

A. I. N° - 191828.0003/22-1
AUTUADO - LOJAS AMERICANAS S.A.
AUTUANTE - DOUGLAS DE ALENCAR BARBOSA, MARCELO DE AZEVEDO MOREIRA e HERMENEGILDO MAGALHÃES FRAGA
ORIGEM - DAT SUL / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10.08.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJJF N° 0123-05/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO. b) ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. c) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Demonstrativos juntados aos autos comprovam utilização de créditos fiscais indevidos relativos as infrações 1, 2 e 3. Infrações procedentes. **2. IMPOSTO NÃO RECOLHIDO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS.** Restou comprovado que os valores consignados nas NFe emitidas que foi objeto da autuação, não foram incluídos na EFD e devido o valor exigido. Infração 4 procedente. **3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. ENCARGOS FINANCEIROS. a) EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). b) NOTAS FISCAIS DE VENDAS AO CONSUMIDOR ELETRÔNICA (NFC_e). c) EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). d) NOTAS FISCAIS DE VENDAS AO CONSUMIDOR ELETRÔNICA (NFC_e) e) NOTAS FISCAIS DE VENDAS AO CONSUMIDOR ELETRÔNICA (NFC_e) 9. f) NOTAS FISCAIS DE VENDAS AO CONSUMIDOR ELETRÔNICA (NFC_e).** Demonstrativos juntados ao processo comprovam ter sido tributados de forma incorreta operações contidas nas infrações 5, 6, 7, 8, 9 e 13. Infrações procedentes. **4. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS.** Restou comprovado que no período de ocorrência dos fatos geradores o contribuinte aplicou alíquota de 18% sem aplicar o adicional de 2% previsto para as operações (cosméticos). Infração 10 procedente. **5. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. a) ECF. 11 b) NFC.** Restou comprovado que os documentos fiscais relacionados nas infrações 11 e 12 incorreram em erro na apuração do imposto. Infrações procedentes. **6. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. ATIVO FIXO E USO E/OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. RECOLHIMENTO A MENOS.** Infração 14 não contestada. **7. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO.** Não comprovada a alegação de que os documentos fiscais foram escriturados extemporaneamente. Infrações 15 e 16 procedentes. Indeferido o pedido de realização de perícia ou

diligência fiscal. Rejeitadas as nulidades suscitadas.
Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 07/02/2022 exige tributos no valor de R\$ 38.629,84 em decorrência das seguintes infrações:

- 01.- **001.002.003.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadoria beneficiadas com isenção do imposto (2017/2021) - R\$ 386,54. Multa 60%.
- 02.- **001.002.005.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária (2017/2018) - R\$ 1.148,26. Multa 60%.
- 03.- **001.002.040.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal (2018/2021) - R\$ 341,43.
- 04.- **002.001.002.** Deixou de recolher no prazo regulamentar o ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios (NFC-e - 2018/2021) - R\$ 7.798,30. Multa 100%.
- 05.- **002.001.003.** Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta na descrição dos fatos que trata se de encargos financeiros sobre operações de venda a prazo, financiado por administração financeira própria, não incluídas na base de cálculo (ECF), (2017/2018) - R\$ 1.279,20. Multa 100%.
- 06.- **002.001.003.** Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (ECF). Consta na descrição dos fatos que trata se de encargos financeiros sobre operações de venda a prazo, financiado por administração financeira própria, não incluídas na base de cálculo (NFC-e), (2018/2021) - R\$ 2.039,51. Multa 60%.
- 07.- **002.001.003.** Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (ECF), (2017/2021) - R\$ 1.101,64. Multa 60%.
- 08.- **002.001.003.** Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (NFC-e), (2018/2021) - R\$ 5.178,29. Multa 60%.
- 09.- **002.001.003.** Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (NFe), (2017/2021) - R\$ 701,58. Multa 60%.
- 10.- **003.002.002.** Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (NFC-e). Consta na descrição dos fatos que trata se de cosméticos tributados em 18% ao invés de 20% (2018/2021) - R\$ 7.341,94.
- 11.- **003.002.004.** Recolheu a menor ICMS em razão decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Consta na descrição dos fatos que trata se de erro na carga tributária (ECF), (2017/2021) - R\$ 1.342,93. Multa 60%.
- 12.- **003.002.004.** Recolheu a menor ICMS em razão decorrência de erro na apuração dos valores do imposto (NFC-e), (2018/2021) - R\$ 2.582,85. Multa 60%.
- 13.- **003.002.004.** Recolheu a menor ICMS em razão decorrência de erro na determinação da base de cálculo (NFC-e), (2018/2021) - R\$ 125,90. Multa 60%.
- 14.- **003.002.006.** Deixou de recolher o ICMS da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação destinadas a ativo e uso ou consumo do estabelecimento (2017/2021) - R\$ 6.289,46. Multa 60%.
- 15.- **016.001.002.** Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 1% sobre o valor das mercadorias (2017) - R\$ 27,98.

16. - 016.001.006. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviços tomados, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 1% sobre o valor (2017/2021) – R\$ 944,02.

O autuado apresentou impugnação (fls. 201 a 213), por meio dos advogados Márcio Braga Pinheiro OAB/BA 25.834 e Jaqueline Conceição Mercês OAB/BA 21.210, inicialmente ressalta a sua tempestividade, discorre sobre as infrações e preliminarmente suscita a nulidade do lançamento sob argumento de que apresenta divergência entre os fatos narrados e a fundamentação legal, exemplificando que na “Descrição dos Fatos” foi indicado “*Dentre as infrações a seguir lançadas, constam: utilização indevida de crédito fiscal sobre a aquisição de mercadorias no regime de Substituição Tributária e saídas de mercadorias tributárias como não tributadas*”.

Argumenta que a autuação indica creditamento indevido relativo a operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária relativo a produtos que “*não mais integravam o Anexo I do RICMS/BA na data da ocorrência do fato gerador*”, transcreve as 16 (dezesseis) infrações (fls. 204 e verso) e ressalta que a exigência de ICMS, em razão de creditamento indevido, são indicadas em 12 (doze) infrações com objeto diferente do suposto creditamento indevido.

Conclui que a “Descrição dos Fatos” não tem correspondência com os dispositivos legais tidos por violados nas infrações posteriormente elencadas, com enquadramento legal e citação genérica, que denota ausência de elementos que são insuficientes para exercer o contraditório e o seu direito de defesa.

Discorre sobre os requisitos formais previstos no artigo 142 do Código Tributário Nacional (CTN), transcreve os artigos, 18, 20 e 39 do RPAF/BA e afirma que tanto o CTN quanto a própria legislação estadual são claras ao exigir que a infração apurada seja expressamente indicada de forma precisa, inclusive com os elementos fáticos que a comprovem, para garantir que o contribuinte possa identificar a irregularidade da situação apontada, a norma legal que porventura tenha infringido, para poder exercer de forma plena o contraditório e ampla defesa.

Cita texto de doutrinadores acerca do lançamento, ressalta a segurança jurídica, a atuação dentro dos limites da lei (art. 37 da CF) e conclui que o crédito tributário exigido não condiz com o enquadramento legal (genérico) indicado pelo Fisco e com a “Descrição dos Fatos”, que não permite identificar contra qual imputação deve se defender, cerceando o direito de defesa, nos termos do art. 142 do CTN e artigos 5º, LV e 37 da CF, motivo pelo qual deve ser anulado.

No mérito, caso não superada a nulidade arguida, argumenta que a autuação não merece prosperar, em vista de que os supostos créditos tributários utilizados na entrada de mercadorias não tributas ou sujeitas ao regime de substituição tributária (ST), por ocasião das saídas (março/2017 a setembro/2021), não foi observado de forma individualizada como as mercadorias foram tratadas nas operações, consubstanciando a autuação em meras presunções.

Alega que a análise das operações autuadas, demonstra que registrou o crédito de ICMS na entrada, quando do recebimento da mercadoria, e tributou a operação de saída, não havendo que se falar em creditamento indevido ou falta de estorno.

Observa que as operações realizadas que foram consideradas pela Fiscalização como não tributadas ou sujeitas à substituição tributária, foram tributadas na saída pelo regime normal de tributação do ICMS (débito-crédito), em lugar de se recolher o ICMS por substituição tributária ou de se beneficiar da isenção, o que impõe a manutenção do crédito da entrada, tendo em vista o princípio da não cumulatividade do ICMS.

Argumenta que a fiscalização deixou de verificar operação por operação e simplesmente presumiu que as saídas teriam ocorrido com ST ou isenção, glosando os créditos de ICMS registrados na entrada, sem determinar o estorno dos débitos registrados nas saídas, o que “*acaba por se locupletar sem causa*”, violando frontalmente a regra de não cumulatividade do ICMS, determinada pela Constituição Federal (art. 155, § 2º, I).

Conclui alegando que a tributação da cadeia de circulação das mercadorias restou hígida, sem qualquer prejuízo de arrecadação ao Fisco Estadual, razão pela qual deve ser cancelado o lançamento ora impugnado, sob pena de enriquecimento sem causa do “*Fisco do Estado do Ceará*”, por violação frontal à regra constitucional de não cumulatividade do ICMS.

Com relação ao regime de substituição tributária para as mercadorias objeto da presente autuação, que foi reconhecido pela fiscalização, ressalta que a substituição tributária consiste em atribuir a determinado sujeito (substituto), a responsabilidade pela retenção e pelo recolhimento do imposto incidente nas operações subsequentes com a mesma mercadoria, praticadas por outros contribuintes (substituídos), configurando um técnica de arrecadação implementada de forma progressiva (para frente), visando antecipar o recolhimento dos impostos incidentes nas etapas subsequentes de circulação da mercadoria.

Neste contexto, alega que os valores recolhidos a título de ICMS-ST devem ser considerados antes de lançar crédito por falta de recolhimento do imposto e o fato de ter aplicado o regime de ST não invalida os recolhimentos realizados. Entende que o regime correto deveria ser o normal de débito e crédito e a fiscalização deveria ter calculado o valor de ICMS devido no regime normal e computar os valores recolhidos pelo regime de ST, para verificar eventual insuficiência dos recolhimentos e não de maneira cômoda e imperita, lançar créditos sem considerar os valores já recolhidos.

Argumenta que o procedimento fiscal, enseja recolhimento em duplicidade sobre o mesmo fato gerador, culminando em enriquecimento sem causa do “*erário cearense*”, até porque o mero equívoco no regime aplicado não invalida os recolhimentos efetivamente realizados em favor do erário.

Reapresenta o argumento quanto a não consideração dos valores recolhidos, em função do princípio da verdade material, que norteia a atividade da autoridade fiscal, cita texto de doutrinadores (Alberto Xavier) sobre o procedimento tributário de lançamento e requer revisão do lançamento para considerar os valores efetivamente recolhidos pelo regime de ST, em respeito à regra constitucional de não cumulatividade do ICMS e sob pena de enriquecimento sem causa do “*Fisco do Estado de Rio Grande do Norte*”.

Com relação a autuação por falta de recolhimento de ICMS sobre operações com encargos financeiros (taxas de juros cobradas por administradora de cartão de crédito), argumenta que a base de cálculo do ICMS é o valor da operação, ou seja, o preço da mercadoria e “*pelas notas fiscais autuadas é possível verificar o destaque do ICMS da mercadoria e em separado o destaque dos encargos financeiros sobre toda a nota fiscal*”.

Transcreve à fl. 208/v a Súmula 227 do STJ que versa sobre a não inclusão na base de cálculo do ICMS, dos “encargos decorrentes do financiamento do preço das mercadorias” e alega que a autuação sobre os encargos financeiros é ilegal, vez que os encargos financeiros não se referem a um determinado tributo, “mas sim à operação total de venda, o que reflete numa tributação padronizada com a aplicação da mesma alíquota (18%) para produtos com previsão legal de alíquotas inferiores ou para produtos sujeitos à sistemática da substituição tributária, isentos ou imunes, em frontal violação ao princípio da legalidade, devendo, pois, ser cancelada”.

No tocante a infração que acusa “falta de recolhimento do ICMS em razão de ter adquirido mercadorias com recursos advindos de omissões de saídas pretéritas de mercadorias tributáveis, constatado pela falta de registro de notas fiscais nos livros próprios”, afirma que “verificou que as notas fiscais referentes ao período autuado foram devidamente escrituradas, ainda que, eventualmente, extemporaneamente” o que não pode ser desconsiderado, sob pena de enriquecimento sem causa do “*erário paraibano*”.

No que se refere as multas aplicadas, ressalta que incorreu em violação ao princípio da vedação da tributação com efeito de confisco, por não corresponder à infração cometida, proporcional e razoável à gravidade, culminando em multas severas e desproporcionais aos equívocos

cometidos, conflitando com a vedação da utilização de tributo com efeito de confisco previsto no art. 150, IV da CF, mesmo que integre o crédito tributário (art. 3º, do CTN).

Transcreve decisão proferida pelo STF, no julgamento da ADIN nº 551/RJ e RE 80.093/SP, pacificando o entendimento de que o Princípio do Não-Confisco também se aplica às multas e/ou penalidades. Requer que a multa imposta, por se revelar evidentemente confiscatória, seja prontamente cancelada.

Em seguida, discorre sobre os princípios que regem a Administração Pública para imposição de penalidade em razão de descumprimento de obrigação tributária, no exercício do seu poder de polícia, ressaltando que as multas sobre os valores do ICMS exigidos, fere os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, haja vista que não representa dano ou valor monetário da infração. Cita texto de doutrinadores (fl. 210) para reforçar o seu posicionamento de que deve se verificar a existência de adequação, necessidade e proporcionalidade, para no caso concreto alcançar a funcionalidade pretendida.

Destaca que as infrações praticadas não caracterizam dolo, fraude ou simulação, visto que apenas elegeu outro regime de tributação para recolher o ICMS.

Por fim, argumenta que com base no princípio da verdade material, tendo sido exigido imposto relativo a créditos indevidos mas que foram pagos, *enquadramento legal genérico, ausência das NCMs das mercadorias, das chaves de acesso das notas fiscais, o gigantesco número de operações* que envolvem a autuação, informa interesse na realização de prova pericial técnico-contábil, com indicação de assistente técnico, para análise detalhada e exaustiva da documentação fiscal de posse do Fisco que reflete todas as operações realizadas pela Impugnante, nos termos dos artigos 123 e 145 do RPAF/BA.

Pede que seja reconhecida a nulidade do lançamento, no mérito, reconhecer a total improcedência e *subsidiariamente*, cancelamento das multas aplicadas, protestando por todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive pela juntada posterior de documentos.

Os autuantes prestaram informação fiscal (fls. 226 a 249), inicialmente esclarecem que o contribuinte foi fiscalizado em 21/12/2021 em razão de ter solicitado baixa da sua inscrição estadual no cadastro de contribuintes do ICMS.

E que dentre as infrações lançadas, constam: utilização indevida de crédito fiscal sobre a aquisição de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária e saídas de mercadorias tributárias como não tributadas, observando que diversos produtos (dentre outros) não mais integravam o Anexo I do RICMS/BA na data da ocorrência do fato gerador, conforme indicação na descrição dos fatos do auto de infração.

Em seguida, descreve as 16 (dezesesseis) infrações, discorrem sobre os argumentos contidos na impugnação que passam a apreciar.

Ressalta que os argumentos defensivos são improcedentes, visto que discute a subordinação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, com intuito meramente procrastinatório sem enfrentar objetivamente as diversas infrações descritas e evidenciadas, tendo inclusive compilado de impugnações apresentadas aos fiscos dos Estados do Ceará, Paraíba e Rio Grande do Norte, sobre matérias assemelhadas, sem o cuidado de excluir do texto.

Ressaltam que o art. 123 do RPAF/BA, assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação e o art. 8º institui que as petições devem conter o pedido e seus fundamentos, expostos com clareza e precisão e oferecer ou indicar os meios de prova para demonstrar a verdade de suas alegações, o que não ocorreu com a presente defesa.

Esclarecem que a ação fiscal da qual resultou a lavratura do auto de infração foi direcionada a toda a rede de estabelecimentos da sociedade empresarial, sediada no Estado da Bahia, visando verificar o cumprimento da legislação fiscal do ICMS (alíquotas, créditos, regimes de tributação -

normal, ST – lançamentos na EFD, operações tributáveis ou não-tributáveis, DIFAL), entre outras ocorrências, que culminou na lavratura de diversos autos de infração.

Às fls. 245 e 246, lista 27 (vinte e sete) autos de infrações lavrados contra estabelecimentos situados na Capital e de outros Municípios, com identificação de que foram todos quitados.

Quanto a nulidade suscitada, afirmam que no lançamento foram observados todos os requisitos indispensáveis previstos no art. 142 do CTN e art. 39 do RPAF/BA, visto que apresenta os fatos objeto da tributação de forma clara e precisa, propiciando sua compreensão e exercício do direito de defesa, inclusive compreendidos e admitidos, com extinção pelo pagamento, não estando presentes quaisquer das hipóteses de nulidade previstas no art. 18, do citado RPAF/BA.

Indaga porque razão apenas este estabelecimento não compreendeu os fatos que foi compreendido por estabelecimentos integrantes da mesma empresa e porque só neste caso o direito de defesa e ao contraditório foi violado. Afirmam que inexistente no presente caso qualquer impedimento do exercício do contraditório, apresentando uma defesa genérica, atécnica, que não enfrenta os fatos objetivos que lhe foram imputados.

Ressaltam que o argumento de nulidade apresentado consiste apenas numa explicação introdutória, contextualizando duas das treze infrações, contextualizando infração relativa às saídas de mercadorias tributadas como não tributadas que não mais integravam o Anexo I do RICMS/BA, quando da ocorrência dos fatos geradores, que a partir do ingresso destes produtos no regime normal de apuração o crédito fiscal exercido pelo estabelecimento não foi objeto de nenhuma glosa, e que cabe ao estabelecimento autuado proceder ao seu levantamento e compensação tanto em relação ao imposto destacado nos documentos fiscais de aquisição quanto ao ICMS indevidamente antecipado, em processo específico e com observância do prazo decadencial.

No mérito, quanto à infração relativa a utilização indevida de crédito fiscal sobre a aquisição de mercadorias enquadradas no regime de ST, ressaltam que se trata de compensação de crédito irregularmente exercida no regime normal, uma vez que as operações objeto da glosa permanecem ou permaneciam no regime de substituição tributária, o que configura creditamento indevido objetivamente demonstrado.

Afirmam que todas as demais infrações narradas e evidenciadas são patentes, ressaltando que a contextualização introdutória é antes de tudo uma homenagem ao exercício do direito de defesa e não sua negação, não inviabilizando as demais infrações objetivamente narradas e quantificadas.

Quanto ao argumento de que os encargos financeiros debitados aos adquirentes não devem integrar a base de cálculo nas saídas de mercadorias tributáveis, afirmam que são previstos no art. 17, § 1º, II da Lei 7.014/96, matéria já pacificada na jurisprudência CONSEF em diversos julgados.

No que se refere à multa formal de 1% por falta de registro fiscal de operações de entrada, que a defesa alega ter sido exigido ICMS sobre omissão de saída pretérita caracterizado por omissão de entrada, afirmam que é equivocada e improcedente, porque não se está exigindo ICMS sobre presunção de saída anterior, mas tão somente sancionando o descumprimento de obrigação acessória pelo não registro regular de operações de entrada.

Relativamente aos argumentos de que incorreu ofensa aos princípios do não-confisco, razoabilidade e proporcionalidade, entendem que são afirmações inverídicas e não provadas, visto que foi aplicada a legislação tributária do Estado da Bahia a fatos concretos e mesmo que padecesse de anomalias jurídicas, esta não seria a via adequada para desconstituí-la.

Concluem afirmando que o caráter dos argumentos defensivos não são técnico e procrastinatório e requerem a procedência integral do lançamento.

VOTO

O Auto de Infração acusa o cometimento de dezesseis infrações, tendo o impugnante de forma genérica:

- 1) Suscitado a nulidade do lançamento sob argumento de divergência entre os fatos narrados e a fundamentação legal;
- 2) Que a utilização dos créditos não causou prejuízo ao Erário, se observado o princípio da não cumulatividade;
- 3) Não ter sido reconhecido os valores pagos a título de ST;
- 4) Que os encargos financeiros não integram a base de cálculo do ICMS;
- 5) Que parte das notas fiscais foram escrituradas extemporaneamente;
- 6) A multa é confiscatória e deve ser cancelada;
- 7) Requer realização de diligência/perícia fiscal.

Quanto a nulidade suscitada, observo que na descrição dos fatos foi indicado que “dentre as infrações a seguir lançadas, constam ...” em seguida lista produtos (bombons, salgadinhos, banco escada e caixa de ferramentas) que não mais “*integravam o Anexo I do RICMS/BA na data da ocorrência do fato gerador*”. Constatado que das dezesseis infrações, observo que o demonstrativo da infração 2 (fls. 44 a 48) relaciona as mercadorias cujo crédito fiscal foi considerado indevido, com valor total de R\$ 1.148,26 o que possibilitou efetivamente de exercer o seu direito de defesa, ressaltando que consta expressamente na descrição dos fatos que se trata de “dentre as infrações...”, logo não pode ser correlacionado a todas as infrações.

Além disso, o auto de infração indica a: i) qualificação do autuado; ii) local, data e hora da lavratura; iii) descrição dos fatos; iv) demonstrativo de débito; v) disposição legal infringida e a penalidade aplicável; vi) determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo legal; e (vii) a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula, em conformidade como o disposto no art. 142 do CTN e art. 39 do RPAF/BA, fazendo-se acompanhar de demonstrativos analíticos e sintéticos de cada infração, o que possibilitou o exercício do contraditório e direito de defesa por parte do estabelecimento autuado, inexistindo situações previstas no art. 18 do RPAF/BA que conduza a nulidade do lançamento. Por isso, fica rejeitada a nulidade suscitada.

Quanto ao pedido para realizar diligência ou perícia fiscal, observo que todas as infrações fazem-se acompanhar de demonstrativos analíticos cujos dados foram coletados na Escrituração Fiscal Digital (EFD) apresentada pelo estabelecimento autuado e não há necessidade de produção de provas que dependa de conhecimento especial de técnicos. Portanto, entendo ser desnecessária a realização de diligência ou perícia fiscal em vista das provas juntadas aos autos, nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF/BA, tendo em vista meu convencimento sobre a presente lide. Fica rejeitado o pedido de realização de diligência/perícia.

No mérito, como na defesa não foram apresentados argumentos relativos a cada infração, serão apreciados os argumentos genéricos na mesma ordem da defesa.

No que se refere ao argumento de que a utilização dos créditos não causou prejuízo se observado o princípio da não cumulatividade, observo que as infrações 1, 2 e 3 reportam-se a utilização indevida de crédito fiscal.

A infração 1 acusa utilização de crédito relativo a mercadorias beneficiadas com isenção do ICMS. No demonstrativo de fls. 38 a 40, foram relacionados produtos contemplados com isenção (DVD, arroz, sal, fubá e feijão). Como estes produtos são contemplados com isenção (art. 265, II, “d” do RICMS/BA) e não foi comprovado que as saídas subsequentes foram tributadas, não procede o argumento de direito de compensação e vedado o crédito (art. 310, I, “a” do RICMS/BA).

Já a infração 2 acusa utilização indevida, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, tendo sido relacionado às fls. 44 a 48 (Gatorade, pão de mel, corretivo, fanta, tortila, farinha de trigo, biscoito, choco Kit Kat, entre outros), com indicação das notas fiscais, descrição dos produtos e respectivas NCM. Portanto, como não foi comprovado que

tributou as saídas subsequentes dos produtos, restou caracterizado a utilização indevida do crédito fiscal nos termos do art. 290 do RICMS/BA.

Com relação ao argumento de que deve ser reconhecido os valores pagos a título de ST, observo que conforme esclarecido na informação fiscal, caso ficasse provado que adquiriu as mercadorias com ICMS retido ou pago por antecipação, encerrando as fases de tributação e tivesse dado saída subsequente tributada, caberia ao sujeito passivo por meio de processo próprio requerer a restituição do valor pago indevidamente (indébito) nos termos dos artigos 74 e 75 do Dec. 7.629/1999, mas não pode ser feito nessa fase processual. Também, não procede ao argumento de que deve ser compensado o crédito fiscal.

A infração 3, acusa utilização de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal. Por sua vez, no demonstrativo de fls. 52/53 foi indicado o valor creditado na EFD e o destacado na NFe, tendo exigido o valor creditado a maior. Como não foi apresentado qualquer prova objetiva, restou comprovado o cometimento da infração nos termos do art. 309, § 6º do RICMS/BA.

A infração 4 acusa falta de recolhimento no prazo regulamentar, ICMS referente a operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Constatado que o demonstrativo analítico de fls. 57 a 77 indica o número da NFe, chave do documento fiscal e valor não lançado, que foi consolidado no demonstrativo sintético de fl. 56. Como não foi contestada, fica mantida a sua procedência.

No tocante ao argumento de que foi exigido ICMS sobre os encargos financeiros que não integram a base de cálculo do imposto, observo que envolve as infrações 5 e 6 que acusa prática de operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (ECF e NFC-e), indicando que se trata de “juros cobrados pela administradora de cartão de crédito”. Neste contexto, o art. 17, § 1º, II, “a” da Lei 7.014/96 estabelece:

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

§ 1º Integra a base de cálculo do imposto, inclusive na hipótese do inciso VI do caput deste artigo:

...

II - o valor correspondente a:

a) seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição.

Constatado que nos demonstrativos de fls. 79 a 88 foi indicado os valores de “encargos” indicados nos Cupons Fiscais (ECF) e Notas Fiscais de Vendas a Consumidor Eletrônicas (NFC-e) que não foram incluídos na base de cálculo do valor da operação. Neste contexto, não se trata de encargo decorrente de financiamentos (Sum 227 do STJ) referente a juros cobrados de instituição financeira, que incide Imposto Sobre Operações Financeiras e sim juros cobrados nas vendas a prazo indicada nos documentos fiscais. Neste caso, assiste razão a fiscalização de que deve ser incluído na base de cálculo nos termos do art. 17, § 1º, II, “a” da Lei 7.014/96. Ressalte-se que o STJ na apreciação do Embargos de divergência. ICMS, decorrentes de financiamento manifestou entendimento de que na “venda a prazo”, na qual o vendedor oferece ao comprador o pagamento parcelado do produto, acrescendo-lhe um plus ao preço final, o valor da operação constitui a base de cálculo do ICMS, na qual se incorpora, assim, o preço “normal” da mercadoria (preço de venda à vista) e o acréscimo decorrente do parcelamento (Sumula 395 do STJ). Infrações 5 e 6 procedentes.

As infrações 7 (ECF), 8 (NFC-e) e 9 (NFe) acusam falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Observo que nos demonstrativos analíticos de fls. 91 a 117 foram indicadas as notas fiscais, descritas as mercadorias e o valor da operação que não foi tributada. Como objetivamente a defesa não se reportou, fica mantida a procedência dessas infrações.

A infração 10 acusa recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, indicando que aplicou percentual de 18% sem considerar que são cosméticos. Da mesma forma, não tendo sido contestado na defesa e o demonstrativo analítico indica às fls. 121 a 131, as notas fiscais e diferença devida em conformidade com o disposto nos artigos 15, 16 e 16-A da Lei 7.014/96, fica mantida a sua procedência.

As infrações 11 e 12 acusam que recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto e a infração 13, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Nos demonstrativos analíticos de fls. 130 a 160 foram indicados os valores apurados incorretamente e os devidos, tendo sido exigidas as diferenças. Como não houve impugnação específica, fica mantida a procedência total dessas infrações.

A infração 14 acusa falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, conforme demonstrativo de fls. 163 a 177 (camisa, fita adesiva, bobina, luva, clips, grampo,). Também, não tendo sido contestada fica mantida a sua procedência (art. 4º, XV da Lei 7.014/96).

Quanto ao argumento de que parte das notas fiscais foi escriturada extemporaneamente, observo que as infrações 15 e 16 acusam ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviços sem o devido registro na escrita fiscal.

Com relação a estas infrações, observo que ao contrário do que foi alegado na nulidade suscitada, os demonstrativos analíticos de fls. 181 a 196 indicam as chaves da Nota Fiscal Eletrônica (NFe) o que possibilitou ao estabelecimento autuado fazer consulta no portal da NFe e fazer contato com os seus fornecedores acerca dos documentos fiscais emitidos contra a sociedade empresarial.

Também, não procede a alegação de que foi exigido ICMS por presunção (art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96), tendo em vista que não foi exigido imposto por descumprimento de obrigação principal e sim aplicada multa de 1% sobre o valor da operação, por descumprimento de obrigação acessória (não registro da NFe na EFD), prevista no art. 42, IX da Lei 7.014/96.

Quanto ao argumento de que parte das notas fiscais foi escriturada extemporaneamente, verifico que não foi apresentada qualquer prova neste sentido junto com a defesa, motivo pelo qual não acato tal argumento, bem como a comprovação desse fato depende da indicação de sua escrituração da EFD, elemento probatório que dispõe e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (artigos 123, 140, 142 e 143 do RPAF/BA).

Pelo exposto, fica mantida a procedência total das infrações 13 e 14.

No que tange ao argumento de que as multas aplicadas são desproporcionais e confiscatórias, observo que as multas aplicadas de 60% e 100% são previstas no art. 42, da Lei 7.014/96, portanto é legal. Com relação à alegação de que a multa de caráter confiscatório é inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I do RPAF/BA, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **191828.0003/22-1**, lavrado contra **LOJAS AMERICANAS S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 37.657,83**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 29.859,53 e de 100% sobre R\$ 7.798,30,

previstas no art. 42, II “a”, “f”, VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa fixa com valor de **R\$ 972,00**, prevista no art. 42, IX da citada Lei e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de julho de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR