

PROCESSO - A. I. Nº 023218.5101/15-2
RECORRENTE - SUPERMERCADO TOLENTINO EIRELI
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0106-03/16
ORIGEM - INFAS BRUMADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/02/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0029-12/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** LANÇAMENTO NA ESCRITA FISCAL EM DUPLICIDADE. Irregularidade demonstrada nos autos. Mantida Decisão recorrida. **b)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. **c)** SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO UTILIZADOS NA COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS. **d)** SERVIÇOS DE ENERGIA ELÉTRICA UTILIZADOS NA COMERCIALIZAÇÃO DE MERCADORIAS. **e)** AQUISIÇÕES DE BENS PARA O ATIVO FIXO. **f)** AQUISIÇÕES DE MATERIAIS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Fatos comprovados nos autos. Mantida decisões recorridas. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES DE BENS PARA INTEGRAR O ATIVO FIXO. FALTA DE RECOLHIMENTO. O imposto devido referente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual nas aquisições de bens para integrar o ativo fixo do estabelecimento foi registrado na rubrica de “outros débitos”, da competência de Dez/10. Infração insubstancial. Modificada Decisão recorrida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Contribuinte não logra êxito em elidir a autuação. Mantida decisões recorridas. Rejeitada preliminar de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 24/06/2015, que exige crédito tributário no valor total histórico de R\$28.957,35, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

- 1. 01.02.20 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade. Creditou-se de ICMS devido por antecipação parcial em duplicidade no mês de junho de 2010, no valor de R\$283,00, acrescido da multa de 60%;*
- 2. 06.01.01 - deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio do estabelecimento, no mês de dezembro de 2010, no valor de R\$1.000,00 acrescido da multa de 60%;*
- 3. 01.02.36 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de Comunicação utilizado na comercialização de mercadorias, no valor de R\$742,13 acrescido da multa de 60%, nos meses de agosto a dezembro de 2010;*
- 4. 01.02.01 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida para integrar o ativo permanente do estabelecimento nos meses de julho e dezembro de 2010, no valor de R\$3.624,18 acrescido da multa de 60%;*
- 5. 01.02.18 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias nos meses de março a outubro e dezembro de 2010, no valor de R\$8.682,91 acrescido da multa de 60%;*

6. 01.02.02 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a material adquirida para uso e consumo do estabelecimento nos meses de janeiro a outubro e dezembro de 2010, no valor de R\$5.356,52 acrescido da multa de 60%;

7. 01.02.06 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de abril, maio, julho, setembro e outubro de 2010 no valor de R\$2.071,59, acrescido da multa de 60%;

8. 07.15.02 - recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas a comercialização, nos meses de fevereiro, maio, julho a setembro e dezembro de 2010, no valor de R\$1.350,08 acrescido da multa de 60%;

9. 07.01.02 - recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, nos meses de janeiro a junho, agosto, setembro e dezembro de 2010, no valor de R\$5.846,94, acrescido da multa de 60%;

O autuado apresentou impugnação às fls. 65 a 76, requerendo preliminarmente a nulidade absoluta do auto em epígrafe, e caso resista os argumentos preliminares que seja determinado a improcedência total do Auto de Infração, restabelecendo assim o direito e a justiça e que seja feito a restituição dos valores recolhidos a maior.

O autuante detalhou a informação fiscal às fls. 224 a 229, rebatendo as justificativas da defesa e decidindo pela manutenção a procedência total do Auto de Infração.

Nesse caminhar a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 3ª JJF que votou pela Procedência do Auto de Infração, nos seguintes termos:

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir crédito fiscal relacionado ao ICMS no montante de R\$ 28.957,35, acrescido da multa de 60%, relativo a 09 (nove) irregularidades, conforme descrito na inicial que serão o objeto da apreciação nas linhas seguintes.

O defensor alegou que o Auto de Infração seria nulo, considerando que o artigo 38 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99 determina que para ser caracterizado, no Auto de Infração o valor tem que ser igual ou superior a R\$ 39.720,00. Como o referido lançamento fiscal tem por montante o valor de R\$ 28.957,35, entendeu que não se pode falar em Auto de Infração e sim de Notificação Fiscal conforme determina o artigo 48 do RPAF/99.

Observo que a matéria citada pelo contribuinte está normatizada no § 3º do art. 38 do RPAF/99, que para melhor entendimento reproduzo, in verbis:

Art. 38. O Auto de Infração será lavrado para exigência de crédito tributário de valor igual ou superior a R\$ 39.720,00 (trinta e nove mil setecentos e vinte reais), sempre que for constatada infração à legislação tributária, quer se trate de descumprimento de obrigação principal, quer de obrigação acessória.

§ 3º O débito constante no Auto de Infração, para efeito de intimação, será expresso pelos valores do tributo e pela indicação das penalidades, ficando sujeito à apuração, no momento do pagamento, dos valores das multas, da atualização monetária e dos acréscimos moratórios incidentes.

Analizando o dispositivo expresso acima, podemos observar que o valor a que se refere a norma, não se restringe ao valor histórico cobrado no lançamento fiscal e sim, ao consignado discriminadamente no demonstrativo de débito, parte integrante do Auto de Infração fls.06/08, onde consta acrescido ao débito, a atualização monetária, multa e demais acréscimos legais.

Dessa forma, a alegação defensiva encontra-se equivocada, rejeito, portanto, a nulidade suscitada.

Preliminarmente verifico que não se encontra no presente PAF violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal, bem como na narrativa dos fatos e correspondentes infrações, não estando presentes nos autos, qualquer dos motivos de nulidades elencadas nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

Observo que foi imputado ao autuado o cometimento de nove infrações à legislação tributária. Da análise da defesa apresentada associada aos documentos trazidos ao PAF para sustentar suas alegações, constato que o sujeito passivo não negou ter cometido qualquer das irregularidades apontadas pela fiscalização. Restringiu-se a alegar que teria realizado recolhimentos maiores que os valores apurados em seu livro RAICMS no período fiscalizado e que tais valores compensariam o imposto cobrado pelo Auto de Infração, remanescendo ainda importâncias a serem restituídas pelo Fisco.

No mérito, as infrações apuradas pelo Fisco referem-se à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referentes ao lançamento em sua escrita fiscal de: duplicidade de ICMS antecipação parcial, infração 01; aquisição de Comunicação utilizada na comercialização de mercadorias, infração 03; mercadoria adquirida

para integrar o ativo permanente do estabelecimento, infração 04; aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias, infração 05; material adquirido para uso e consumo do estabelecimento, infração 06; aquisição de mercadorias com pagamento do imposto por substituição tributária, infração 07.

Compulsando os autos, verifico que o autuado não apontou qualquer fato desconstitutivo, impeditivo ou modificativo das infrações relatadas. Apenas apresentou o entendimento de que teria efetuado recolhimentos em montantes superiores aos valores lançados no Auto de Infração e com isso, não só compensaria os valores devidos, como teria o direito de requerer ao Estado, a restituição do indébito, conforme documentos que anexou.

O autuante na informação fiscal, afirmou que da análise dos documentos acostados ao PAF pela defesa, constatou que o autuado efetivamente, recolheu o ICMS apurado sob regime normal, a maior do que o lançado a recolher em sua escrita fiscal. Entretanto, comentou a intenção do autuado em pleitear a restituição do que foi pago a mais e que pelos termos da defesa o contribuinte revela entendimento de que teria direito a restituição dos valores recolhidos a mais, abatendo-se apenas o valor do ICMS normal apurado, sem, contudo diminuir os créditos indevidos lançados em seu livro Registro de Apuração, apontados no Auto de Infração.

Da análise dos elementos que compõem o PAF observo que as irregularidades foram apuradas com base nos livros e documentos fiscais do autuado apresentados à fiscalização que identificou em sua escrituração fiscal, diversos créditos utilizados indevidamente. O autuado que exerceu livremente o contraditório e a ampla defesa, não trouxe aos autos qualquer elemento que tivesse o condão de elidir estas infrações, portanto restaram devidamente caracterizados estes itens do Auto de Infração.

Quanto à alegação do deficiente, de que em todos os meses de ocorrências das infrações realizou recolhimentos a maior do que o ICMS apurado sob regime normal lançado em seu Livro Registro de Apuração, requerendo a compensação, saliento que não há previsão legal nesse sentido, nesta fase do processo administrativo fiscal. No entanto, sendo um indébito, tem o contribuinte, oportunamente, o direito de postular a restituição do valor indevidamente lançado, inclusive para quitar os valores lançados neste Auto de Infração.

No caso em exame, o contribuinte poderá requerer a restituição do indébito na forma preconizada pelos arts. 73 e 74 do RPAF/99, cuja apreciação será feita pela autoridade fazendária competente, recomendando-se uma nova ação fiscal, que diante dos livros e documentos do autuado, seja refeito a conta corrente fiscal do autuado, com o objetivo de apurar a legitimidade dos valores alegados.

A infração 02 refere-se a falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no mês de dezembro de 2010, no valor de R\$1.000,00. O autuado adquiriu no estado do Paraná uma Câmara Frigorífica Térmica conforme nota fiscal nº 1489, demonstrativo fl. 11.

Observo que é devido o imposto referente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual nas aquisições em outras unidades da Federação, de bens para integrar o ativo fixo do estabelecimento, nos termos do art. 2º do inciso IV da Lei 7.014/96.

O autuado não carreou aos autos qualquer elemento que tivesse o condão de elidir a autuação. Infração procedente.

As infrações 08 e 09 tratam respectivamente, do recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas a comercialização e do recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

O impugnante alegou que nesse item da autuação, parece que os recolhimentos não foram observados, pois os impostos foram totalmente recolhidos conforme DAES que anexou, onde constariam os números das notas fiscais que foram cobradas pelo auditor.

Analizando os documentos apresentados, vejo que os valores recolhidos pelo autuado, constantes da relação juntada às folhas 101 a 105, foram todos considerados e lançados no levantamento fiscal. Saliento que nestas infrações foram exigidos créditos em decorrência de recolhimento realizado a menos pelo sujeito passivo, sendo levados em consideração para apuração do ICMS devido, os valores efetivamente recolhidos. Infrações 08 e 09 mantidas.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida pela 3ª JJF, o autuado interpôs Recurso Voluntário às fls. 255 a 272, com o intuito de requerer a nulidade e/ou improcedência do Auto de Infração em epígrafe.

Inicialmente suscita preliminar de nulidade absoluta do Auto de Infração quanto a sua forma, com base no artigo 38 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, este que diz que para ser caracterizado o Auto de Infração deve ser de igual valor ou superior a R\$39.720,00.

Explica que o lançamento de ofício ora analisado tem montante de R\$28.957,35, dessa forma, justifica, assim como fez em sua impugnação, que não se deve falar em Auto de Infração e sim em Notificação Fiscal, se embasando no Art. 48 do RPAF/BA/99.

Salienta que, como se não bastasse a nulidade absoluta do Auto de Infração, o autuante não agiu da forma costumeira quando da análise e coleta dos dados, conforme explica abaixo.

No que tange a infração 1, assevera que autuação não poderá prosperar, ao explicar que na competência alegada, recolheu ICMS normal no valor de R\$4.366,92, sendo assim, recolheu ICMS a mais do que o ICMS declarado, por esta razão, mesmo utilizando indevidamente o crédito no valor de R\$283,00 alegado pelo autuante, afirma que o Fisco não teve prejuízos, pois na competência em questão houve recolhimento a mais, com isso, requer a improcedência da infração.

Referente a infração 2, afirma que o autuante não teve a cautela de identificar o pagamento do ICMS-DIFAL, lançando indevidamente o crédito tributário e induzindo o pagamento em duplicidade, com isso, requer também a improcedência total da infração.

No que tange as infrações 3, 4, 5, 6 e 7, alega que nas competências citadas o autuante menciona a utilização de crédito indevido, contudo fica evidente que em todas as competências recolheu uma considerável quantia a maior de ICMS, desta forma requer a improcedência destas infrações, pois, percebe que o fisco não teve prejuízos.

Nas infrações 8 e 9, o autuado comenta que mais uma vez o autuante cometeu erro em suas atividades. Aduz que as irregularidades apontadas nessas infrações não poderão prosperar, pois, os impostos foram totalmente recolhidos, comprovado através dos comprovantes de pagamentos anexados ao PAF.

Afirma que o parâmetro para a fiscalização foi o livro de apuração do ICMS, o mesmo apresentado em sua súplica recursal. Ilustra o somatório do mês de janeiro a dezembro de 2010 dos valores a recolher apurados através do mencionado livro e para confronto e comprovação do alegado em sua tese, detalha também a soma dos impostos recolhidos no mesmo período, abaixo reproduzido.

| LIVRO DE APURAÇÃO DO ICMS | IMPOSTOS RECOLHIDOS |
|-----------------------------|------------------------------|
| 01/2010 – R\$ 1.293,88 | 01/2010 – R\$ 4.227,26 |
| 02/2010 – R\$ 5.378,93 | 02/2010 – R\$ 6.425,90 |
| 03/2010 – R\$ 1.090,72 | 03/2010 – R\$ 3.640,58 |
| 04/2010 – (SALDO CREDOR) | 04/2010 – R\$ 1.875,14 |
| 05/2010 – R\$ 4.565,52 | 05/2010 – R\$ 6.251,06 |
| 06/2010 – R\$ 1.305,84 | 06/2010 – R\$ 4.366,92 |
| 07/2010 – R\$ 1.855,35 | 07/2010 – R\$ 6.324,26 |
| 08/2010 – R\$ 2.324,52 | 08/2010 – R\$ 4.785,54 |
| 09/2010 – R\$ 3.617,32 | 09/2010 – R\$ 4.894,06 |
| 10/2010 – R\$ 6.958,71 | 10/2010 – R\$ 8.076,67 |
| 11/2010 – R\$ 4.042,03 | 11/2010 – R\$ 4.672,44 |
| 12/2010 – R\$ 5.532,53 | 12/2010 – R\$ 8.260,93 |
| TOTAL – R\$37.965,35 | TOTAL – R\$ 63.800,76 |

Questiona sobre o cumprimento do princípio da razoabilidade. Alega que tal princípio não foi observado pelo autuante, que sabedor da legalidade da contabilidade da Auditoria, deveria ter considerado os seus registros, evitando, desta forma os prejuízos que estão a vista caso não seja aceita as razões de seu petitório.

Por fim, requer preliminarmente a nulidade absoluta do auto em epígrafe e caso resista os argumentos preliminares, que seja determinado a improcedência total do Auto de Infração epigrafado, restabelecendo assim o direito e a justiça.

VOTO

Temos sob julgamento o Recurso Voluntário interposto no sentido de modificar a Decisão da 3ª

JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, o qual fora lavrado para exigir ICMS do sujeito passivo em decorrência de 9 (nove) irregularidades, relativas à falta de recolhimento, ao recolhimento a menos e a utilização indevida de crédito fiscal, no exercício de 2010.

O autuado atua no ramo de varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios (supermercado) e apurou o ICMS há época dos fatos pelo regime de conta corrente fiscal.

Da análise das peças processuais, inicialmente, há de se salientar que o lançamento de ofício do crédito tributário preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, a qual foi plenamente exercida, uma vez que a infração foi devidamente tipificada e documentada.

O autuado arguiu quanto a preliminar, de que o lançamento seria nulo por não ter obedecido o artigo 38 do RPAF/BA/99, vez que o Auto de Infração possui valor inferior à R\$39.720,00, e que portanto, caberia em seu lugar a notificação fiscal, conforme reza o Artigo 48.

Informo que a nova redação do Art. 38 passou a vigorar em 01/02/2015, da forma a qual transcrevo abaixo:

Art. 38. O Auto de Infração será lavrado para exigência de crédito tributário de valor igual ou superior a R\$ 39.720,00 (trinta e nove mil setecentos e vinte reais), sempre que for constatada infração à legislação tributária, quer se trate de descumprimento de obrigação principal, quer de obrigação acessória.

Logo, a alçada para a lavratura do Auto de Infração foi obedecida, lembrando que, quando a legislação fala em crédito tributário, comprehende o valor do imposto, da multa e dos acréscimos moratórios, o que neste lançamento fiscal, supera o limite estabelecido. Por tal razão, não acolho a preliminar.

Quanto ao mérito, o sujeito passivo rebate todas as acusações contra si impostas, as quais passo a tratar.

No que tange a infração 1, consta que o autuado utilizou indevidamente no exercício de jun/2010, crédito fiscal de ICMS referente a lançamento em duplicidade. Trata-se da Antecipação Parcial, lançada a mais na rubrica de “outros créditos”, no valor de R\$283,00, conforme consta no livro de apuração do ICMS acostado à fl. 56. Por mais que o autuado tenha pago ICMS Normal a mais do que o montante declarado, o momento desse julgamento não é apropriado para uma possível compensação. Como essa é a alegação para rebater todas as infrações caracterizadas, voltarei a tratar sobre o assunto ao final deste voto. Quanto a esta infração, voto pela manutenção da Decisão recorrida.

Em relação à Infração 2, da competência de Dez/10, o autuado é acusado de não ter recolhido o ICMS-DIFAL, na aquisição de uma “câmara frigorífica isopainel térmico”, no valor total de R\$10.000,00, adquirida do Paraná, conforme demonstrativo anexo à fl. 11. Acontece que ao manusear os Autos, constatei que na fl. 283, está presente o comprovante de pagamento, extraído do próprio site da SEFAZ, no valor de R\$1.000,00, com o código específico de “ICMS complem. Alíq.uso e consumo/ativo fixo”, bem como no histórico de pagamentos também extraído do site da SEFAZ (fl. 105). Desta forma, modifiro Decisão recorrida quanto a esta infração.

As infrações 3 a 7 foram demonstradas em um único levantamento elaborado pelo autuante (fls. 12 e 13), pois se tratam todas de crédito indevido de ICMS.

Referente a Infração 3, o autuado se creditou indevidamente de ICMS sobre as aquisições de serviços de comunicação. Isto porque a empresa tem como objeto o comércio de mercadorias e desta forma não se enquadra nas situações elencadas no Inciso IV do §1º do Art. 29 da Lei nº 7.014/96, abaixo reproduzido:

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

§ 1º O uso do crédito fiscal ocorrerá:

IV - tratando-se de recebimento de serviços de comunicação utilizados pelo estabelecimento:

a) a partir de 1º de novembro de 1996:

1 - quando tenham sido prestados na execução de serviços da mesma natureza;

2 - quando sua utilização resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção desta sobre as saídas ou prestações totais; e

b) a partir da data prevista na Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996, nas hipóteses de recebimento de serviços de comunicação utilizados pelo estabelecimento não indicadas na alínea anterior.

Acompanho, portanto, a Decisão recorrida no que tange a Infração 3.

No que se refere à Infração 4, consta que o autuado se creditou indevidamente de ICMS sobre as mercadorias adquiridas para o ativo permanente do estabelecimento. Ainda que fosse possível o aproveitamento do crédito de ICMS sobre essas aquisições, a forma apropriada para o uso do crédito esteve estabelecida no Inciso I do §17º do Art. 93 do RICMS/BA/97 há época dos fatos, devendo ser feita em 48 parcelas, conforme detalhado abaixo:

§ 17. O uso do crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo immobilizado e respectivo serviço de transporte, ocorridas a partir de 1º/1/2001 fica sujeito as seguintes disposições (Lei nº 7710):

I - a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento;

Por esta razão, mantenho Decisão recorrida referente à Infração 4.

A quinta infração, também é de crédito de ICMS apropriado indevidamente, desta vez sobre as aquisições de energia elétrica. Da mesma forma do serviço de comunicação, este item, utilizado na atividade comercial, não gera direito a crédito, conforme dispõe o Parágrafo 1º do Art. 29 da Lei nº 7.014/96, abaixo reproduzido:

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

§ 1º O uso do crédito fiscal ocorrerá:

III - tratando-se de entrada de energia elétrica no estabelecimento:

a) a partir de 1º novembro de 1996:

1 - quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;

2 - quando consumida no processo de industrialização;

3 - quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação de serviço destinada ao exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e

b) a partir da data prevista na Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996, nas hipóteses de entrada de energia elétrica no estabelecimento, não indicadas na alínea anterior;

Mantenho a Decisão recorrida também em relação à quinta infração.

Quanto ao crédito utilizado indevidamente na aquisição de mercadoria para uso e consumo do estabelecimento, conforme relata a Infração 6, também acato a Decisão recorrida, pois sobre este tipo de aquisição, ainda não é possível o aproveitamento do crédito, conforme determina o Inciso II, do §1º do Art. 29 da Lei nº 7.014/96.

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

§ 1º O uso do crédito fiscal ocorrerá:

II - a partir da data prevista na Lei Complementar Federal nº 87, de 13 de setembro de 1996, tratando-se de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento e respectivos serviços de transporte;

No que tange a sétima infração, consta que o autuado se creditou de indevidamente na aquisição de mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária. Ora, a premissa básica desse regime é a impossibilidade de utilização do crédito de ICMS, em razão do pagamento do imposto por antecipação tributária, nas aquisições de mercadorias sujeitas à substituição tributária. Assim tratava o Art. 356 do RICMS/BA/97 há época dos fatos:

Art. 356. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.

Por esta razão, mantenho a Decisão recorrida quanto a Infração 7.

Analisarei as infrações 8 e 9 em conjunto, por se tratarem de recolhimento à menor do ICMS antecipação parcial e antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, respectivamente.

O autuado alegou que ambos os tributos foram totalmente recolhidos e por uma falha do autuante foram lavradas às duas infrações. Ao analisar o histórico de pagamentos, trazido aos Autos pelo próprio sujeito passivo (fls. 37 a 41), observei que todos os pagamentos, com os referidos códigos dos impostos aqui destacados, foram considerados, para abatimento do valor final encontrado e registrado nas duas infrações, conforme levantamento feito pelo autuante às fls. 14 a 41. O autuado não trouxe provas documentais que fossem capaz de elidir ambas as infrações, desta forma, mantenho a Decisão recorrida quanto as infrações 8 e 9.

Por fim, em todas as infrações o autuado reclamou dos valores cobrados, explicando que em todas as competências do exercício de 2010 houve recolhimento de ICMS à maior. Lamentando o fato de não mais haver possibilidade de restituição do indébito, caso ainda não tenha sido feito, seja por pedido formal, seja por lançamento do montante recolhido a maior em sua escrita fiscal, a questão é que este julgamento não é momento adequado para esse tipo de compensação. Não teríamos competência e autonomia para legitimar esses valores. Como exemplo, nesse próprio exercício de 2010, na competência de junho/10 foi apropriado o montante pago à maior do mês de janeiro/10 e assim pode ter acontecido com o montante pago à maior nas demais competências, podendo ter sido lançado a crédito em outros exercícios não abrangidos nesta fiscalização.

Por todo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 023218.5101/15-2, lavrado contra **SUPERMERCADO TOLENTINO EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$27.957,35**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a” e II, alíneas “f” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TIAGO DE MOURA SIMÕES - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS