

PROCESSO	- A. I. Nº 281424.0003/21-9
RECORRENTE	- BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0009-01/22-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 15/09/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0233-11/23-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SAÍDAS SUBSEQUENTES REALIZADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. O autuante refez o demonstrativo em diligência, calculando a proporção de saídas interestaduais que foram tributadas, mantendo apenas as internas, que não se sujeitam a tributação e que a recorrente não comprovou ter tributado, ainda assim. Infração reduzida. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão nº 0009-01/22-VD proferido pela 1ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente o Auto de Infração lavrado em 24/09/2021 no valor histórico de R\$ 474.037,59, abordando a seguinte infração:

Infração 01 – 001.002.003 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Período fiscalizado: 01/2017 a 12/2017.

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

VOTO

De inicio, cabe apreciar a preliminar de nulidade arguida pelo impugnante.

A alegação defensiva é de preterição do direito de defesa por descumprimento de dispositivo legal, e ausência de comprovação da infração.

Sustenta o impugnante, que isso ocorre porque a liquidez do Auto de Infração requer a exibição de todos os dados tendentes à comprovação do valor exigido, descrevendo-se minuciosamente a infração e apresentando os documentos comprobatórios, sob pena de afrontar os princípios da motivação, legalidade, segurança jurídica e verdade material, impossibilitando, desse modo, o exercício pleno ao contraditório e à ampla defesa, em violação ao art. 39, VI do RPAF.

O exame dos elementos que compõem o presente processo, especialmente do demonstrativo elaborado pelo autuante “Crédito indevido – Mercadorias isentas – Lista de notas fiscais/itens” acostado em papel às fls.14 a 28 dos autos, assim como, constante do disco de armazenamento (DVD-R) acostado à fl.10 dos autos, permite constatar que não há como prosperar a pretensão defensiva.

Isso porque, no referido demonstrativo analítico “Crédito indevido – Mercadorias isentas – Lista de notas fiscais/itens”, verifica-se claramente que constam todos os dados e informações, conforme aduzido pelo autuante, ou seja, identificação das notas fiscais com respectivas numerações, datas de emissão, chaves de acesso, CFOP, CNPJ do emitente, base de cálculo, alíquota aplicada e o crédito fiscal indevido, objeto da glosa referente à aquisição das mercadorias.

Observa-se que o lançamento de ofício em exame foi efetuado em conformidade com a legislação do ICMS, tanto no sentido material, no caso a Lei nº 7.014/06 e RICMS/BA, Decreto nº 13.780/12, como no sentido formal, ou seja, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

O autuante elaborou e acostou aos autos os elementos necessários e indispensáveis à validação do lançamento de ofício em questão, cujas cópias foram entregues ao autuado, conforme intimação via DT-e, anexada à fl. 97 (frente e verso) dos autos.

No que tange às decisões deste CONSEF invocadas pelo impugnante, no caso Acórdãos JJF Nº. 2027/00 e CJF Nº. 0384-12/02, observo que inexiste qualquer vinculação entre as referidas decisões e o presente processo, haja vista que as nulidades proferidas decorreram da ausência de prova, que conforme visto acima, não é o caso do presente Auto de Infração.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de qualquer das hipóteses previstas no

art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No tocante ao pedido de realização de diligência/perícia, observo que o autuado nada trouxe em termos valorativos ou quantitativos que pudesse suscitar a possibilidade de sua realização, razão pela qual, indefiro o pedido com fulcro no art. 147, I, "a", "b" II, "a" do RPAF/99.

No mérito, verifico que o impugnante não apontou, mesmo que por amostragem, qualquer inconsistência porventura existente no levantamento levado a efeito pela Fiscalização, inclusive no tocante aos documentos fiscais arrolados na autuação.

Na realidade, o impugnante conduziu as suas razões defensivas atinentes ao mérito da autuação alegando que a infração não procede, pois ainda que tenha eventualmente se aproveitado do crédito fiscal pelas entradas dos produtos objeto da autuação, o fato é que efetivou o devido débito do imposto quando da saída com a alíquota respectiva, o que anularia o suposto crédito fiscal a maior, não ensejando qualquer prejuízo ao Erário. Neste sentido, invocou decisões do CONSEF que considerou improcedente a autuação em situações idênticas, no caso os Acórdãos CJF Nº. 0065-13/12 e JJF Nº. 0273-01/13.

Certamente que a simples alegação de que efetivou o débito do imposto quando da saída da mercadoria amparada por isenção com aplicação da alíquota respectiva não pode prosperar, haja vista que - conforme já consignado linhas acima – o impugnante não trouxe aos autos - mesmo que por amostragem – qualquer elemento comprobatório de sua alegação.

Vale observar, que os Acórdãos aduzidos pelo impugnante, cujas decisões foram pela improcedência, tiveram como fundamento a comprovação trazida pelos autuados da efetiva saída tributada, o que, conforme já consignado acima, não restou comprovado.

Na realidade, o autuante ao constatar que o autuado efetivamente efetuara em alguns meses do exercício de 2017 o estorno de crédito fiscal na apuração mensal do imposto, conforme consta nos Registros Fiscais de Apuração do ICMS, nos meses de maio a dezembro de 2017, intimou o autuado a apresentar a composição dos estornos de créditos fiscais, no caso notas fiscais/produtos/valores do ICMS, tendo excluído todas as notas fiscais que compuseram os estornos de créditos fiscais, permanecendo unicamente os valores e notas fiscais que não foram objeto de estorno.

Diante do exposto, a infração é procedente.

No tocante ao argumento defensivo de que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao Contribuinte, consoante previsão do art. 112 do CTN, no presente caso descebe tal aplicação, haja vista a inexistência de qualquer dúvida interpretativa.

Quanto à alegação defensiva de que a multa aplicada é exorbitante e viola o princípio do não-confisco, saliento que de acordo com o inciso I do art.167 do RPAF-BA/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual, sendo que a multa aplicada se encontra prevista artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

No tocante ao pedido de redução da multa, ressalto que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de descumprimento de obrigação tributária principal, conforme previsto no art.158 do RPAF/BA/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Incialmente, sustenta a nulidade da decisão por preterição ao seu direito de defesa, considerando a ausência de documentos que respaldam a autuação pois teria alegado na defesa que a única prova é uma planilha de dados sendo que o acórdão considerou suficiente os dados contidos na autuação enquanto a impugnação acusava a insuficiência de documentos para suportar os dados contidos.

Defende a nulidade do Auto de Infração por entender inexistirem elementos comprobatórios dos valores postos nas planilhas pela falta de apresentação da documentação correspondente, o que seria uma omissão quanto aos requisitos de validade do lançamento capaz de invalidar o trabalho fiscal por retirar da recorrente o seu direito de defesa.

No mérito, defende a ausência de prejuízo ao erário pelas saídas tributadas das mercadorias, relatando que a acusação é de uso não permitido de crédito fiscal por conta da saída ser beneficiada pela isenção dos produtos “ARROZ”, “FEIJÃO”, “CUSCUZ”, “MILHO”, etc., porém, a infração não prospera porque mesmo que tenha eventualmente se aproveitado de crédito pela entrada dos produtos objeto da autuação, efetivou o débito do imposto quando da saída com a alíquota respectiva, anulando o suposto crédito a maior.

Afirma não ser o simples fato de existir crédito irregular que importa em recolhimento a menor do imposto em virtude da sistemática de apuração o ICMS a ser recolhido, citando ementa dos

Acórdãos CJF nºs 0065-13/12 e 0273-01/13, indicando ainda trazer aos autos notas fiscais de saída demonstrando que os produtos indicados na planilha tiveram saídas tributadas, no mesmo período da autuação, apesar da determinação da isenção para as saídas internas e interestaduais contida no RICMS/BA.

Insiste não se justificar a exigência de pagamento dos valores creditados já que não promoveram qualquer efeito no pagamento do tributo em razão da anulação por procedimento espontâneo de lançamento do débito fiscal de modo que a inexistência de imposto a ser recolhido constitui razão para não persistir a cobrança do ICMS com juros e multa, ainda mais nos valores expressivos da autuação, uma vez que o procedimento adotado não acarretou ausência de recolhimento.

Diz ainda que a multa aplicada é exorbitante não cabendo argumentar que o exame de constitucionalidade das leis e atos normativos é reservado ao Poder Judiciário, já que os órgãos administrativos devem homenagem ao princípio da legalidade. Sustenta que, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade deve ser afastada a possibilidade de aplicação de multa no patamar considerado, por não haver comprovação de flagrante intuito de fraude e por ser exorbitante, violando o princípio do não confisco.

Destaca decisões do STF sobre o tema, além de julgados do TJRN para pedir a improcedência da multa ou sua redução para patamar entre 20% e 30%. Defende que seja levado em conta o benefício da dúvida em favor do contribuinte, conforme art. 112 do CTN.

Conclui pedindo a nulidade/improcedência do crédito tributário ou, sucessivamente, a redução ou afastamento da multa.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

Na sessão do dia 31/12/2022, os Conselheiros da 1ª CJF aprovaram diligência para que o autuante verificasse as notas de saída juntadas com o Recurso Voluntário para confirmar se houve a tributação das mercadorias constantes da infração 01, requerendo documentos complementares da recorrente, caso entendesse necessário.

Em cumprimento à diligência (fls. 251-252), o autuante informou que na documentação encaminhada não constam as notas que foram objeto do presente lançamento, ou seja, não houve a recuperação do respectivo crédito, ressaltando ainda que não há tributação nas saídas dos produtos em discussão por se tratar de mercadorias isentas, havendo destaque do ICMS por parte da recorrente apenas nas saídas interestaduais.

Relatou que para que a recorrente possa utilizar os créditos referentes às operações de saída que foram tributadas (interestaduais) promoveu o cálculo da proporcionalidade entre as saídas internas (não tributadas, CFOP 5152) e as interestaduais (tributadas, CFOP 6152), por produto e por mês, restringindo a infração ao percentual das saídas internas sobre as quais não é possível manter ou recuperar o crédito, uma vez que não são tributadas.

Consequentemente, o valor histórico da infração 01 foi reduzido de R\$ 474.037,39 para R\$ 378.084,10 também porque foi constatado erro de cadastramento na EFD em relação a um produto que foi excluído do novo demonstrativo.

A recorrente se manifestou sobre a diligência (fls. 277-278) afirmando que o entendimento trazido revela que o Auto de Infração foi lavrado de forma equivocada, com vícios que maculam toda a autuação, comprovados pela redução promovida em virtude de documentos que deveriam ser solicitados durante a ação fiscal. Afirmou estar evidente a nulidade do processo administrativo fiscal.

Posteriormente, o processo foi pautado para a sessão de julgamento do dia 04/08/2023. Compareceu o representante legal da recorrente, Dr. Alexandre de Araújo Albuquerque, OAB/PE 25.108.

VOTO

Inicialmente, rejeito a arguição de nulidade. O RPAF/BA não condiciona o Auto de Infração à juntada de documentos comprobatórios, sobretudo em se tratando de fiscalização cujos dados de

apuração do imposto devido foram extraídos da escrituração fiscal do contribuinte, ou seja, com informações por ele fornecidas e que se encontram à sua disposição. Ademais, como bem pontuado pela Decisão recorrida – e não infirmado pela recorrente – a autuação se fez acompanhar de informações suficientes para compreender a acusação fiscal.

Logo, não há que se falar em cerceamento de defesa. Rejeito a preliminar.

Quanto ao mérito, a pretensão merece prosperar apenas em parte. Conforme relatado, ao cumprir a diligência solicitada por esta Câmara, o autuante intimou a recorrente para apresentar a comprovação da tributação posterior das mercadorias que foram objeto da autuação, contudo, a recorrente forneceu documentos que não se relacionavam com as mercadorias autuadas, destacando inclusive que por serem isentas, não ocorreria sua tributação.

Assim, não prospera a tese recursal de que ocorreu a tributação na saída das mercadorias. Tanto que, intimada acerca do resultado da diligência, a recorrente se limitou a apontar a suposta existência de vícios no lançamento de forma genérica.

Destarte, o autuante refez o demonstrativo, considerando a tributação das saídas interestaduais, para observar a proporcionalidade entre as saídas internas e interestaduais, restringindo a cobrança sobre o percentual de saídas internas em relação ao qual não há como manter ou recuperar o crédito, o que resultou na redução do valor cobrado. Além disso também excluiu produto em que verificou erro de cadastramento na EFD da recorrente e, sobre esses pontos, a manifestação silenciou.

Quanto à penalidade e acréscimos, não vejo como prosperar a pretensão recursal, pois as multas e consectários possuem previsão legal na legislação estadual e este Conselho não possui competência para afastá-los por eventual inconstitucionalidade tampouco deixar de aplicar normas emanadas de autoridade superior, conforme art. 167, incisos I e III do RPAF/BA.

Por outro lado, cabe lembrar que a legislação possibilita a redução automática das multas previstas nos incisos I, II, III e VII e alínea “a” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, em percentuais que variam entre 25% e 90%, nas hipóteses dos arts. 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96.

Assim, acolho o novo demonstrativo do débito, e DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para reduzir o débito para R\$ 378.084,10, conforme fl. 256.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário interposto para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281424.0003/21-9, lavrado contra **BOMPREÇO BAHIA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 378.084,10**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de agosto de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

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