

N. F. Nº - 207140.0005/17-4
NOTIFICADO - BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADO LTDA.
NOTIFICANTE - JAIR DA SILVA SANTOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 04/02/2021

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0202-01/20NF-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. As mercadorias adquiridas pelo notificado e empregadas no setor administrativo da empresa, como as arroladas no levantamento levado a efeito pelo notificante, a exemplo de sensores, teclados, baterias, DVR, câmeras, mesas, cadeiras, bandejas de alumínio, aparelhos telefônicos, ainda que classificadas pelo notificado como ativo permanente, não ensejam direito ao crédito de ICMS, sendo correta a glosa do crédito fiscal. Notificação Fiscal **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em lide, lavrada em 26/09/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$7.235,52, decorrente do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao notificado: *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.*

Consta adicionalmente na descrição da infração que o autuado utilizou créditos fiscais no livro RAICMS oriundos do CIAP referentes a material de uso e consumo, tais como sensores, teclados, baterias, DVR, câmeras, mesas, cadeiras, bandejas de alumínio, aparelhos telefônicos, entre outros, que foram registrados como bens do ativo imobilizado.

Enquadramento Legal: art.29, § 1º, inciso II e art. 53, inciso III da Lei nº. 7.014/96.

Tipificação da Multa: art.42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº. 7.014/96.

Período de ocorrência: janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014.

Consta à fl. 179 dos autos Termo de Revelia lavrado em face de o sujeito passivo não ter a apresentado Justificação no prazo de 30 dias.

Consta à fl. 180, despacho encaminhando o PAF para inscrição em Dívida Ativa, tendo em vista a situação do PAF.

O notificado apresentou petição (fls. 182/183) na qual alega que dentro do prazo apresentou a respectiva Justificação de que fala o art. 53 do RPAF, contudo, por equívoco, o último dígito do número de identificação estava errado, pois a Justificação seguiu como numeração da Notificação Fiscal 2071400005/17-5, em vez da correta 2071400005/17-4, o que provocou a revelia.

Diante disso, pugna que o setor competente realize as respectivas alterações no sistema, determinando-se o retorno dos autos ao setor competente para que seja revogada a revelia, conhecida e julgada a Justificação regularmente protocolada.

Consta despacho à fl. 226-v, no qual o PAF é retornado à DAT/METRO/CPPAF, para análise, tendo em vista a solicitação do contribuinte.

Consta às fls. 229 a 244 “Justificação” apresentada pelo notificado, na qual registra a tempestividade da peça impugnatória. Apresenta uma síntese da autuação. Sustenta a improcedência da acusação fiscal.

Afirma que os itens glosados são, em verdade, produtos visivelmente necessários à atividade da empresa, portanto, que se enquadram no conceito de ativo permanente previsto na legislação.

Alega que para o desenvolvimento de atividade da empresa, comércio varejista de alimentos, são necessários computadores, mesas, cadeiras, sensores, teclados, aparelhos telefônicos, sendo certo que tais bens compõem o conceito de ativo imobilizado para fins de creditamento do ICMS.

Salienta que a regra descrita no art. 20 da Lei Complementar n. 87/96 assegura o direito ao crédito pela aquisição de bens destinados ao ativo permanente. Reproduz o referido dispositivo legal.

Diz que a única exceção à regra descrita no referido artigo são os bens alheios à atividade, o que não é o caso em questão. Diz que o que não for alheio à atividade empresarial desenvolvida gera crédito pela aquisição, em observância ao princípio da não-cumulatividade.

Alega que quando a Lei quer realizar ressalvas, ela própria já exemplifica os bens que devem ser considerados alheios à atividade, não cabendo ao agente fiscal estabelecer limitações onde a Lei não as colocou. Menciona como exemplo a energia elétrica, cuja própria Lei já limitou o respectivo uso à apenas o percentual consumido no processo de industrialização.

Salienta que a definição legal do termo ativo permanente é retirada do direito privado, especificamente no art. 179 da Lei n.º. 6.404/76, que é da sociedade por Ações.

Acrescenta que o conceito contábil de ativo imobilizado (CTN, art. 110), conforme preceitua o art. 179, IV da Lei n. 6.404/76, são “os direitos que tenham por objeto bens corpóreos destinados à manutenção das atividades da companhia ou da empresa ou exercidos com essa finalidade, inclusive os decorrentes de operações que transfiram à companhia os benefícios, riscos e controle desses bens”.

Invoca o Pronunciamento n.º. 7 do Instituto Brasileiro de Contadores (Ibracon) que definiu os bens que devem ser classificados no imobilizado, cuja vida econômica, em praticamente todos os casos, seja igual ou superior a um ano e que não estejam destinados à venda ou à transformação em recursos financeiros.

Aduz que ao contrário do critério utilizado para o aproveitamento do crédito decorrente da entrada de mercadorias e serviços, o critério utilizado pelo artigo 20 da LC 87/96 não é físico, mas financeiro, de forma que todo bem destinado ao desenvolvimento da atividade-fim da empresa deve ensejar o crédito respectivo.

Afirma que nessa seara, encontram-se os bens empregados nas áreas administrativas que não podem ser enquadrados como alheias à atividade desenvolvida.

Ressalta que o próprio RICMS/BA, Decreto n.º, 13.780/12, prevê a possibilidade de aproveitamento de créditos de bens destinados ao ativo fixo. Neste sentido, invoca e reproduz o art. 309 do referido diploma regulamentar.

Assinala que o Superior Tribunal de Justiça já atestou a legitimidade do aproveitamento de créditos oriundos de bens destinados à atividade empresarial do contribuinte, conforme decisão que reproduz.

Consigna que no presente caso, o notificante considerou como de uso e consumo bens necessários à estrutura do estabelecimento da empresa, como cadeiras, computadores e vários utensílios necessários ao desenvolvimento do objeto social da empresa.

Alega aplicação de multa confiscatória. Diz que duas razões afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação da multa em tela; (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco. Discorre detalhadamente sobre ambos os pontos, invocando os princípios da proporcionalidade e do não-confisco, consagrado no art. 150, IV, da CF, bem como jurisprudência do STF, pretórios federais e estaduais pátrios.

Conclusivamente, diz que desse modo, requer o reconhecimento da improcedência da autuação no tocante à multa fixada ou, subsidiariamente, sua redução a patamar razoável, entre 20% e 30%.

Invoca o artigo 112 do CTN para requerer que eventual dúvida quanto à capitulação do fato e/ou

suas circunstâncias seja dirimida de acordo com os parâmetros estabelecidos no art. 112 do CTN, cuja redação reproduz.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

- (i) a nulidade e/ou improcedência da Notificação Fiscal;
- (ii) seja reduzida ou afastada a multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não-confisco;
- (iii) em caso de dúvida se interprete a norma jurídica de forma mais favorável à empresa, na forma do art. 112 do CTN.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

O notificante prestou Informação Fiscal (fls.314 a 317). Contesta as alegações do notificado. Assevera que os bens arrolados no levantamento, para efeito de utilização do crédito fiscal, são classificados como bens de uso e consumo, tendo em vista que não são empregados diretamente no comércio de mercadorias como ativos imobilizados essenciais à atividade-fim da empresa.

Ou seja, não sendo os bens utilizados na produção de produtos tributados pelo ICMS ou essenciais para a comercialização de mercadorias também tributadas, não há que se falar em direito ao crédito fiscal.

Manifesta o entendimento de que se considera essenciais à atividade-fim os bens vinculados à conservação de alimentos, as mesas e cadeiras utilizadas pelos clientes no fornecimento de alimentação, fogões e aparelhos de micro-ondas para o preparo ou aquecimento de alimentos fornecidos aos clientes e outros bens utilizados diretamente na comercialização que não sejam simplesmente de apoio administrativo, de segurança, para o bem-estar pessoal, etc.

Aduz que isso significa que não se utiliza como insumo e que não são diretamente vinculados ao comércio, tais como os bens listados no levantamento fiscal, devendo ser considerado material de uso e consumo.

Diz que desse modo, não podem ser considerados como bens do ativo imobilizado para efeito de direito ao crédito fiscal do ICMS, embora seja admissível a classificação para fins contábeis.

Lembra que o direito de crédito do ICMS relativo às aquisições de mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento ainda não está em vigor, ou seja, encontra-se susgado, pelo menos até o dia 31 de dezembro de 2019.

Assinala que de acordo com o previsto na Lei Complementar 122/2006, alterada pela Lei Complementar 138/2010, somente a partir de 1º de Janeiro de 2020 o direito ao crédito será restabelecido.

Finaliza a peça informativa dizendo que a Notificação Fiscal deve ser julgada totalmente procedente.

Presentes na sessão de julgamento virtual as advogadas Drª Regina Maria da Conceição Bezerra Aleixo OAB/PE Nº 25.398 e Drª Lilian Maciel Torres OAB/PE 50.743.

VOTO

Inicialmente, verifico que a Notificação Fiscal em exame foi lavrada em conformidade com as disposições legais e regulamentares, inexistindo qualquer vício ou falha capaz de invalidar o ato de lançamento. O devido processo legal foi plenamente observado, sendo preservado integralmente o direito à ampla defesa e ao contraditório do notificado, inclusive com o afastamento da revelia anteriormente declarada.

O notificante descreveu a infração, fundamentando com a indicação dos fatos, das normas,

documentos e levantamentos de provas, bem como de seus dados. As disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99 foram observadas, notadamente, as previstas no artigo 39 do referido diploma regulamentar processual.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inoccorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/BA/99, capaz de inquirir de nulidade a Notificação Fiscal.

No mérito, a acusação fiscal é de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

No caso, o notificado utilizou créditos fiscais no livro RAICMS oriundos do CIAP referentes a material de uso e consumo, a exemplo de sensores, teclados, baterias, DVR, câmeras, mesas, cadeiras, bandejas de alumínio, aparelhos telefônicos, registrados pelo noticiado como bens do ativo imobilizado.

O artigo 29, § 2º, da Lei n. 7.014/96 estabelece o seguinte:

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.

[...]

§ 2º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou as utilizações de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

Já o artigo 310, inciso IX, parágrafo único, do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12 dispõem:

Art. 310. É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

[...]

IX – quando a mercadoria ou bem vier a ser utilizada em fim alheio à atividade do estabelecimento.

Parágrafo único. Salvo prova em contrário, presumem-se alheios à atividade do estabelecimento: I - os veículos de transporte pessoal, assim entendidos os automóveis ou utilitários de uso individual dos administradores da empresa ou de terceiros;

II - os bens, materiais, mercadorias ou serviços não destinados à utilização na comercialização, na industrialização, na produção, na extração, na geração ou na prestação de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal ou de comunicação.

Verifica-se da leitura das normas acima reproduzidas que existe a admissibilidade do crédito fiscal de ICMS decorrente de entrada de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente, contudo, observadas as condições estabelecidas na legislação do ICMS, haja vista a existência de vedações atinentes à destinação/utilização dada a mercadoria no estabelecimento.

Observa-se que os dispositivos normativos acima reproduzidos, claramente, determinam que não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

Consideram-se alheios à atividade do estabelecimento todos os bens que não sejam utilizados direta ou indiretamente na comercialização, industrialização, produção, extração, geração ou prestação de serviço de transporte ou de comunicação, bem como aqueles que não sejam empregados na consecução da atividade econômica do estabelecimento.

Assim sendo, as mercadorias adquiridas pelo notificado e empregadas no setor administrativo da empresa, como as arroladas no levantamento levado a efeito pelo notificante, a exemplo de sensores, teclados, baterias, DVR, câmeras, mesas, cadeiras, bandejas de alumínio, aparelhos telefônicos, ainda que classificadas pelo notificado como ativo permanente, não ensejam direito ao crédito de ICMS, sendo correta a glosa do crédito fiscal de que cuida a presente Notificação

Fiscal.

No tocante a pretensão do impugnante no sentido de que seja aplicada a interpretação mais favorável ao contribuinte, consoante o art. 112 do Código Tributário Nacional (CTN), aplicável, na existência de dúvida, por certo que a inexistência de dúvida no presente caso, afasta a aplicação do aduzido dispositivo legal.

Quanto à alegação defensiva atinente ao caráter desproporcional e confiscatório da multa, vedado em conformidade com o art. 150, IV, da CF/88, observo que a multa aplicada se encontra prevista no art. 42 da Lei 7.014/96, não tendo esta Junta de Julgamento Fiscal competência para declarar inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, consoante estabelece o art. 167, I, do RPAF/99.

Cabe consignar que o pedido de cancelamento ou redução de multa resta prejudicado. Primeiro porque este órgão julgador administrativo de primeira instância só tinha competência para apreciar pedido referente a multa decorrente de descumprimento de obrigação acessória, consoante o artigo 158 do RPAF/BA/99. Segundo porque mesmo que se tratasse de multa por descumprimento de obrigação acessória, já não poderia ser apreciado por esta Junta de Julgamento Fiscal em face à revogação do artigo 158 do RPAF/BA/99, pelo Decreto nº 19.384, de 20/12/19, DOE de 21/12/19.

Vale registrar que a competência para julgar pedidos de dispensa ou de redução de multa referente a obrigação principal ao apelo da equidade é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante estabelece o artigo 176 do RPAF, abaixo reproduzido:

Art. 176. Compete ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF):

[...]

III - através da Câmara Superior, julgar:

[...]

c) em instância única, pedidos de dispensa ou de redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade;

Voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em INSTÂNCIA ÚNICA, julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº. **207140.0005/17-4**, lavrada contra **BOMPREGO BAHIA SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o notificado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$7.235,52**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e os acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2020

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR