunção de que houve recolhimento a menor do ICMS e que deveria ser a validação do procedimento feito pela empresa já que houve anulação dos créditos, ao seu entender, sob pena de incorrer *bis in idem*.

Por fim, alega a desproporcionalidade da multa que lhe foi aplicada, pedindo a sua redução e junta vasta jurisprudência de tribunais sobre o tema e que, persistindo dúvida no julgamento deve-se aplicar a interpretação *in dubio pro contribuinte*.

Encaminhado à PGE/PROFIS, o Procurador José Augusto Martins Júnior opina pelo Não Provimento ao Recurso Voluntário por entender que, em relação à nulidade, é ato decisão a ser tomada pelo próprio julgador, baseado no seu livre convencimento, e que nos autos já se encontram todas as provas necessárias ao julgamento. No mérito entende que o Recurso é genérico e não aponta equívocos do fisco estadual e porque o lançamento já foi depurado nas informações fiscais.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra infração 1, já que o contribuinte entende ser totalmente improcedente.

No que concerne à **preliminar de nulidade** por não ter aquela Junta determinado a realização de perícia, entendo que não há qualquer ferimento à princípios jurídicos que regem a matéria. Entendo da mesma forma como consta no opinativo da PGE/PROFIS quando afirma que a decisão por realizar perícia cabe tal somente ao julgador, que no caso concreto pronunciou-se sobre tal

pedido e afirmou ser desnecessária já que nos autos constam todas as provas necessárias para o julgamento da lide em tela. Além disso, percebo que a Recorrente não juntou qualquer indício de prova que embase sua tese e comprovasse a necessidade de realização de perícia. Assim, afasto a preliminar ventilada.

No **mérito**, noto que o Recorrente apresenta Recurso que não impugna especificamente os possíveis erros cometidos pelo autuante como bem pontuou a PGE/PROFIS e, além disso, suas razões não me parecem suficientes a ensejar a reforma da decisão de piso. A meu ver, a excessiva quantidade de produtos vendidos pelo Recorrente não é justificativa suficiente para reformar a decisão, já que, uma vez que a empresa resolver por bem vender mais de vinte mil produtos, deveria arcar com o ônus de se estruturar e poder se adequar as mudanças legislativas que por ventura pudessem ocorrer.

No que diz respeito ao argumento defensivo de que o crédito é anulado pelo débito também não merece prosperar já que não encontra guarida no RICMS vigente a possibilidade de que o crédito do imposto relativo às aquisições de mercadorias incluídas no regime de substituição poder ser anulado com as saídas de mercadorias tributadas e, de igual modo, não poderia tal compensação ser realizada dentro do processo administrativo fiscal. Além disso, não vislumbro, nos autos, a suposta compensação de débitos e créditos realizada pelo recorrente. Também, a meu ver, não encontra guarida no COTEP o pedido de conversão do lançamento em multa. Por outro lado, como bem pontuou a JJF, cabe ao contribuinte realizar administrativamente o competente pedido de restituição de imposto pago indevidamente.

Também não vejo qualquer violação à razoabilidade na multa aplicada, já que prevista legalmente na legislação de regência, não merecendo qualquer retoque quanto a sua aplicação.

Ainda, ao contrário do que fora alegado, não há ocorrência de *bis in idem* já que não houve duplo pagamento ou dupla cobrança de tributo.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206830.0008/12-0**, lavrado contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$283.908,09**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de janeiro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EDMUNDO JOSÉ BUSTANI NETO – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTOS-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS