

PROCESSO - A. I. Nº 278904.0002/18-4
RECORRENTE - LOJAS LE BISCUIT S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0073-03/20-VD
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/11/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0278-12/21-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Comprovada a falta de repercussão econômica decorrente da infração. Afastada a exigência do valor principal, remanescedo apenas a cobrança da multa, conforme a dicção do art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96. Indeferido o pedido de realização de diligência. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, contra a Decisão proferida por meio do Acórdão da 3ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal), nº 0073-03/20-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 29/03/2018, para formalizar a constituição de crédito tributário no valor histórico de R\$ 365.491,49, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, sob a acusação do cometimento da irregularidade assim discriminada pelo órgão de primeira instância, *in verbis*:

“Infração 01 - 01.02.05. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro de 2016 a setembro de 2017. Demonstrativo às fls. 33 a 71 e CD à fl. 72”.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 12/05/2020 e decidiu pela Procedência por unanimidade, nos seguintes termos (fls. 138 a 143):

“VOTO

Em sede de preliminar, o Autuado pugnou pela nulidade do Auto de Infração, alegando cerceamento de defesa pela falta de clareza na descrição dos fatos, objeto da autuação. Ponderou também que a falta de clareza não só atinge a descrição dos fatos infringidos, mas sim para a autuação como um todo, uma vez que ao descrever os motivos da autuação, o Autuante deixou a descrição da infração confusa.

Inicialmente, consigno que o Autuado em nenhum ponto de sua impugnação identificou de forma inequívoca, e nem mesmo apontou qualquer aspecto da descrição dos fatos que compõem e circunstanciam a acusação fiscal, que segundo seu entendimento, se constituiu em óbice à sua compreensão da irregularidade, cujo cometimento lhe foi imputado.

Depois de examinar os elementos que integram e formalizam o presente Auto de Infração, constato que, ao contrário do que alegou o Impugnante, afiguram-se devidamente presentes todos os elementos necessários à compreensão da acusação fiscal, e o seu teor expressa, de forma linear, direta e objetiva, todos os aspectos envolvidos na acusação fiscal, identificando em todas as suas dimensões a irregularidade cometida pelo sujeito passivo.

Verifico também que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não incorrendo em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa. Constam dos autos, além da clara descrição circunstanciada da irregularidade cometida, o enquadramento legal e a tipificação da multa sugerida, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, cujas cópias foram entregues ao Autuado.

Assim, ante o expedito, rejeito a preliminar de nulidade arguida pelo Autuado, uma vez que não se encontram os motivos elencados na legislação de regência, inclusive os incisos I a IV, do art. 18 do RPAF-BA/99, que pudessem inquinar de nulidade o presente Auto de Infração.

O Autuado requereu a realização de revisão fiscal efetuada por fiscal estranho ao feito, para apreciação das provas apresentadas nas razões de defesa. Fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I do RPAF-

BA/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência, em vista das provas já coligidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao Autuado, não se verificou dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo Autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal.

No mérito, a Infração 01 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 365.491,49, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro de 2016 a setembro de 2017, consoante demonstrativos acostados à fls. 33 a 71.

O Impugnante, em sede de Defesa, depois de ressaltar que procedera ao pagamento de parte do crédito tributário exigido no presente Auto de Infração, mais especificamente, no montante de R\$ 375.824,72, conforme DAE que anexa à fl. 117, impugnou a exigência fiscal remanescente, elencando mercadorias, que segundo seu entendimento, foram adquiridas com tributação normal, tendo em vista que os produtos não tinham previsão no Anexo I do RICMS-BA/12, discriminando-as em tabela que acostou aos autos, na qual são identificadas com os códigos de NCM 1704.90.1 e 1801.31.1. Sustentou que essas mercadorias foram tributadas corretamente, tendo em vista não se encontrarem elencadas no Anexo I do RICMS-BA/12, e que, portanto, deveriam ser excluídas do levantamento fiscal.

O Autuante, ao proceder a Informação Fiscal, destacou inicialmente que em relação ao pagamento efetuado pelo Defendente, observa-se uma divergência entre os valores apresentados como reconhecidos e pagos, trazidos no demonstrativo apresentado e o efetivamente recolhido através de Documento de Arrecadação Estadual – DAE, em 30/05/2018, no total de R\$ 405.306,81, conforme consta às fls. 116 a 118.

Sustentou não assistir razão ao Autuado em relação à sua alegação de que as mercadorias de NCM 1704.9010 e NCM 1806.3110, arroladas no levantamento fiscal, não se encontram submetidas ao regime de substituição tributária. Explicou que as referidas mercadorias, se encontram sim elencadas nos itens 11.1 e 11.2, do citado Anexo I do RICMS-BA/12.

Depois de examinar as peças integrantes dos autos, precipuamente o contraditório instalado acerca da alegação defensiva de que as mercadorias arroladas no levantamento fiscal e apontadas pelo Impugnante em sua defesa, de NCMs 1704.9010 e 1806.3110, não estão sujeitas ao regime de substituição tributária, e que por se submeterem à tributação normal devem ser excluídas da autuação, verifico, ao compulsar o Anexo I do RICMS-BA/12, vigente no período abrangido pelo levantamento fiscal, janeiro de 2016 a setembro de 2017, que efetivamente, as mercadorias discriminadas pelo Defendente afiguram-se elencadas nos itens 11.1 e 11.2, do referido Anexo, inclusive no que diz respeito à descrição, como se depreende da reprodução abaixo:

[Planilha de fl. 142].

Logo, pelo expedito, resta patente nos autos que não tem sustentação fática a alegação da Defesa, uma vez que, constando expressamente no Anexo I do RICMS-BA/12, as mercadorias apontadas na Defesa estão submetidas ao regime de substituição, o que resulta no integral acerto da autuação, ou seja, a caracterização da utilização indevida de crédito fiscal.

Constam às fls. 117 e 118, cópia de DAE discriminando o pagamento parcial da exigência fiscal, utilizando a redução da multa prevista no art. 45 da Lei 7.014/96.

No que tange à arguição de desproporcionalidade, do caráter confiscatório e de inconstitucionalidade, saliento que a multa aplicada encontra-se prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96, não cabendo a este órgão julgador administrativo a apreciação de questões relacionadas à constitucionalidade da legislação tributária estadual, de acordo com o disposto no inciso I, do art. 167 do RPAF-BA/99.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa imposta, deixo de acatá-lo, visto que este Órgão julgador não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal. No que concerne ao pedido para que sejam expurgados os juros da exigência fiscal, também não pode acolhido, haja vista sua expressa previsão no §1º, do art. 102 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

Logo, nos termos supra explicitados, concluo pela subsistência da autuação.

Quanto à solicitação para que todas as intimações referentes a este Processo Administrativo Fiscal sejam encaminhadas ao endereço dos Patronos do Autuado, constante no rodapé das páginas de sua Defesa, sob pena de nulidade, registro que nada obsta que a Secretaria deste CONSEF atenda o pleito do Impugnante. Entretanto, observo que de acordo com o inciso II, do art. 26 do RPAF-BA/99, a intimação deve ser endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação e ciência da tramitação de processos ao sujeito passivo, se encontra prevista nos artigos 108 e 109 do RPAF-BA/99, inexistindo qualquer irregularidade, se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, homologando-se os valores recolhidos".

De acordo com o que dispõe o art. 169, I, “b” do RPAF/99, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 153 a 163, no qual inicia sintetizando os fatos e aduzindo a tempestividade da peça.

No mérito, não nega que as mercadorias fiscalizadas estavam submetidas ao regime da substituição por antecipação. Até confessa que, equivocadamente, deu às mesmas o tratamento tributário normal de débito x crédito.

O recorrente é um centro de distribuição localizado no Polo Petroquímico de Camaçari, na Bahia.

Pugna pela total improcedência da autuação, com base no argumento de que:

“Observando-se a operação isolada, parece que a contribuinte recorrente se utilizou indevidamente do crédito da operação anterior à entrada da mercadoria em seu 1º estabelecimento (Centro de Distribuição). ”

“Contudo, quando se analisa a operação completa, e a repercussão desta considerando a transferência da mercadoria para o 2º estabelecimento da contribuinte (loja neste mesmo Estado), vê-se que a operação se anula, não havendo que se falar em diferença de imposto a recolher. ”

“(...) caso a recorrente não tivesse assim procedido, não teria como recompor o ICMS que foi novamente recolhido, com enriquecimento ilícito do Estado”. ”

Ademais, a escrita fiscal do período indica que o estabelecimento possuía saldo credor, não existindo débito de tributo a pagar decorrente da compensação do imposto antecipado, motivo pelo qual solicita a realização de diligência.

Por cautela, alega que a multa tem natureza de confisco, razão por que solicita redução ou cancelamento.

Fornece endereço para correspondências processuais e conclui requerendo seja dado provimento ao apelo.

VOTO

Todos os elementos necessários à formação do convencimento dos membros deste colegiado estão contidos nos autos. Indefiro o pedido de realização de diligência, com base no art. 147, I, “a” do RPAF/99.

É incontroverso o fato de que todas as mercadorias e operações fiscalizadas estavam submetidas ao regime da substituição tributária. O próprio contribuinte, no Recurso, reconheceu tal situação, mas pugnou pela manutenção do crédito, sob o argumento de que lançou os débitos respectivos nas posteriores operações de transferência para lojas do mesmo grupo empresarial.

As entradas no estabelecimento auditado (Centro de Distribuição), possuem a natureza de aquisições junto a terceiros e de recebimentos de mercadorias transferidas por outras unidades da mesma empresa, o que se pode observar na correspondência de fls. 16/17, e nos códigos de operação do demonstrativo de fls. 65/66 (CFOPs 1.102, 1.152, 2.102 e 2.152).

Não merece acolhimento a tese recursal de que os créditos são válidos porque nas transferências posteriores foram lançados os valores a débito, uma vez que esse débito, caso efetivamente existente, pode ser objeto de pedido de restituição.

Além disso, legitimar os créditos que o recorrente pretende ter sob tal linha de raciocínio, significaria também legitimá-los quando dos respectivos lançamentos no “2º estabelecimento” da cadeia de circulação dos bens, qual seja, na loja, o que ensejaria um efeito em cascata de valores ilegalmente utilizados em seu favor.

Fato é que, confessadamente, ocorreu a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro de 2016 a setembro de 2017.

Entretanto, nos mencionados períodos, de acordo com os extratos da Escrituração Fiscal Digital de fls. 34 e 44 a 60, o contribuinte possuía saldos credores em montantes significativamente

superiores aos créditos ora exigidos ou glosados. Por exemplo, R\$ 4.798.870,82 em janeiro de 2016, R\$ 4.835.352,45 em fevereiro de 2016, R\$ 5.714.996,87 em março de 2016 etc.

Tal situação – que comprova a falta de repercussão econômica decorrente da infração -, afasta a exigência do valor principal, remanescendo apenas a cobrança da multa, conforme a dicção do art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96:

“VII - 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno:

- a) quando da utilização indevida de crédito fiscal;*
- b) na falta de estorno de crédito fiscal, nos casos previstos na legislação;*
- c) na transferência irregular de crédito fiscal a outro estabelecimento;*
- (...)”.*

Em referência ao caráter supostamente confiscatório do percentual de 60%, este órgão não possui competência para exercer controle de constitucionalidade ou para negar eficácia a norma emanada de autoridade superior (artigos 167, I e III do RPAF/99).

Com relação ao endereço para correspondências processuais, nada impede a utilização daquele fornecido pelo sujeito passivo, sendo inclusive recomendável que assim se faça, tendo em vista as prescrições do art. 272, § 5º do CPC (Código de Processo Civil), de aplicação subsidiária no Processo Administrativo Fiscal:

“§ 5º Constando dos autos pedido expresso para que as comunicações dos atos processuais sejam feitas em nome dos advogados indicados, o seu desatendimento implicará nulidade”.

Por outro lado, nenhuma irregularidade advirá na esfera administrativa, desde que observados os ditames dos artigos 108 a 110 do RPAF/99.

Represento à autoridade competente, para que determine a intimação do contribuinte, com vistas a que refaça a sua escrituração fiscal, lançando a débito o total dos créditos fiscais (obrigação principal, sem repercussão econômica), objeto da presente desoneração. Trata-se da exigência do estorno, acima grifada, de que trata o art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, com a homologação dos valores já recolhidos. Assim, o montante do débito do Auto de Infração é conforme o demonstrativo abaixo:

COCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VL LANÇADO	MULTA DE 60%
29/02/2016	09/03/2016	22.412,09	13.447,25
31/03/2016	09/04/2016	3.150,06	1.890,04
30/04/2016	09/05/2016	5.497,47	3.298,48
31/05/2016	09/06/2016	17.235,67	10.341,40
30/06/2016	09/07/2016	25.095,21	15.057,13
31/07/2016	09/08/2016	2.844,31	1.706,59
31/08/2016	09/09/2016	7.156,20	4.293,72
30/09/2016	09/10/2016	52.470,35	31.482,21
31/10/2016	09/11/2016	4.348,38	2.609,03
30/11/2016	09/12/2016	5.072,93	3.043,76
31/12/2016	09/01/2017	5.112,17	3.067,30
31/01/2016	09/02/2016	67.625,09	40.575,05
31/01/2017	09/02/2017	13.342,06	8.005,24
28/02/2017	09/03/2017	17.961,76	10.777,06
31/03/2017	09/04/2017	12.436,82	7.462,09
30/04/2017	09/05/2017	10.637,69	6.382,61
31/05/2017	09/06/2017	41.961,05	25.176,63
30/06/2017	09/07/2017	7.701,10	4.620,66
31/07/2017	09/08/2017	16.010,54	9.606,32
31/08/2017	09/09/2017	8.554,83	5.132,90
30/09/2017	09/10/2017	18.865,71	11.319,43
TOTAL		365.491,49	219.294,89

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER EM PARTE** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 278904.0002/18-4, lavrado contra **LOJAS LE BISCUIT S/A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento da multa percentual no valor de **R\$219.294,89**, prevista na alínea “a”, do inciso VII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de setembro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS