

PROCESSO - A. I. Nº 206958.0002/17-7
RECORRENTE - ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0123-05/19
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ ITABUNA (COSTA DO CACAU)
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/04/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0065-12/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. IMPOSTO NÃO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Os fatos citados pelo recorrente não possuem correlação automática com o princípio da não cumulatividade, como alega o apelante. Razões recursais insuficientes à reforma da Decisão recorrida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 5ª JJF - Acórdão JJF nº 0123-05/19 – que julgou Procedente o Auto de Infração, o qual fora lavrado para exigir o débito de R\$285.379,19, sob acusação de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documentos fiscais, nos meses de: janeiro e maio a outubro de 2015, conforme escriturado no Reg. E11 dos arquivos fiscais SPED/EFD transmitidos pela empresa à SEFAZ/BA, sendo que tal montante, repartido em valores não iguais, foram utilizados em cada apuração mensal, abatendo os saldos devedores respectivos, conforme demonstrado às fls. 4 dos autos.

Verifica-se que o Acórdão CJF nº 0052-12/19 anulou o julgamento de Primeira Instância, ocorrido através do Acórdão JJF nº 0014-01/18, sendo exarada nova Decisão por meio do Acórdão JJF nº 0123-05/19, às fls. 127 a 133 dos autos, que julgou o Auto de Infração Procedente, diante das seguintes razões:

VOTO

Compulsando os autos, verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

A única infração imputada à contribuinte, refere-se a acusação deste haver se creditado indevidamente de ICMS não destacado em documento fiscal. Tendo acrescentado, o Autuante, que os valores exigidos foram apurados conforme estavam escriturados no Reg. E11 dos arquivos fiscais SPED/EFD transmitidos pela autuada à SEFAZ/BA.

Complementou sua informação dizendo ter apurado que os montantes autuados foram utilizados em cada apuração mensal e que sua utilização pela Impugnante reduziu os saldos devedores respectivos, dizendo ter registrado a memória do seu levantamento fiscal no Demonstrativo denominado “Créditos Indevidos-2015”, que verifiquei constar à fl. 04.

Por sua vez, a peça defensiva apresenta-se deveras desfocada da acusação fiscal, de modo que por se fundar em alegações genéricas e se referir a infrações que sequer foram objeto do presente lançamento de crédito tributário demandado, impossibilita qualquer aproveitamento de seu arrazoado para a mínima inauguração do contraditório, muito mais a se assemelhar com uma revelia, a julgar pelo absoluto descaso para com a matéria objeto da acusação fiscal.

Para configurar o quanto narrado acima, posso afiançar que a peça defensiva descurou de esclarecer i) o pedido e seus fundamentos, expostos com clareza e precisão; ii) apontar os meios de prova com que pretenda demonstrar a verdade de suas alegações. Infringindo os incisos III e IV do art. 8º do RPAF. Motivos que poderiam lhe inquirir de inépcia com espeque no inciso II do art. 10 do mesmo diploma regulamentar.

Todavia, em respeito ao princípio da verdade material e do livre convencimento motivado, este julgador decidiu proferir sua decisão a partir dos elementos constantes dos autos, em paralelo com a legislação afim, ancorado especialmente nos arts. 153 e 155 do RPAF.

“Art. 153. O órgão julgador formará o seu convencimento atendendo aos fatos e circunstâncias constantes no processo, às alegações e argumentações dos autos e à apreciação das provas.

Art. 155. A decisão resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, ou ainda quanto à nulidade total ou parcial do procedimento.”

Dessarte, verifico que a acusação fiscal está alicerçada em assertiva clara e objetiva, tendo repercutido em aferição do quantum debeatur sem qualquer limitação para o questionamento de sua liquidez.

Cuidou também o Autuante de discriminar os valores que observou como fundantes de seu lançamento tributário, apontou as fontes e os reflexos daqueles em prejuízo da apuração do ICMS mensal devido pela Impugnante, de modo que, sem sombra de dúvidas, permitiu a esta o livre exercício do contraditório e da ampla defesa, sobretudo, considerando que todos os elementos de contra prova, se houvesse, estaria sobre seu inteiro domínio.

Todavia, a defesa malogrou em seu contraditório apresentando defesa ineficaz para o desiderato esperado dessa ferramenta do direito. De modo que, configura-se na espécie a inteligência do arts. 140 a 143 do RPAF.

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Destarte, considero pertinente a acusação fiscal e voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

No Recurso Voluntário, de fls. 143/153 dos autos, o recorrente sustenta que “há regularidade na utilização de créditos do ICMS quando esta é levada a efeito em simetria com o quanto dimana do princípio da não-cumulatividade tributária, estereotipado na composição jurígena constitucional desta espécie de tributo”.

Entretanto, segundo o recorrente, a Decisão recorrida fundamenta que a impugnação apresentada não traz no seu arrazoadado nada que se contraponha aos fatos desencadeadores do lançamento tributário, razão de aplicar o art. 140 do RPAF ao caso.

Destaca que na peça impugnatória trouxe à baila contrarrazões ao suporte fático do lançamento com índole justificadoras da utilização dos créditos glosados, evidenciando a origem deles e os elementos probatórios pertinentes, conforme elementos probatórios (ANEXOS 02 A 06), a saber:

1. Existência do Auto de Infração nº 110427.0007/13-4 (anexo 2) que registra, dentre outros, os seguintes suportes fáticos, objeto de confissão e pagamento (anexos 3 e 4):

“INFRAÇÃO 01 - 01.02.06

Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária.

Refere-se a mercadorias diversas adquiridas no estado da Bahia, incluídas no regime de substituição tributária, conforme consta dos ANEXOS I e I-A.”

Valor lançado: R\$ 2.781,64. – **Valor confessado:** R\$ 2.781,64.”

“INFRAÇÃO 02 - 01.05.02

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 não incidência do imposto.

Refere-se aos créditos fiscais utilizados integralmente nas aquisições de materiais de embalagem, nos exercícios de 2009/2010, havendo o contribuinte deixado de efetuar o estorno proporcional relativo às saídas de mercadorias isentas e não tributadas, nos termos do artigo 93, § 1º, inciso II, combinado com o artigo 100, § 1º, do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97, vigente à época, conforme demonstrativos constantes dos ANEXOS 11, 11-A, 11-B e 11-C.”

Valor lançado: R\$ 230.078,44. – **Valor confessado:** R\$ 67.135,89

“INFRAÇÃO 03 - 07.01.02

Efetuiu o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89.

Conforme Levantamento Fiscal de Antecipação e/ou Substituição Tributária nas Entradas, relativo aos exercícios de 2009/2010, constante dos ANEXOS 111 e 111-A.”

Valor lançado: R\$ 89.237,08 – **Valor confessado:** R\$ 42.657,64.”

“INFRAÇÃO 04 - 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 estabelecimento.

Refere-se aos exercícios de 2009/2010, conforme demonstrativos constantes dos ANEXOS IV e IV-A.”

Valor lançado: R\$ 106.942,72 – **Valor confessado:** R\$ 106.942,72.

Em decorrência das exigências acima (Auto de Infração nº 110427.0007/13-4), alega que resta ser exteriorizado é o silogismo demonstrativo da juridicidade sob a qual o recorrente assenta sua convicção de ter promovido a materialização de créditos de ICMS passíveis de utilização na contrapartida da conta corrente fiscal do seu estabelecimento fiscalizado, apenas por correlação com o *princípio da não cumulatividade tributária*, conforme a seguir:

Em relação à infração 1, aduz que a totalidade dos créditos nela mencionados resultou de utilização de ICMS incidente sobre mercadorias adquiridas sob o regime da substituição tributária, pelo que às operações de saídas delas foi dispensado o tratamento fiscal de mercadorias tributadas normalmente pelo ICMS, pelo que suas respectivas saídas foram escrituradas como tal, gerando débitos de ICMS, por óbvio; pelo que o novo lançamento se consubstanciou como um verdadeiro “*bis in idem*” tributário.

Quanto à infração 2, o recorrente diz que, se é fato que a legislação mencionada como sustentáculo do lançamento (93, § 1º, inciso II do RICMS/97) neste particular determina a limitação do uso dos créditos destacados em notas fiscais de embalagens apenas às saídas de mercadorias alcançadas pela tributação do ICMS, não é menos acertada a visão jurídica de que o crédito não utilizado em determinado mês não perde sua validade jurídica para ser usado nos meses subsequentes nas condições estabelecidas, somente no tocante às saídas de mercadorias tributadas.

No tocante à infração 3, cujo fato foi ter ocorrido pagamento a menor das antecipações tributárias, simultaneamente ocorreu utilização a menor dos créditos que o recorrente fazia jus.

Inerente à infração 4, alega o recorrente que a confissão foi feita sob vício jurídico, porquanto o suporte legal apontado como legitimador do lançamento (art. 1º, § 2º, inciso V do RICMS/97), não se amoldava ao caso, eis que as mercadorias adquiridas para incorporação ao ativo fixo foram de procedência não prevista na norma.

§ 2º. O ICMS incide sobre:

V - a entrada de mercadoria ou bem importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, bem como a aquisição ou arrematação em licitação promovida pelo poder público de mercadoria ou bem importados do exterior e apreendidos ou abandonados;” (Grifamos).

Desta maneira, segundo o apelante, de um lado, restou pontuada juridicamente a legitimidade dos créditos sobreditos e, do outro, o hábitat para a asseveração de que os créditos utilizáveis necessariamente não são só os que estejam destacados em documentos fiscais, como enfatiza a autoridade lançadora na justificação do lançamento ora contraditado.

Por fim, aduz que apenas o importe de R\$65.861,29 do lançamento fiscal goza de legitimidade intocável, razão pela qual confessou e requereu o parcelamento do mesmo, consoante Anexos 5 e

6, do que postula provimento do recurso, determinando a improcedência do Acórdão e a desconstituição do crédito tributário no exato limite das razões predisponentes da juridicidade desta pretensão supra registradas.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª Instância, proferida pela 5ª JF - Acórdão JF nº 0123-05/19, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado para exigir o ICMS de R\$285.379,19, sob acusação de utilização indevida de crédito fiscal referente a imposto não destacado em documentos fiscais, conforme escriturado no Registro E11 dos SPED/EFD, transmitidos pela empresa à SEFAZ/BA, utilizados para abater os saldos devedores nos respectivos meses, conforme demonstrado às fls. 4 dos autos, a saber:

Mês/ Ano	Código	Tipo Lançam.	Descrição do Lançamento	Vlr. Cr. Indev.	Motivo da Glosa
jan/15	BA029999	Outros créditos	Comp. Créd. ICMS	45.541,10	Insuf. Descr. Falta doc. suporte
mai/15	BA029999	Outros créditos	Comp. Créd. Ref. AI	50.813,01	Insuf. Descr. Falta doc. suporte
jun/15	BA029999	Outros créditos	Comp. Créd. Ref. AI	40.002,39	Insuf. Descr. Falta doc. suporte
jul/15	BA029999	Outros créditos	Comp. Créd. Ref. AI	50.320,80	Insuf. Descr. Falta doc. suporte
ago/15	BA029999	Outros créditos	Comp. Créd. ICMS	36.380,25	Insuf. Descr. Falta doc. suporte
set/15	BA029999	Outros créditos	Comp. Créd. ICMS	27.141,39	Insuf. Descr. Falta doc. suporte
out/15	BA029999	Outros créditos	Comp. Créd. ICMS	35.180,25	Insuf. Descr. Falta doc. suporte
		Total do Demonstrativo de Cr. Indevidos		285.379,19	

Em apertada síntese, o recorrente alega que a utilização de tais créditos do ICMS é passível em contrapartida da conta corrente fiscal por correlação com o *princípio da não cumulatividade tributária*, eis que reconheceu e quitou os débitos inerentes às primeiras quatro infrações, exigidas no Auto de Infração de nº 110427.0007/13-4 (fls. 15/22), lavrado em 16/09/2013, relativas:

1. A utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas sob o regime da substituição tributária, por ter tributado normalmente as subseqüentes operações de saídas, gerando débitos de ICMS, tendo o novo lançamento (Auto de Infração nº 110427.0007/13-4) se consubstanciado “*bis in idem*”.
2. A falta de estorno de crédito do ICMS nas aquisições de embalagem, proporcional às saídas com não incidência do imposto num determinado mês, não enseja a perda de sua validade jurídica para ser usado nos meses subseqüentes nas condições estabelecidas (proporcional às saídas tributadas).
3. O fato de ter pago a menor as antecipações tributárias, simultaneamente utilizou a menor os créditos que fazia jus.
4. À infração 4, alega que a confissão foi feita sob vício jurídico, porquanto o suporte legal apontado como legitimador do lançamento (art. 1º, § 2º, V do RICMS/97), não se amoldava ao caso, eis que as mercadorias adquiridas para incorporação ao ativo fixo foram de procedência não prevista na norma.

Assim, o recorrente sustenta a legitimidade dos créditos sobreditos eis que os créditos utilizáveis necessariamente não são só os que estejam destacados em documentos fiscais.

Portanto, da análise das razões recursais, verifica-se que o recorrente pleiteia legitimar créditos fiscais, no montante de R\$285.379,19, lançados em sua escrita fiscal, no decorrer do exercício de 2015, sem a devida documentação comprobatória, sob o histórico de “COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO ICMS” ou “COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO DE ICMS REF A AUTO DE INFRAÇÃO”, os quais afirma serem decorrentes do recolhimento do imposto, ocorrido em 29/11/2013 (fl. 31), relativo às quatro primeiras exações contidas no Auto de Infração nº 110427.0007/13-4, lavrado em 16/09/2013,

cujas infrações são relativas a fatos geradores de 2009 e 2010, por entender o apelante ter direito aos correspondentes créditos fiscais dos valores recolhidos.

Contudo, não cabe razão ao recorrente em tal procedimento visto que:

1. Por se tratar de pagamento ocorrido em 29/11/2013, conforme DAE à fl. 31 dos autos, mesmo que ficasse legitimado o direito ao crédito fiscal com o pagamento das infrações contidas no Auto de Infração anterior, **o que discordo**, o suposto direito ao crédito fiscal ocorreu no exercício de 2015, caracterizando-se, assim, como crédito fiscal extemporâneo, o que demandaria rito processual próprio, oportunidade em que a autoridade competente analisaria o direito ao crédito. Assim, a compensação nos moldes realizados, não poderia ter ocorrido, conforme prevê o art. 315 do Decreto nº 13.780/12 (RICMS).

Art. 315. A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314 dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte.

2. Por sua vez, tratando-se de indébito fiscal, conforme “*bis in idem*” alegado, caberia ao sujeito passivo observar as normas contidas no rito processual próprio à matéria, prevista no art. 74 do RPAF, a saber:

Art. 74. A restituição de tributo estadual, seus acréscimos ou multa, em razão de recolhimento a mais ou indevido, dependerá de petição dirigida à autoridade competente, nos termos do art. 10, através do órgão local, contendo, ainda:

- I - indicação do valor da restituição pleiteada;*
- II - indicação do dispositivo legal em que se funde o requerimento, e prova de nele estar enquadrado;*
- III - prova inequívoca do recolhimento a mais ou indevido;*
- IV - outras indicações e informações necessárias ao esclarecimento do pedido.*

Ademais, os fatos citados pelo recorrente não possuem correlação automática com o princípio da não cumulatividade, como alega o apelante, eis que:

1. O crédito fiscal utilizado indevidamente pelo contribuinte, ora em análise, pelo qual alega ter sido legitimado pelo pagamento do valor correspondente à exação contida em outro Auto de Infração, decorrente da utilização indevida de crédito de ICMS na aquisição de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, só teria pertinência caso restasse inequivocamente comprovada a tributação normal quando da saída do total dos mesmos produtos, o que não restou provado nos autos e muito menos através da autoridade competente, conforme dispositivos legais retrocitados.
2. O recorrente não demonstrou qualquer prova sobre sua pretensão para validar possível direito ao crédito fiscal remanescente sobre as aquisições de embalagens em meses subsequentes, conforme diz ter procedido, de modo a legitimar supostos créditos fiscais, objeto desse lançamento de ofício, e muito menos isso ocorreu através da autoridade competente, conforme dispositivos legais já citados.
3. Inexiste qualquer direito do contribuinte para utilizar crédito fiscal inerente ao pagamento de exação relativa ao recolhimento a menor da antecipação tributária, cuja fase de tributação é monofásica.
4. Igualmente, inexiste qualquer direito do contribuinte para utilizar crédito fiscal relativo à exação contida em Auto de Infração anterior, a qual tenha confessado e recolhido o valor exigido, e, posteriormente, ao seu talante, conclua existência de vício, ainda mais, **sob o fundamento** de falta de suporte legal apontado como legitimador do lançamento, como se tivesse competência para tal. Frise-se, ainda, que a motivação de o contribuinte se autoconceder o direito ao crédito do valor já reconhecido e pago da aludida infração, a qual se refere à exigência do ICMS de diferencial de alíquotas, é por ele entender que o suporte legal apontado como legitimador do lançamento (art. 1º, § 2º, V do RICMS/97), não se amoldava ao caso, eis que as mercadorias adquiridas para incorporação ao ativo fixo foram de procedência não prevista na norma (bens importados). Contudo, nos termos do art. 19 do Decreto nº 7.629/99

(RPAF), a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, **não implicando nulidade o erro da indicação**, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. Por fim, destaque-se que a aludida exigência - em que pese contida em PAF estranho, porém, com alegações recursais que atribuem reflexos no lançamento em análise – tem previsão legal no art. 2º, IV e no art. 4º, XV da Lei nº 7.014/96, assim como no art. 5º, I do RICMS/97, vigente à época, o que, por si só, não lhe autorizava tal conduta de crédito fiscal de suposto indébito fiscal.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206958.0002/17-7**, lavrado contra **ITÃO SUPERMERCADOS IMPORTAÇÕES E EXPORTAÇÕES S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$285.379,19**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores comprovadamente recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO - REPR. DA PGE/PROFIS