

A. I. Nº - 269200.0020/19-3
AUTUADO - DPC DISTRIBUIDOR ATACADISTA S/A.
AUTUANTE - JOÃO FLÁVIO MARQUES DE FARIA
ORIGEM - DAT NORTE / IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 24/11/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0227-02/23-VD**

EMENTA: ICMS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO. MERCADORIAS COM SAÍDAS BENEFICIADAS. ISENÇÃO OU REDUÇÃO DE IMPOSTO. Contribuinte beneficiário do regime fiscal diferenciado de que trata o Dec. 7.799/00. Provas autuadas informam uso de crédito fiscal acima do limite de 10% do crédito destacado nas aquisições de mercadorias integradas no âmbito do citado decreto. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/09/2019, exige o valor de R\$ 254.799,15, em decorrência da seguinte infração:

Infração 1 – 001.002.026: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. **Período:** maio, junho, agosto a dezembro 2017 e janeiro a dezembro de 2018. **Enquadramento legal:** Art. 29, § 4º, inciso II da Lei nº 7.014/96 c/c art. 310, inciso II do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa** de 60%: Artigo 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

Complemento: Contribuinte, aproveitou crédito fiscal em valor superior a 10%, o que é vedado segundo o disposto no art. 6º, do Decreto nº 7.799/00. Vide demonstrativos ANEXO_01A e 01B, em planilha eletrônica, gravados em CD, o qual é parte integrante da presente autuação.

Em 05/12/2019, a representante do autuado apresenta a Impugnação de fls. 29/49. Trata da sua tempestividade e passa a contrapor a autuação:

DAS RAZÕES QUE ELIDEM A OBRIGAÇÃO CONCEBIDA POR MEIO DO FEITO FISCAL.

Alega que a ausência de motivo pelo qual o agente fiscal entendeu que os produtos x operações não dão direito ao crédito destacado nos documentos fiscais dificulta o exercício do contraditório e da ampla defesa, pois o Anexo 01A e 01B dos autos possibilita um razoável equívoco cometido pela autoridade fazendária, quando este, provavelmente, não percebeu que os produtos aos quais a defendente tomou crédito superior a 10%, conforme previsto no art. 6º do Decreto nº 7.799/00, são sandálias havaianas, produto este que não está elencado pelo referido diploma legal para usufruir do tratamento tributário diferenciado instituído por meio daquele ato.

Ressalta que não há que se falar em ICMS a recolher por conta de creditamento a maior que o permitido nos termos do art. 6º, haja vista ao produto ser atribuído a alíquota de 18%, sem quaisquer reduções, o que confere o direito ao crédito integral do ICMS destacado nos documentos de aquisições.

Observa que as demais operações em que a autoridade fazendária entendeu não ser objeto de direito ao crédito de ICMS destacado nos documentos fiscais, são devoluções de clientes com sede no Estado de Sergipe. Portanto, considerando que ao remeter tais produtos àquela Unidade da Federação, a defendente fez o devido assento do imposto destacado em seu livro registro de saídas, conforme a EFD.

Anexa quadro extraído dos Anexos 01A e 01B dos autos, contendo a relação dos produtos que serviram de base para o lançamento, tendo como descrição de produtos as sandálias sob os códigos 33043000, 33052000, 64022000, 85061020 e 64022000: “ESM RISQUE”, “ALIS WELLASTRATE”,

“PILHA RAYOVAC ZINCO” e “SAND HAV”, conforme fls. 30/49.

Finaliza requerendo a admissão do presente instrumento, ensejando o cancelamento *in totum* da peça fiscal em epígrafe e seu devido arquivamento.

À fl. 54 consta despacho do inspetor fazendário acerca da intempestividade da Impugnação, pois apresentada fora do prazo de 60 (sessenta) dias, já que o prazo final seria no dia 05/12/2019, mas foi recebida na repartição fiscal 09/12/2019, sendo, portanto, arquivada com fundamento no art. 112 do RPAF.

Recorrendo do arquivamento o sujeito passivo peticionou consignando que o prazo da apresentação da referida impugnação fora realizado dentro do lapso temporal estatuído na forma regulamentar, conforme se depreende do comprovante de postagem dos documentos junto a ECT, em 05/12/2019, bem como da própria narrativa que se extrai da informação fiscal. Citou jurisprudência do CONSEF sobre o fato (A-0016-11/05 e 0152-03/18) e pediu o devido processamento da peça de impugnação à instância julgadora.

Já no controle da legalidade, fls. 65/70, da Vara Pública de Feira de Santana, o Procurador da PGE designado, faz uma síntese dos fatos, traz questões sobre os requisitos da objeção da pré-executividade ao não cabimento; fala também sobre a certeza e liquidez da dívida ativa, segue discorrendo sobre a necessidade de prova pré-constituída e finaliza concluindo sob a rejeição a exceção de pré-executividade, ante a legalidade do valor integral desta cobrança e da presunção de certeza e liquidez de que goza CDA.

Na fl. 71, consta despacho do procurador da Vara de Feira de Santana, dizendo que considerando a existência de posições divergentes na jurisprudência do CONSEF, a necessidade de garantir uniformidade de entendimento jurídico no âmbito da SEFAZ, tendo possibilidade dos autos em inscrever em Dívida Ativa de ambos os créditos discutidos, tenha sido realizada enquanto pendentes de apreciação dos citados requerimentos, cumpre acolher a manifestação anterior, com remessa dos PAFs à Especializada, para análise conclusiva, em razão da vinculação técnica incidente.

Em parecer proferido, fls. 75/82, da PROFIS-NCA-EKS Nº 111/2020, reproduz o opinativo do procurador Dr. Tiago Araújo Costa, além do despacho de encaminhado para análise jurídica sobre a intempestividade ou tempestividade da defesa apresentada pelo autuado. Na fundamentação da análise fática, trouxe todo esclarecimento cronológico dos autos e concluiu pelo encaminhamento dos autos ao CONSEF para deliberação, tendo em vista que o órgão julgador exerce competência originária para superar a fase de juízo de admissibilidade do recurso (defesa) interposto, determinando processamento e julgamento da defesa administrativa.

Nas fls. 84/85, o auditor fiscal Sr. Eduardo Rego Avena, proferiu parecer de análise sobre o Recurso de Impugnação ao Arquivamento da defesa apresentada, no qual o autuado alega ser tempestiva a peça impugnativa. Após análise dos fatos abordados, o fiscal manifestou e entendeu dar razão ao contribuinte, tendo encaminhado os autos para julgamento pelo Conselho de Fazenda. Por fim, o presidente do órgão (CONSEF) deferiu pelo acolhimento do fato.

Ao retornar à PROFIS, foi emitido parecer recomendando com urgência que se promova o encaminhamento à GECOB com o fito de cumprimento da decisão administrativa (reconhecimento da suspensão da exigibilidade em fase da defesa).

Nas folhas seguintes, foram processados os procedimentos para tornar a peça de defesa tempestiva, conforme solicitação feita pela PROFIS.

Em novo retorno ao CONSEF, o auditor fiscal designado encaminha os autos ao fiscal autuante para que o mesmo emita a informação fiscal sobre a autuação em lide.

Prestada a informação fiscal, fls. 105/108, o autuante, após reproduzir a infração, resume a peça defensiva e passa a informar.

Disse que apesar de insinuar suposto atentado ao seu direito ao contraditório e à ampla defesa, a Autuada reconhece integralmente os termos da autuação e passa a defesa do mérito sem qualquer outra objeção.

No mérito, a autuada alega, em relação às sandálias havaianas, que estas não estariam elencadas no Decreto nº 7.799/00, e por isso seu regime de tributação seguiria o regramento normal.

Menciona que o decreto enumera em seu ANEXO ÚNICO, como possíveis beneficiários do regime fiscal diferenciado, diversas atividades econômicas, destacando-se o item 17, código 4693-1/00, referente a “*Comércio atacadista de mercadorias em geral, sem predominância de alimentos ou de insumos agropecuários*”, exatamente a atividade exercida pela Autuada.

Assinala que o regramento tributário abre oportunidade de gozo do benefício a praticamente todo e qualquer produto comercializado por contribuintes atacadistas, não fazendo óbice a produtos específicos, como quer fazer acreditar a Autuada.

Desta forma, fala que não há nenhum impedimento para que calçados gozem do benefício fiscal em tela. Ressalta que foi este o entendimento adotado pela Autuada de 01/01/2016 a 31/06/2017, só vindo a mudá-lo a partir de julho deste último, sem qualquer razão normativa.

Desta forma, afirma que não procede a tese defensiva, já que a obrigação de estornar o crédito do ICMS superior a 10% do valor da transação decorrente de suas operações de entradas subsiste normalmente. Frisa que o benefício fiscal é facultativo, e a vedação ao crédito, obrigatória.

Quanto às demais alegações defensivas, diz serem inadmissíveis, já que desacompanhadas de qualquer documentação que as embasam.

Conclui que as considerações prestadas pela Autuada não foram suficientes para ilidir a autuação. Solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

É o relatório.

VOTO

Os autos estão assentes com o RICMS/2012 e com o RPAF-BA/99, pois a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com o direito aplicável. O ato administrativo está motivado, pois indicadas as suas razões, bem como as normas jurídicas que autorizaram a sua prática.

Assim, considerando que: a) conforme documentos autuados e do que se depreende das manifestações defensivas, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do AI foram entregues ao contribuinte; b) na sua lavratura se cumpriu o disposto no art. 142 do CTN, bem como no Regulamento Administrativo Fiscal da Bahia – RPAF; c) a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (CD de fl. 10), bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Indo ao mérito do caso, de logo, observo tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150), em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido, e sendo o caso, na imposição de penalidade ou sua graduação (§§ 2º e 3º, do artigo 150 do CTN).

Para efeito homologatório dos prévios procedimentos efetuados pelo contribuinte, mediante ferramenta de auditoria de ICMS homologada pela SEFAZ, o lançamento tributário em revisão neste órgão administrativo judicante decorre do confronto dos dados registrados pelo

contribuinte e compostos no Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, instrumento que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração contábil e fiscal dos contribuintes, mediante fluxo único, computadorizado, de informações empresariais com repercussões tributárias (Dec. nº 6.022/2007: Art. 2º).

Tem suporte probatório nos demonstrativos constantes na mídia CD de fl. 10 (ANEXO02A_erro_aplic_alíquota_saídas_2017, ANEXO02B_erro_aplic_alíquota_saídas_2018 (Sintético e Analítico), ANEXO_03_crédito_ICMS_a_maior_NFe_vs_EFD, ANEXO_04_débito_de_ICMS_a_menor_NFe_vs_EFD, ANEXO_05A_Saídas_tributáveis_como_não_tributáveis_2017 e ANEXO_05B_Saídas_tributáveis_como_não_tributáveis_2018, especificando analiticamente as operações objeto da exação (Esp, Dta, Ser, CodMod, NumDoc, ChvNfe, CodPart, CNPJ, UF, Numitem, NCM, Descitem, Quant, Unid, CST, CFOP, VLIitem, FIDesc, VLIqitem, VUnit, VLBcIcms_utilizada, AliqIcms_utilizada, VLIcms_utilizado, RegOrig, Mês, Ano, VLBcIcms_correta, AliqIcms_correta, VLIcms_correto, VLIcms_DEVIDO).

A Impugnação consiste em: **a)** Alegar falta de motivo para o AI, vez que as sandálias comercializadas que constam dos demonstrativos suportes da exação e relacionadas na peça defensiva, permitiriam uso de crédito fiscal superior ao limite de 10% previsto no art. 6º do Dec. 7.799/2000; **b)** Alegar que as demais operações objeto da exação “são devoluções de clientes com sede no Estado de Sergipe”, cujas saídas anteriores “destacou e fez o devido assento do imposto destacado em seu livro registro de saídas, o que poderá ser objeto de verificação por parte do autuante acessando a EFD”.

Analisando os autos, tenho sem substância lógico-fática as alegações defensivas pelas seguintes razões:

Para a primeira alegação

A uma, porque sendo o sujeito passivo beneficiário do regime fiscal diferenciado previsto no Dec. 7.799/2000, cuja sua atividade empresarial “Comércio atacadista de mercadorias em geral, sem predominância de alimentos ou de insumos agropecuários”, consta com o código 4693-1/00 do ANEXO ÚNICO do citado decreto, ao contrário do alegado, inclui as operações com sandálias elencadas pelo Impugnante e destacadas dos demonstrativos suportes da exação no âmbito do referido decreto que, prevendo redução da base de cálculo nas operações de saídas, limitam a 10% o uso do crédito fiscal pela suas aquisições.

A duas, porque em desfavor da alegação defensiva está a constatação pela autoridade fiscal autuante que no período 01/01/2016 a 31/06/2017 o contribuinte autuado corretamente registrou tais operações, mudando tal entendimento a partir de julho 2017.

No que diz respeito à segunda alegação defensiva, cabe reproduzir as seguintes disposições legais:

RICMS-BA

Art. 451. Na devolução de mercadorias, o contribuinte inscrito no cadastro emitirá nota fiscal com destaque do imposto, se for o caso, mencionando o motivo da devolução, o número, a série e a data do documento fiscal originário, e ainda o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto, tomando por base de cálculo e alíquota as mesmas consignadas no documento originário.

...

Art. 454. O contribuinte que receber em virtude de troca ou desfazimento do negócio, mercadoria devolvida por produtor ou extrator ou por qualquer pessoa física ou jurídica não considerada contribuinte ou não obrigada a emissão de nota fiscal poderá creditar-se do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, desde que haja prova inequívoca da devolução.

§ 1º Na hipótese deste artigo, o estabelecimento recebedor deverá:

I - emitir nota fiscal na entrada das mercadorias, mencionando a quantidade e a descrição da mercadoria, o número, a série, a subsérie e a data do documento fiscal originário, e o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto a ser creditado, se for o caso;

II - obter, na nota fiscal referida no inciso I ou em documento apartado, declaração assinada pela pessoa que efetuar a devolução, com indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade;

III - lançar a nota fiscal referida no inciso I no Registro de Entradas, consignando os respectivos valores nas colunas "ICMS - Valores Fiscais" e "Operações ou Prestações com Crédito do Imposto", quando for o caso.

§ 2º A nota fiscal (entrada) emitida na forma do § 1º deste artigo servirá para acompanhar a mercadoria em seu transporte até o estabelecimento de origem.

Art. 455. Tratando-se de devoluções ocorridas no estabelecimento, o contribuinte poderá emitir uma única nota fiscal de entrada englobando todas as devoluções ocorridas durante o dia ou a semana, devendo especificar a quantidade e a descrição das mercadorias, o número, a série, a subsérie e a data dos documentos fiscais originários, sem prejuízo dos procedimentos previstos nos incisos II e III do § 1º do art. 454.

RPAF-BA

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.

...

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

Considerando que, desprezando seu ônus probatório, o Impugnante não atendeu aos dispositivos acima, tenho a alegação defensiva de que as demais operações objeto da exação "são devoluções de clientes com sede no Estado de Sergipe", cujas saídas anteriores "destacou e fez o devido assento do imposto destacado em seu livro registro de saídas", como simples negativa do cometimento da infração, o que, nos termos do art. 143 do RPAF, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269200.0020/19-3**, lavrado contra **DPC DISTRIBUIDOR ATACADISTA S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 254.799,15**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, "a" da Lei nº 7.01496, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR