

PROCESSO - A. I. Nº 269352.0025/12-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS - Acórdão 3ª CJF nº 0242-13/13
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 10/03/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0026-11/15

EMENTA: ICMS. EXCLUSÃO PARCIAL DE DÉBITO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE REQUISITO DE EXIGÊNCIA DO ICMS. Representação proposta de acordo com o art. 119, II, § 1º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para que seja afastada a cobrança de imposto (obrigação principal), convertendo-se em aplicação exclusiva da multa percentual prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, em face da comprovação de tributação correspondente das operações que foi objeto da glosa de crédito. Inexistência de prejuízo ao erário. Representação **ACOLHIDA**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Parecer de fls. 506 a 510, a PGE/PROFIS após apreciar o pedido de Controle de Legalidade propugnando pela improcedência da infração 1, conforme Decisão contida no Acórdão CJF 0242-13/13, no que tange à cobrança da obrigação principal, acolheu a tese suscitada de inexistência de descumprimento da obrigação principal, e respaldada no art. 136, do COTEB, cc o art. 113, §5º, I do RPAF/BA, encaminhou a presente representação ao CONSEF no sentido de afastar a cobrança do imposto (obrigação principal), convertendo em aplicação exclusiva da multa percentual prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

Conforme sequência dos fatos, o Auto de Infração, lavrado em 13/06/12, acusa utilização indevida de crédito de ICMS de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto (PALETES, CAIXAS PLÁSTICAS, BIN PLÁSTICOS E CAMISÃO TÉRMICO), produtos isentos em suas remessas e retornos, conforme art. 19 do RICMS/97 - R\$47.012.466,56.

O Auto de Infração foi julgado Procedente pela primeira instância (Acórdão Nº 0247-02/12 – fls. 219/229) e Não Provido o Recurso Voluntário (Acórdão Nº 0242-13/13 – fls. 340/353).

O contribuinte peticionou juntada de Termo de Confissão de Dívida (fls. 345 a 370), informando reconhecimento de valor devido R\$2.009.100,16 relativo à “diferença entre débito e crédito fiscal” da movimentação de produtos isentos que foram tributados, conforme cópia de DAEs acostados ao processo com valor principal de R\$1.410.373,99 e R\$598.726,17 e acréscimos de mora de R\$8.257,60 totalizando R\$2.017.357,76, recolhido com os benefícios da Lei Nº 12.903/13.

Interpôs pedido de Controle de Legalidade (fls. 375/397), justificando que promoveu o pagamento referente às diferenças apontadas (débito e crédito) pelo autuante (fls. 210/215).

Às fls. 482 a 485 foi exarado Parecer da procuradora Leila Von Söhsten Ramalho, relatando que os argumentos apresentados foram apreciados nas decisões proferidas pela Junta e Câmara de Julgamento do CONSEF, ao teor do art. 173-A do RPAF e que não há do que se falar em “*mudança de critério jurídico*”, visto que os órgão julgadores são independentes, autônomas e soberanos em seus julgamentos, não havendo efeito vinculante de suas decisões. Indeferiu o pedido e encaminhou à GECOB (inscrição em Dívida Ativa) ou ao Núcleo de Representação Judicial (NRJ).

Foi apensado ao processo, o deferimento de tutela antecipada da Ação Anulatória 0385450-63.2013.8.05.0001 (fls. 488 a 495).

Às fls. 498/489 foi exarado Parecer do Procurador Chefe da PROFIS, Elder dos Santos Verçosa, no qual relata que diante da ação anulatória interposta para desconstituir o crédito tributário em

monta, constatou que apesar do indeferimento do Pedido de Controle de Legalidade (fls. 482/485), a matéria foi objeto de Parecer diametralmente oposto no Processo PGE 20114659689, no qual a Procuradora Maria Helena Mendonça Cruz (AI 281424.0001-12/7) acolheu alegações da mesma empresa autuada, sobre matéria idêntica.

Também, que foram proferidas decisões exaradas pelo CONSEF que acolheram tese do sujeito passivo da relação jurídica tributária, conforme requerimentos conexos (PGE2014361074, PGE2014369618 e PGE2014613211), que foram apensados ao PAF, bem como proposição de transação apresentado pelo autuado através do requerimento PGE 2014361074.

Diante da existência de opinativos colidentes e decisões supervenientes, encaminhou o processo a Procuradora Assistente Paula Gonçalves Morris de Matos para rever o Parecer exarado anteriormente, conforme preceitua o art. 41, II da Lei complementar nº 34/09.

Às fls. 506 a 510, a Procuradora Assistente Paula Gonçalves exarou o Parecer Jurídico, no qual discorda do Parecer emitido às fls. 482/485, relativo ao Pedido de Controle de Legalidade formulado pelo contribuinte, pelos fundamentos a seguir delineados.

- 1) Não acolhimento dos argumentos quanto à materialização da decadência, visto que a contagem de prazo obedeceu ao disposto no art. 107-B do COTEB, plenamente vigente e eficaz à época dos fatos geradores da exação em comento;
- 2) Quanto à tese da inaplicabilidade da isenção dos paletes, caixas plásticas e camisa térmico utilizados pelo requerente, afirma que se enquadram como materiais de acondicionamento e embalagens [portanto, operações isentas];
- 3) Quanto à tese de ausência de prejuízo ao Erário, manifesta que deve ser acolhida a postulação recursal, em razão das alterações introduzidas pela Lei 10.847/07 tendo o art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96 passado a prescrever multa de 60% do valor do crédito fiscal, no caso de utilização indevida, sem descumprimento da obrigação principal.
- 4) Ressalta que esse entendimento já foi sedimentado pelo Conselho Estadual de Fazenda, a exemplo do Acórdão Nº 0206-11/14, cuja emente transcreveu às fls. 508/509. Ressalta que na situação presente o próprio autuante anuiu que os créditos utilizados foram anulados por débitos nas saídas, consoante manifestação às fls. 210/215.
- 5) Salienta que o requerente informa que promoveu o pagamento dos valores correspondente as diferenças apontadas pelo autuante e também do valor correspondente a aplicação da multa proposta sobre o crédito fiscal anulado, com benefício fiscal previsto na Lei nº 12.903/13 (fl. 409);

Afirma que restou comprovado que a utilização indevida de crédito fiscal objeto do lançamento não causou prejuízo ao Erário, encontra-se ausente o requisito da exigência do ICMS, devendo ser convertido em aplicação de multa percentual prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

Conclui que a tese suscitada pelo contribuinte merece guarida, com base na documentação colacionada aos autos, de que há flagrante ilegalidade no lançamento em apreço e diante do previsto no art. 113, §5º, I do RPAF c/c o art. 136, §2º do COTEB, faz-se necessária representação ao CONSEF para afastar a cobrança do imposto e conversão em multa.

Em Despacho às fls. 511/512, o Procurador Chefe da PROFIS Elder dos Santos Verçosa manifesta pelo acolhimento do Parecer às fls. 506/510 de revisão do anterior de fls. 482/485, tendo inclusive citado decisões proferidas pelo CONSEF nos Acórdãos CJF 0065-12/12 e CJF 0206-11/14 seguindo esta linha de entendimento.

VOTO

Trata-se da Representação da PGE/PROFIS ao CONSEF no exercício de controle da legalidade, sob o fundamento de ocorrência de ilegalidade flagrante.

Conforme consta no relatório, da análise dos argumentos expendidos pelo sujeito passivo no seu

Pedido de Controle de Legalidade, constata-se que:

1. O lançamento acusa utilização indevida de crédito fiscal relativo às operações de retorno paletes, caixas plásticas, “bin” plástico e camisa térmico, cujas operações internas são contempladas com isenção (art. 19 do RICMS/97);
2. A empresa alegou que tributou as remessas e os retornos desses bens e que não causou qualquer prejuízo para a Fazenda Pública Estadual;
3. Ressalta que esse entendimento já foi sedimentado pelo Conselho Estadual de Fazenda, a exemplo do Acórdão Nº 0206-11/14, cuja ementa transcreveu às fls. 508/509. Ressalta que na situação presente o próprio autuante anuiu que os créditos utilizados foram anulados por débitos nas saídas, consoante manifestação às fls. 210/215.
4. Conforme demonstrativo apresentado pelo autuante à fl. 213, para um montante de créditos apropriados de R\$47.012.466,56, relativo aos produtos objeto da autuação no período de 2007 a 2011, o contribuinte debitou um montante de R\$47.012.466,56 referente às operações de retornos (saídas) dos mesmos produtos.

Pelo exposto, restando comprovado que apesar de o contribuinte ter se creditado indevidamente do ICMS relativo às operações de retorno de vasilhames, também tributou indevidamente as operações de retorno, não causou prejuízo à Fazenda Pública Estadual. A exigência da glosa do imposto possui amparo na legislação tributária, porém desconsiderando os débitos gerados nas operações de saídas dos mesmos produtos, que comprovadamente, também foi tributada de forma indevida, causa enriquecimento ilícito do Estado.

Ressalte-se que esta mesma linha de entendimento já foi manifestada em decisões proferidas por este Conselho Estadual de Fazenda, a exemplo do Acórdão CJP 0206-11/14.

Assim sendo, ACOLHO a Representação da PGE/PROFIS, para afastar totalmente a exigência do ICMS exigido diante da inexistência de descumprimento da obrigação principal, convertendo-se em aplicação exclusiva da multa percentual de 60% sobre o valor do crédito fiscal que foi escriturado indevidamente, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, conforme demonstrativo abaixo, totalizando R\$28.207.479,91:

DATA DE OCORR.	DATA DE VENCTO	CRÉD. FISCAL INDEVIDO	MULTA 60%
31/01/07	09/02/07	738.238,69	442.943,21
28/02/07	09/03/07	617.704,22	370.622,53
31/03/07	09/04/07	671.090,77	402.654,46
30/04/07	09/05/07	618.764,75	371.258,85
31/05/07	09/06/07	675.584,32	405.350,59
30/06/07	09/07/07	628.847,39	377.308,43
31/07/07	09/08/07	659.781,71	395.869,03
31/08/07	09/09/07	702.226,82	421.336,09
30/09/07	09/10/07	636.710,28	382.026,17
31/10/07	09/11/07	653.728,62	392.237,17
30/11/07	09/12/07	687.134,61	412.280,77
31/12/07	09/01/08	685.452,06	411.271,24
31/01/08	09/02/08	804.083,37	482.450,02
29/02/08	09/03/08	672.980,52	403.788,31
31/03/08	09/04/08	713.737,79	428.242,67
30/04/08	09/05/08	716.402,97	429.841,78
31/05/08	09/06/08	754.346,31	452.607,79
30/06/08	09/07/08	685.720,11	411.432,07
31/07/08	09/08/08	790.319,01	474.191,41
31/08/08	09/09/08	770.431,28	462.258,77
30/09/08	09/10/08	748.877,85	449.326,71
31/10/08	09/11/08	862.465,51	517.479,31
30/11/08	09/12/08	721.711,00	433.026,60
31/12/08	09/01/09	801.266,35	480.759,81
31/01/09	09/02/09	794.083,60	476.450,16
28/02/09	09/03/09	683.453,23	410.071,94
31/03/09	09/04/09	830.784,00	498.470,40
30/04/09	09/05/09	764.178,02	458.506,81
31/05/09	09/06/09	745.056,05	447.033,63
30/06/09	09/07/09	713.799,80	428.279,88

DATA DE OCORR.	DATA DE VENCTO	CRÉD. FISCAL INDEVIDO	MULTA 60%
31/07/09	09/08/09	771.202,45	462.721,47
31/08/09	09/09/09	846.098,33	507.659,00
30/09/09	09/10/09	682.200,79	409.320,47
31/10/09	09/11/09	826.016,92	495.610,15
30/11/09	09/12/09	797.901,64	478.740,98
31/12/09	09/01/10	940.035,02	564.021,01
31/01/10	09/02/10	942.714,97	565.628,98
28/02/10	09/03/10	715.919,89	429.551,93
31/03/10	09/04/10	848.875,92	509.325,55
30/04/10	09/05/10	764.259,60	458.555,76
31/05/10	09/06/10	858.840,94	515.304,56
30/06/10	09/07/10	809.035,62	485.421,37
31/07/10	09/08/10	906.847,18	544.108,31
31/08/10	09/09/10	929.152,83	557.491,70
30/09/10	09/10/10	796.702,80	478.021,68
31/10/10	09/11/10	817.782,08	490.669,25
30/11/10	09/12/10	786.660,59	471.996,35
31/12/10	09/01/11	972.957,70	583.774,62
31/01/11	09/02/11	727.500,48	436.500,29
28/02/11	09/03/11	1.122.634,29	673.580,57
31/03/11	09/04/11	771.191,03	462.714,62
30/04/11	09/05/11	814.380,62	488.628,37
31/05/11	09/06/11	956.396,82	573.838,09
30/06/11	09/07/11	698.173,47	418.904,08
31/07/11	09/08/11	930.390,85	558.234,51
31/08/11	09/09/11	1.178.094,87	706.856,92
30/09/11	09/10/11	720.332,78	432.199,67
31/10/11	09/11/11	706.041,97	423.625,18
30/11/11	09/12/11	805.848,92	483.509,35
31/12/11	09/01/12	1.019.314,18	611.588,51
		TOTAL	28.207.479,91

VOTO EM SEPARADO

Mesmo concordando com o voto do n. Conselheiro Relator, cura ressaltar que tal entendimento não é aquele que já defendi em outras ocasiões idêntica ao dos autos, por entender que não é a melhor interpretação e aplicação da legislação tributária ao caso concreto.

Ab initio, devo lembrar que estamos diante de uma Representação proposta pela n. Procuradoria Estadual e não de um Recurso Voluntário, ou seja, como os pedidos de cada um dos ‘recursos’ são diferentes, os limites da lide e da decisão também são diferentes e mais restritos.

Feito essa importante ponderação, passo ao cerne do julgamento.

Não há dúvida que a conversão da obrigação principal em multa já ser uma medida de justiça fiscal, pois concede uma oportunidade única ao contribuinte que, por sorte, pode se enquadrar no de anistia concedido pela Lei Estadual nº 12.903/13.

Entretanto, dentro da situação vivida nos autos, percebo que a melhor decisão seria pela improcedência da exação, uma vez que, com base nos documentos acostados e, principalmente, nas cópias dos DANFE’s trazidos aos fólios processuais, o Contribuinte efetuou o lançamento em sua escrita fiscal, tanto a crédito, como a débito, escriturando as operações de entradas e saídas dos itens objeto do lançamento.

Tal fato é de grande relevo para a configuração e dimensão da infração ora em lide, bem como para resolução da demanda, pois:

- a) os bens, objeto da autuação, não são comercializados pelo Contribuinte, já que são materiais para acondicionamento, transporte e embalagens dos produtos vendidos;
- b) os bens, objeto da autuação, são isentos diante da atividade e uso realizado pelo Contribuinte, conforme previa o art. 19 do RICMS/BA-97, vigente a época dos fatos;
- c) houve o crédito é o débito do imposto na conta corrente fiscal da empresa, na saída dos bens, anulando totalmente a perda ao erário;

Aliás, não houve a comprovação nos autos de que o Contribuinte, dentro dessa sistemática fiscal errada, deixou de pagar imposto a Erário Público, razão pela o qual, por si só, já era suficiente para anular o débito lançado.

Deste modo, em que pese concordar com voto prolatado, elenco as ressalvas acima expostas para mencionar posicionamento já defendido neste CONSEF, em situações idênticas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **ACOLHER** a representação proposta.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de fevereiro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL - VOTO EM SEPARADO

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS