

PROCESSO - A. I. Nº 269189.1818/14-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e L-SETE COMERCIAL AGRÍCOLA LTDA.
RECORRIDOS - L-SETE COMERCIAL AGRÍCOLA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0201-04/17
ORIGEM - INFAS BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/07/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0120-12/19

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SAÍDAS SUBSEQUENTES EFETUADAS COM ISENÇÃO. Após revisão, via diligência, o fiscal considerou os argumentos recursais expostos em sua planilha referente aos documentos acostados pelo recorrente: “*notas fiscais de devolução de compra*”, com os valores dos créditos originais, em detrimento ao crédito informado sem composição na planilha sintética, sendo que foram refeitos os demonstrativos, apresentando os novos créditos glosados. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS.. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/03/2015, para exigir ICMS do sujeito passivo no valor de R\$259.915,51, sendo objeto dos presentes recursos apenas a infração 03, abaixo descrita:

Infração 03 – RV & RO – Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto, nos meses de julho, setembro à dezembro de 2011, janeiro, fevereiro, maio, agosto à dezembro de 2012 e janeiro à abril, julho à dezembro de 2013. Valor histórico de R\$252.139,38. Multa de 60%.

O autuado apresentou defesa administrativa às fls. 79 e 80. Afirmou que já tinha conhecimento que deveria fazer o estorno de crédito do ICMS, referente às entradas de mercadorias quando estas fossem revendidas com isenção no Estado da Bahia, porém ressaltou que no mesmo período também efetuou vendas desses produtos à clientes localizados em outros Estados da Federação, e neste caso teria que recolher o ICMS com redução na Base de cálculo, já que fazia jus ao crédito dessas entradas.

O autuante apresentou informação fiscal às fls. 101 e 102, rebatendo as alegações defensivas, mantendo na íntegra o lançamento de ofício.

Diante das alegações e das provas apresentadas, a 3ª JJF, em sessão de julgamento, decidiu pela conversão do processo em diligência (fl. 109) para que o autuante calculasse a proporcionalidade das saídas internas (por período mensal) beneficiadas com a isenção e, em seguida, aplicasse os percentuais apurados sobre as operações de entradas dessas mesmas mercadorias, calculando mensalmente o valor do estorno de crédito fiscal.

Assim foi feito, o autuante apresentou nova planilha demonstrativa à fl. 112, reduzindo o valor originalmente lançado referente à infração 03 de R\$252.139,38 para R\$174.233,54.

Ainda insatisfeita com a redução do lançamento, a autuada apresentou manifestação às fls. 139 e 140, colacionando novos elementos de prova, razão pela qual a 3ª JJF decidiu converter novamente o PAF em diligência (fl. 146), para que o autuante se pronunciasse, tendo este mantido sua posição firmada na última informação fiscal prestada da fl. 112, ratificado com os cálculos ali expostos.

Após novas manifestações de ambas as partes, a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 4ª JJF que votou por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração, nos seguintes termos.

VOTO

O Auto de Infração imputa ao autuado o cometimento de três infrações. Na apresentação da defesa o sujeito passivo se insurge apenas em relação à infração 03. Portanto, em razão de inexistir lide em relação às demais julgo-as totalmente procedente.

A infração 03 diz respeito a falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias no estabelecimento, cujas saídas subsequentes ocorreram com isenção do imposto.

Na apresentação da defesa o contribuinte afirma ter conhecimento de que deveria efetuar o estorno de crédito do ICMS, referente às entradas de mercadorias quando estas fossem revendidas com isenção, no Estado da Bahia, de acordo com o artigo 30, inciso I da Lei 7.014/96 c/c o art. 312, inciso I, do RICMS/BA.

Esclarece que a empresa também efetua vendas desses produtos a clientes localizados em outros estados da Federação, e neste caso terá que recolher o imposto com redução da Base de Cálculo, portanto, entende que faz jus ao crédito dessas mercadorias.

Informa que tal entendimento está respaldado pelo Parecer DITRI nº 29205/2012 de 11/12/12 em resposta à sua consulta sobre a questão, porém, a fiscalização estornou 100% dos créditos das entradas. Assim sendo, entende que também terá direito ao estorno das saídas, conforme planilha que elaborou, o que não foi considerado pela fiscalização.

O autuante ao se manifestar não concorda com a metodologia sugerida pela defendente por estar em desacordo com as conclusões do Parecer da DITRI nº 29205/2012, que em nenhum momento admite o direito ao estorno de débito nas saídas,

A controvérsia, portanto, restringe-se à metodologia a ser utilizada para mensuração dos estornos de créditos fiscais de ICMS decorrentes de operações internas realizadas com isenção, uma vez que foram adotados critérios distintos pelas autoridade lançadora e pelo autuado.

De fato, o art. 312 do RICMS/12 dispõe sobre a obrigatoriedade de estorno do crédito fiscal usado nas aquisições de mercadorias, objeto de saída posterior beneficiada com isenção ou redução de base de cálculo, da seguinte forma:

Art. 312. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

Por outro lado, no caso em questão, de acordo com a Ordem de Serviço nº 500076/15, fl. 07 a empresa tem como atividade o comércio atacadista de defensivos agrícolas, adubos, fertilizantes e de acordo com os livros fiscais anexados às fls.35 a 64 e 113 a 135, no mesmo período houve saídas de operações de saídas interestaduais não beneficiadas com a isenção. Nestas operações o contribuinte tem direito ao crédito fiscal, pois a isenção é dirigida, exclusivamente, às operações internas.

Tendo em vista que a fiscalização efetuou o estorno de 100% dos créditos fiscais de ICMS das aquisições, conforme se verifica no demonstrativo de fls.21 a 34, o processo foi convertido em diligência para que o autuante efetuasse a proporcionalidade das saídas internas beneficiadas com a isenção. Em seguida foi solicitada a aplicação dos percentuais apurados mensalmente sobre as operações de entradas dessas mesmas mercadorias, a fim de calcular o valor do estorno do crédito fiscal.

A diligência foi atendida, oportunidade em que foi elaborado o demonstrativo de fl. 112. Ao ser cientificado o sujeito passivo discorda dos valores apurados, tendo em vista que a diligência considerou valores a estornar de ICMS oriundos de notas fiscais que acobertam devoluções de vendas, cujos débitos provenientes das respectivas vendas foram lançados integralmente. Ressalta que a autuação original não considerou tais operações e apresenta demonstrativo indicando os valores que devem ser objeto de exclusão.

Verificando a planilha que serviu de base para a presente exigência, fls. 21 a 34 constatou que foram relacionadas, analiticamente todas as notas fiscais de entradas, totalizando mensalmente os créditos utilizados pelo contribuinte, na coluna “Cred. Utilizado”.

Por outro lado, o demonstrativo sintético elaborado pelo Fiscal designado para cumprir a diligência de fl.112, considerou valores de créditos utilizados pelo contribuinte superiores ao inicialmente informados nos mencionados demonstrativo de fl.21 a 34, conforme a seguir demonstrado:

Data	Credito	Crédito
	Inicial (fls.21/34)	diligência (fl.112)
jul/12	480,20	547,40
dez/11	6.552,14	6.736,94
jan/12	3.581,10	3.775,98
fev/12	30,58	7.459,54
set/12	1.086,48	7.554,48
out/12	30.048,39	30.154,23
nov/12	33.648,84	35.312,04
mar/13	8.064,52	8.096,78
set/13	41.893,77	43.224,35
nov/13	24.159,95	24.549,14
dez/13	51.785,09	61.293,19

Portanto, assiste razão ao contribuinte em relação ao argumento de que a diligência considerou créditos a estornar em valores superiores ao originalmente apurado, provavelmente oriundos de notas fiscais que acobertam devoluções de vendas.

Considerando que na diligência não foram apresentados demonstrativos analíticos justificando tais alterações, apesar do processo ter sido convertido em diligencia para que o diligente se pronunciasse sobre os argumentos trazidos pelo contribuinte, e em respeito ao princípio da vedação do reformatio in pejus, acato os valores inicialmente apurados pelo fiscal autuante, relativos aos créditos destacados nas notas fiscais de entradas, referentes aos meses acima indicados, ficando os débitos assim constituídos, considerando a proporcionalidade apurada na diligência de fl. 112:

Data	Crédito	%	Estorno	Estorno	Diferença
	Entradas	Saídas internas	Devido	escriturado	devida
jul/12	480,20	0,51	244,90	-	244,90
dez/11	6.552,14	0,84	5.503,80	1.209,71	4.294,09
jan/12	3.581,10	0,8	2.864,88	1.880,11	984,77
fev/12	30,58	0,97	29,66	-	29,66
set/12	1.086,48	0,68	738,81	-	738,81
out/12	30.048,39	0,55	16.526,61	8.687,23	7.839,38
nov/12	33.648,84	0,95	31.966,40	16.064,72	15.901,68
mar/13	8.064,52	0,98	7.903,23	7.945,58	42,35
set/13	41.893,77	0,66	27.649,89	-	27.649,89
nov/13	24.159,95	0,86	20.777,56	4.756,13	16.021,43
dez/13	51.785,09	0,74	38.320,97	26.771,90	11.549,07

Assim sendo, acato os valores apurados na diligencia, à fl. 112, com exceção dos valores acima apontados acima, resultando no total devido de R\$160.742,58 conforme quadro demonstrativo:

D. Ocorrência	D. Vencto	Vlr. Débito
jul/11	09/08/11	244,90
set/11	09/10/11	631,60
out-11	09/11/11	3.931,28
nov/11	09/12/11	1.421,58
dez-11	09/01/12	4.294,09
jan/12	09/02/12	984,77
fev-12	09/03/12	29,66
mai/12	09/04/12	65,36
ago-12	09/09/12	4.547,09
set/12	09/10/12	738,81
out-12	09/11/12	7.839,38
nov/12	09/12/12	15.901,68
dez-12	09/01/13	5.574,39
jan/13	09/02/13	4.829,68
fev-13	09/03/13	2.519,45
mar/13	09/04/13	-
abr-13	09/05/13	2.494,08
ago/13	09/09/13	22.917,96
set/13	09/10/13	27.649,89
out/13	09/11/13	26.556,43

nov/13	09/12/13	16.021,43
dez/13	09/01/14	11.549,07
TOTAL		160.742,58

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

De ofício, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de sua própria decisão, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

O sujeito passivo, inconformado com a decisão, interpôs, através de seus advogados, Recurso Voluntário tempestivo às fls. 176/194.

Alega que não foram apreciados os seus fundamentos em sede de primeira instância. Explica que a dita decisão excluiu do estorno de crédito as saídas tributadas para outras unidades da federação, no entanto, deixou de manter o direito ao crédito das mercadorias que foram objeto de devolução, tendo em vista que as notas fiscais de devolução são efetivadas com o destaque do ICMS, ou seja, foram sujeitadas à tributação. Exemplifica a Nota Fiscal nº 1428, de CFOP 6.202.

Cita o Art. 451 do RICMS/BA, para asseverar que a operação de devolução de mercadoria tem por objetivo anular todos os efeitos de uma operação anteriormente praticada, inclusive para fins tributários, desta forma, se na venda houve tributação a 12% de ICMS, a operação de devolução deve ser tributada com a mesma alíquota aplicada sobre a mesma base de cálculo.

Ainda sobre essa questão, suplica pela verdade material, citando o Art. 2º do RPAF/99, este que exige que no processo administrativo tributário os julgadores busquem ou ajam na comprovação da real ocorrência do fato gerador, e não mantendo uma conduta passiva ou omissiva diante dos fatos. Reproduz dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Alega também a Recorrente a impropriedade de aplicação da taxa Selic como índice para acréscimo moratório nas infrações do lançamento. Diz que tal taxa é manifestamente ilegal e inconstitucional, uma vez que fere os institutos do princípio da legalidade, anterioriedade, anterioriedade nonagesimal, da indelegabilidade de competência tributária e da segurança jurídica, pelos motivos que êpos.

Apresenta levantamento histórico da taxa Selic, passando pela Lei nº 9.065/95, esta que adotou pela primeira vez a SELIC, passando pela Lei nº 9.250/95 que trata basicamente da atualização do imposto de renda pessoa física, pela Lei 8.212/91 na previdência social e demais outros diplomas legais que dotaram a referida taxa como juros ora remuneratórios, ou moratórios, finalizando com a Lei Estadual da Bahia nº 7.753/2000, que adotou a Selic a incorporando no Código Tributário do Estado. Tudo isso para afirmar que nenhuma das normas legais define o que seja a taxa SELIC.

Transcreve trecho do voto do E. Ministro Franciulli Neto, no RE 215.881/PR, que acolheu a arguição de inconstitucionalidade da taxa Selic, pelas mesmas razões a qual se discute em seu arrazoado.

Explica que ao adotar a taxa que não foi criada por lei para fins tributários, acaba por aumentar o valor do tributo, uma vez que não representa, como se disse, os rendimentos do Governo com a negociação da dívida mobiliária. Diz que admitir a aplicação da taxa é conceber figura do tributo rentável, “os títulos podem gerar renda, mas os tributos não”. Desta forma, assevera que apenas mediante lei é possível a criação e a majoração de tributos, não mediante decreto, portaria ou instrução normativa que não seja lei, em sentido próprio, restrito.

Cita e transcreve ensinamentos do mestre Carrazza e do mestre Sacha Calmon Navarro Coelho, neste mesmo sentido.

Entende, de acordo com as doutrinas reproduzidas, que os princípios delineadores do fato jurídico-tributário devem ser acatados em sua plenitude. Portanto, diz que não basta a mera e simples previsão de adoção da taxa Selic para fins tributários, mas sim que fosse criada por lei com todos os fatores de quantificação, mesmo porque, não cabe à Administração ou ao juiz interferir na modelação do tributo por via interpretativa ou integrativa.

Diz que o CTN não veda a mera atualização do tributo não veda a mera atualização do tributo,

desde que o critério atualizador esteja previsto em lei, o mesmo ocorrendo com os juros de mora, que devem ater-se a taxa de um por cento ao mês. Complementa informando que a lei ordinária pode estabelecer juros iguais ou inferiores a esse limite, mas nunca superiores a 1% ao mês.

Afirma que tal disposto é cristalino, somente se a lei dispuser em contrário poderá ser ultrapassado o patamar de 1% ao mês, e que somente outra lei complementar pode modificar o teto máximo de juros instituído pelo CTN.

Reproduz itens do incidente de constitucionalidade cujos trechos dos votos reconheceu a constitucionalidade da Selic.

Pede a exclusão da taxa Selic do presente PAF.

VOTO

Temos sob análises os Recursos Voluntário e de Ofício contra a Decisão proferida pela 4ª JJF que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, com o objetivo de exigir ICMS do sujeito passivo, no valor histórico de R\$252.139,38, em decorrência do cometimento de três infrações, sendo objeto de ambos os recursos apenas a infração 03.

A referida infração está capitulada como falta do estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que posteriormente foram objeto de saídas com isenção do imposto.

Em sua impugnação, o sujeito passivo apresentou alegações acompanhadas dos livros fiscais anexados às fls.35 a 64 e 113 a 135, para provar que no mesmo período autuado houve operações de saídas interestaduais não beneficiadas com a isenção, o que deveria ter sido considerado nos demonstrativos elaborados pelo autuante.

Diante de tais elementos, entenderam os julgadores de piso que de acordo com operações ali demonstradas, o contribuinte teria direito de parte do crédito fiscal glosado, pois a isenção é dirigida, exclusivamente, às operações internas e assim converteu o PAF em diligência, para que o autuante efetuasse a proporcionalidade das saídas internas beneficiadas com a isenção.

Assim foi feito, o autuante elaborou demonstrativo sintético (fl. 112) com a devida proporcionalidade, todavia, foi detectado no trabalho do autuante, que os créditos apurados mensalmente sobre as operações de entradas dessas mesmas mercadorias, para fins de cálculo do valor do estorno do crédito fiscal, foram superiores ao inicialmente informados nos mencionados demonstrativo de fl. 21 a 34, ou seja, no demonstrativo original constava um valor do crédito lançado pelo autuado e na revisão restou demonstrado outros valores, superiores aos inicialmente demonstrados.

Desta forma, a JJF, acatou os demonstrativos refeitos pelo fiscal autuante (fl. 112), com exceção dos valores relativos aos créditos destacados nas notas fiscais de entradas que precisaram ser alterados para espelhar os que inicialmente foram considerados, ficando os débitos reduzidos de R\$252.139,38 para R\$160.742,58, fato que motivou a remessa deste PAF à título de Recurso de Ofício, que pelo exposto, rejeito.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Na súplica recursal, o sujeito passivo apresentou cópias de várias notas fiscais de devolução de compra, pleiteando que o montante de estorno de crédito seja corrigido, para excluir o ICMS destacado nos citados documentos de devolução de mercadorias consoante em planilha.

Desta forma, entendendo que o ICMS destacado nas notas fiscais de devolução deveria ser deduzido do montante do crédito a ser estornado após proporcionalidade, em sessão de julgamento, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deliberou pela conversão do processo em diligência à Inspetoria de origem para que o autuante considerasse em sua planilha de demonstração da infração o ICMS das notas fiscais de devolução de compra, CFOP 6.202 e

considerasse os valores dos créditos originais, inseridos nas planilhas analíticas de fls. 21 a 34, em detrimento ao crédito informado sem composição na planilha sintética da fl. 112.

E assim foi feito por fiscal estranho ao feito, que refez os demonstrativos, apresentando os novos créditos glosados conforme planilhas das fls. 261 a 279, exatamente conforme determinado na diligência, reduzindo o valor da referida infração para R\$157.872,47, tendo o sujeito passivo sido intimado para se manifestar, porém se mantendo silente.

Registro, portanto, que desde o início desse PAF os julgadores da Junta e da Câmara buscaram incessantemente a busca da verdade material, pelo que julgo ter logrado êxito, tendo em vista a conformidade do sujeito passivo. Desta forma, diante do não manifesto e de acordo com o Art. 142 do RPAF, a recusa do autuado em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação do autuante demonstrado através das planilhas.

Por fim, quanto à taxa SELIC, observo que a mesma está prevista no art. 1º da Lei Estadual nº 7.753/2000, que modificou a Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981 (COTEB), e falece a este Conselho atribuição legal para declarar inconstitucionalidade desta legislação, nos termos do art. 167, I do RPAF/BA.

Reforço que o interesse da administração pública ao adotar essa taxa é o de cobrar um valor através da aplicação de um percentual, de um número real e concreto, que hoje serve como piso, referência mínima para todas as demais taxas de juros praticadas na economia brasileira.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

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 **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269189.1818/14-9**, lavrado contra **L-SETE COMERCIAL AGRÍCOLA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$165.648,60**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de abril de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

TIAGO DE MOURA SIMÕES – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS