

A. I. Nº - 279459.0051/20-6
AUTUADA - RN COMÉRCIO VAREJISTA S. A. (NOSSA ELETRO S/A).
AUTUANTE - FERNANDO ANTÔNIO CÂNDIDO MENA BARRETO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08.03.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0011-05/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITOS FISCAIS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS SUBMETIDAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. APARELHOS CELULARES. O impugnante limitou-se a ficar no campo das alegações, sem apresentar a comprovação necessária para ilidir a exigência estatal. Irregularidade procedente. **2. USO INDEVIDO DE CRÉDITOS FISCAIS. AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS ISENTOS. PRESTAÇÕES INTERNAS DE TRANSPORTE.** Durante os debates processuais, o fisco acaba mudando o fulcro da autuação, para documentação “inidônea”, inviabilizando a cobrança neste processo. Irregularidade nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Assenta-se o presente relatório nas premissas do inciso II, do art. 164 do RPAF-BA.

O Auto de Infração em tela, lavrado em 25/11/2020, tem o total histórico de R\$ 48.143,50 e as seguintes descrições:

Infração 01 – 01.02.05 – Uso indevido de créditos fiscais de mercadorias recebidas já tributadas antecipadamente. Aquisições de aparelhos celulares. Cifra de R\$ 29.849,33.

Infração 02 – 01.02.95 – Uso indevido de créditos fiscais alusivos à aquisição de serviços de transporte, em prestações internas, desoneradas pela isenção. Cifra de R\$ 18.294,17.

Enquadramento legal feito para cada irregularidade, conforme acusado respectivamente no corpo do auto de infração. Idem para os fatos geradores.

Juntados, entre outros elementos (fls. 04/09): intimação para apresentação de livros e documentos, planilhas discriminativas das infrações, CD contendo arquivos eletrônicos.

Em sua defesa (fls. 14/31), o autuado:

Informa inicialmente estar em recuperação judicial, acometido de crise financeira, conforme decisão prolatada pelo Judiciário paulista, de modo que “a realização de quaisquer atos executórios” (sic.) prejudica imensamente a continuidade das atividades da empresa, além de frustrar “o interesse dos credores habilitados” (sic.). Assim, inclusive porque a multa proposta é exorbitante, deve ser nulificada a cobrança.

Sobre a infração 01, depois de mencionar e transcrever o art. 29, § 4º da Lei 7.014/96, ora dizendo que não usou os créditos, ora invocando o mecanismo da não cumulatividade, compensação e restituição, afirma não ter segurança do que está sendo autuado, face a generalidade da exigência fiscal, pedindo pela segunda vez a nulidade do lançamento de ofício.

Sobre a infração 02, esclarece que o crédito referente à tomada do serviço de transporte independe se a mercadoria está ou não sujeita ao regime da substituição tributária, visto que o crédito pode ser apropriado se (i) o imposto foi pago anteriormente e (ii) se haverá recolhimento

posterior. Invoca aqui também o mecanismo da não cumulatividade e os institutos da compensação e da restituição, perseguindo igualmente a anulação da exigência.

Discorre longamente acerca da necessidade de se retirar ou quando nada reduzir a patamares módicos a multa proposta, à vista do entendimento do STF, STJ e doutrina, sobretudo com base na equidade.

Anexados documentos de representação legal e decisão que decretou a recuperação judicial da autuada (fls. 32/50).

Em suas informações fiscais (fl. 52), o autuante pontua que o contribuinte creditou-se de imposto na aquisição de celulares, com fase de tributação encerrada, além dos conhecimentos de transporte eletrônico (CTes) que serviram de base para o creditamento não terem o estabelecimento autuado como remetente da mercadoria, tomador do transporte ou destinatário do serviço, posto que ditos documentos são de outros estabelecimentos que “pertencem ao grupo Máquina de Vendas”. Logo, a documentação seria “inidônea” (sic.)

Juntados DACTEs - Documento Auxiliar do Conhecimento de Transporte Eletrônico (fls. 53/83).

Vindo o processo a este Conselho, sob outra relatoria, a 5ª JJF decidiu (fls. 88/89) por em diligência no intuito do autuado tomar ciência do informativo fiscal e dos documentos a ela acostados.

Intimado o sujeito passivo, seja via DT-e, seja no endereço profissional do escritório de advocacia habilitado (fls. 91/94), nenhum pronunciamento empresarial foi produzido.

Processo redistribuído para esta relatoria (fl. 98).

Após as medidas instrutórias tomadas, entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos probatórios trazidos aos autos, estando o PAF devidamente instruído, não havendo necessidade, nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF-BA, de qualquer dilação probatória, inclusive diligência ou perícia.

Passo, então, a compartilhar o meu voto.

VOTO

Apesar de não indicar a base normativa, a defendente arguiu três preliminares.

A primeira parte do pressuposto de que a autuação pode proporcionar “danos ao processo de reestruturação da empresa”, conforme se vê da fl. 19. Em verdade, o Estado apenas está constituindo um crédito tributário sem haver, como pensa a impugnante, a realização de atos executórios. Como qualquer credor, é preciso garantir a cobrança sob pena de não poder fazê-lo mais tarde. Não há constrição na formalização do lançamento de ofício e o seu reconhecimento nas vias administrativas em absoluto irá prejudicar o contribuinte neste particular. **Pedido indeferido.**

A segunda busca nulificar a infração 01 em face da incompreensão da irregularidade, posto ser genérica, sem condições de dar voz de defesa ao sujeito passivo. Em verdade, a infração descrita está cristalina: trata-se de utilização indevida de créditos fiscais, nas aquisições de aparelhos celulares que foram objeto de tributação antecipada no fornecedor, cobrindo todas as etapas sucessivas percorridas pela mercadoria, inclusive no momento da venda pelo autuado, em regra. Logo, se a operação posterior praticada pelo estabelecimento não terá débito fiscal, desaparece o direito ao aproveitamento do crédito fiscal quando do seu recebimento, salvo exceções constitucionais e infraconstitucionais. O enquadramento legal feito pelo fisco também se mostra correto. **Pedido indeferido.**

A terceira intenta anular a infração 02 porquanto a aquisição do serviço, quando tributada, independe se a operação com a mercadoria está ou não sujeita ao regime jurídico da tributação antecipada. O crédito será permitido se o imposto foi pago anteriormente ou se houver recolhimento posterior. **Aqui assiste razão ao contribuinte.** Em verdade, o que se vê é uma

mudança de fulcro na autuação. A cobrança parte do fundamento de que o crédito indevido surge porque as prestações internas dos serviços de transporte são **isentas**. Já no informativo fiscal a argumentação muda para documentos “**inidôneos**”, posto que os CT-es não envolvem o estabelecimento autuado, seja como remetente ou destinatário da mercadoria, seja como tomador do serviço. **Nulidade reconhecida, no prumo do art. 18, IV, ‘a’ do RPAF-BA.**

Afora a irregularidade de nº 02, o Auto de Infração está de acordo com os requisitos de lei.

Defesa ofertada sem questionamentos do órgão de preparo acerca de ter havido anormalidades temporais no oferecimento da defesa ou defeitos de representação legal para o signatário da peça impugnatória funcionar no processo.

Prestigiados o exercício do contraditório e da ampla defesa (salvo na segunda irregularidade), sem ofensa também a quaisquer princípios – constitucionais e infraconstitucionais - aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Resta analisar o mérito da infração 01.

Exige-se ICMS em face da utilização indevida de créditos fiscais ligados a mercadoria sujeita ao regime jurídico da tributação antecipada. As operações dizem respeito a recebimento de aparelhos telefônicos celulares.

Teve a irregularidade escopo nos arts. 9º e 29, § 4º, II da Lei 7.014/96 c/c o art. 290 do RICMS-BA, cuja dicção merece aqui ser reproduzida:

Lei 7.014/96:

Art. 9º Ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias constantes no Anexo I desta Lei.

...

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.

...

§ 4º É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

...

II - para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior;

RICMS-BA:

Art. 290. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.

Na mídia digital acostada pelo autuante à fl. 08 consta arquivo em *excell* com discriminação dos documentos fiscais nos quais figuram 700 aparelhos celulares que deram entrada no estabelecimento autuado com aproveitamento dos créditos fiscais respectivos.

A defesa empresarial não saiu do campo das meras alegações.

Irregularidade procedente.

Quanto ao pedido acessório de cancelamento ou redução da penalidade de 60%, por motivos de ordem constitucional e jurisprudencial, cabe dizer que a proposição das multas indicadas no corpo do auto de infração encontrou respaldo em comando de lei, designadamente no art. 42 e respectivos incisos da Lei nº 7.014/96.

Tem este Colegiado a obrigação de basear-se na penalidade prevista em lei. Para as situações retratadas neste PAF, a sanção cabível é aquela consignada no lançamento.

Há a conformação do ilícito tributário à previsão normativa mencionada no corpo do auto de infração.

Quanto à alegação de confisco, falece competência a esta JJF apreciar pedido de dispensa ou redução de pena pecuniária em vista de supostas inconstitucionalidades, segundo vedação disposta no art. 167 do RPAF-BA.

Pedido indeferido.

Pelo exposto, em face da nulidade da infração 02 (apreciando-se por parte da fiscalização a possibilidade de renovação do procedimento nos limites da lei) e da procedência total da irregularidade de nº 01, é o Auto de Infração julgado PARCIALMENTE PROCEDENTE, no montante de R\$ 29.849,33.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279459.0051/20-6**, lavrado contra **RN COMÉRCIO VAREJISTA S. A. (NOSSA ELETRO S/A)**, devendo a autuada ser intimada, para pagar o imposto no valor total de **R\$ 29.849,33**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a” e II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Em face da nulidade da infração 02, deve a autoridade fazendária competente avaliar a possibilidade de renovação do procedimento, observado os limites da lei.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 02 de fevereiro de 2023.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR