

PROCESSO - A. I. Nº 140779.0001/13-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - LOJAS AMERICANAS S.A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3ª JJF nº 0269-03/14
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 11/03/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0049-12/15

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Contribuinte apresenta elementos na defesa que elidem parcialmente o valor originalmente cobrado. Infração parcialmente subsistente. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APLICAÇÃO DE ALIQUOTAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Ajustes realizados pelo autuante quando da informação fiscal reduzem o valor devido. Infração parcialmente caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 3ª JJF, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 30/06/2013, para a exigência de ICMS em face da constatação de 3 (três) infrações à legislação fiscal do Estado da Bahia. São elas:

- 1. 01.02.05. - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a junho e setembro de 2008, janeiro de 2009 a dezembro de 2011, no valor de R\$105.852,46, acrescido da multa de 60%;*
- 2. 03.02.02. - recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2008 e abril de 2008 a dezembro de 2011, no valor de R\$146.848,53, acrescido da multa de 60%;*

Regulamente notificado, o contribuinte apresentou impugnação às fls. 68/76, reconhecendo parcialmente as infrações 1 e 2 e totalmente a infração 3, tendo pago a quantia entendida como devida conforme comprovante de fls. 101/104. Quanto ao valor remanescente da infração 01, atacou o levantamento fiscal sob o argumento de que diversas mercadorias foram consideradas como submetidas ao regime de substituição tributária (ST), quando à época do fato gerador regime não era aplicável. No que se refere à infração 02, aduz que a Autoridade também teria erroneamente observado a legislação aplicável, tendo aplicado a tributação normal do ICMS na saída de mercadorias sujeitas ao regime de ST.

Às fls. 122/123 o Ilustre Auditor Fiscal apresenta informações, reconhecendo parte dos argumentos da impugnação e realizando nova apuração, a partir da qual mantém a cobrança de saldo residual.

Submetido o tema para julgamento da 3ª JJF, decidiu-se pela realização de nova diligência (f. 134).

Em retorno à solicitação de diligência, o autuante informa que excluiu da diligência os valores residuais relativos ao ano de 2009 em virtude da não localização das planilhas originais e devido ao fato do valor residual para o referido período ser de R\$ 14,86, supostamente desprezível. Quanto aos demais períodos, conclui pela existência de saldo residual do imposto devido de R\$ 14.962,14.

Submetido o Auto de Infração novamente à julgamento pela 3ª JJF, o Auto de Infração foi

considerado procedente em parte sob os seguintes fundamentos:

No mérito, na infração 1, o autuado foi acusado de utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Nas razões defensivas o impugnante reconheceu parcialmente o cometimento da infração. Elaborou demonstrativo relacionando as mercadorias que estavam sujeitas a substituição tributária concordando com a autuação. No entanto, apontou mercadorias que remanesceram no levantamento do autuante, afirmando que a exigência fiscal não merecia prosperar, visto que tais produtos não se sujeitavam ao regime de antecipação tributária no momento da ocorrência do fato gerador. Procedeu ao recolhimento do imposto no montante dos valores reconhecidos.

A infração 02 trata do recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Também neste caso, o autuado reconheceu parcialmente os valores cobrados na autuação. Disse ter identificado no levantamento fiscal, mercadorias que se encontravam enquadradas no regime de substituição tributária, logo, estariam com fase de tributação encerrada, não havendo que se falar em aplicação de alíquotas indevidas nas operações de saídas. Procedeu ao recolhimento da parte reconhecida como devida.

Na informação fiscal, o autuante concordou com os argumentos defensivos, para as infrações 01 e 02. Declarou que diante dos fatos e argumentos apresentados pelo defendente e os fatos detalhados na informação fiscal e mais os esclarecimentos adicionais realizadas na diligência, elaborou planilha resumo e explicativa, apontando os valores remanescentes.

Da análise dos elementos que compõe o PAF, vejo que de fato, do levantamento fiscal que embasou a infração 01, constavam mercadorias que no momento da ocorrência do fato gerador estavam fora do regime de substituição tributária. No exercício de 2009 é o caso das mercadorias classificadas no código NCM/SH nº. 22042100, 22060010 e 22042911 (bebidas alcoólicas). No exercício de 2010, os produtos: tubes tubinhos Cítricos 80, 39249000, organizador de ferragens, cartão de memória micro, carro Stillo Speedy. Em 2011, tubes tubinhos maracujá, Torrone Cast Caju, Bisc Polvilho Light, Bisc Polvilho Salsa/ceb, Torrone 20g Natal, Adaptador Assento Elka Prince, Babador Colibri Panda Lili, Babador Plástico Marie Derm.

Na infração 02, a acusação fiscal é de erro na aplicação da alíquota, visto que o contribuinte teria aplicado alíquota zero nas saídas das mercadorias relacionadas pelo autuante. Constatado que parte das mercadorias consignadas no levantamento fiscal, encontravam-se submetidas ao regime de substituição tributária, portanto com fase de tributação encerrada, a exemplo de diversos tipos de salgadinhos.

Impende registrar que o autuante quando da realização de diligência solicitada por esta 3ª JF, declarou que os valores residuais cobrados nas duas infrações referentes ao exercício de 2009 foram excluídos da diligência por não ter conseguido localizar as planilhas originais referentes ao período e porque tais valores totalizam precisamente R\$14,86, desprezível, considerando o valor total do presente PAF.

Vale salientar que o tributo é indisponível e a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória. A autoridade administrativa dela incumbida não tem a faculdade de exercitá-la, ou não, a seu critério.

Em relação ao referido valor de R\$14,86, com fulcro no art. 156 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, devido a falta de liquidez e certeza, no caso em comento, o declaro nulo e represento a autoridade competente para que verifique a possibilidade de instaurar novo procedimento fiscal objetivando resguardar os interesses do Estado.

Desta forma, acato o novo demonstrativo elaborado pelo autuante contido no CD (mídia eletrônica) fl.140, a infração 01 remanesce em R\$58.866,82 e a infração 02 subsiste em R\$119.964,77. Infrações parcialmente caracterizadas.

A Junta de Julgamento Fiscal, então, recorreu de ofício da Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

VOTO

O Recurso de Ofício é cabível, nos termos do art. 169, I, "a" do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, tendo em vista que o valor do débito exonerado supera a quantia de cem mil reais.

Como se observa, o objeto do Recurso de Ofício é a redução do débito originário do Auto de Infração, especificamente das infrações 1 e 2.

Em ambos os casos, o Ilustre Auditor Fiscal reconheceu o equívoco de parte da autuação, tendo sido certificado que na infração 1 constavam mercadorias que, no momento do fato gerador estavam fora do regime de ST, de modo que o aproveitamento do crédito fiscal foi legítimo, e, em relação a infração 2, constavam mercadorias submetidas ao regime de ST, cuja saída não poderia ser tributada, vez que já encerrada a tributação em fase anterior da cadeia. Neste ponto, a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal não merece reparos.

Com relação ao período de 2009, também me parece acertada a Decisão da JJF no que diz respeito da nulidade do lançamento original em função da não verificação do valor supostamente devido na diligência determinada pela Junta de Julgamento, o que representa incerteza quanto ao lançamento e até mesmo cerceia o direito de defesa do contribuinte.

Em verdade, entendo que a autoridade fiscal errou quando considerou desprezível o crédito tributário. Em que pese o art. 107-C do COTEB (Lei nº 3.956/81) trazer piso de R\$ 200,00 para lançamento e inscrição em dívida ativa, bem como o art. 38 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, dispor que o Auto de Infração será lavrado apenas para o lançamento de créditos cujo o valor supere R\$ 10.000,00, estes valores se referem ao montante global dos lançamentos. Uma vez superados os valores de referência, não cabe ao fiscal efetuar juízo de valor para deixar de lançar o tributo. Desta forma, entendo cabível e pertinente a representação para a autoridade competente verificar a possibilidade de efetuar procedimento fiscal se entender cabível.

Assim sendo, entendo acertada a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou procedente em parte o Auto de Infração em análise, mantendo parte das infrações 1 e 2, e mantendo o total da multa por descumprimento de obrigação acessória consignada na infração 3.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto e pela homologação da Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **140779.0001/13-4**, lavrado contra **LOJAS AMERICANAS S.A.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$178.831,59**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, incisos VIII, “a” e II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessórias no valor de **R\$1.380,00**, prevista no inciso XIII-A, “j”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de fevereiro de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

LEONARDO NUNEZ CAMPOS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS