

**PROCESSO** - A. I. Nº 269369.0035/15-1  
**RECORRENTE** - ABRAFER COMERCIAL LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0152-05/16  
**ORIGEM** - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 26/12/2016

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO CJF Nº 0236-12/16**

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. O sujeito passivo não nega a conduta. A única tributação da operação subsequente capaz de elidir a autuação é a normativa, e não a realizada por erro ou espontaneamente pelo contribuinte. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão contida no Acórdão da 5ª JJF Nº 0152-05/16, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado em 17/02/2015 para exigir ICMS no valor histórico de R\$50.000,17, além das multas e acréscimos moratórios, sendo objeto da irresignação apenas a infração abaixo descrita:

*Infração 01 – 01.02.05: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Valor do ICMS: R\$48.082,78. Multa: 60%.*

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 15/12/2015 (fls. 31 a 34) e decidiu pela Procedência por unanimidade, nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO:

(...)

*Examinando os elementos do processo, é possível notar que o sujeito passivo não contestou o fato, mas apenas defendeu a sua litude. Não resta dúvidas, todavia, de que o uso de créditos relativos a aquisição de mercadorias com fase de tributação encerrada se constitui em ato ilícito, nos termos do art. 290 do RICMS/12, o qual transcreve.*

(...)

*Ora, sendo a vedação do crédito a regra geral, nesses casos, somente se viabiliza o pleito do sujeito passivo na medida em que demonstre estar tratando de uma daquelas exceções previstas na lei, em que, por força de norma expressa, a operação subsequente deva ser tributada. Não é, contudo, o caso dos autos, já que a tributação alegada, na saída subsequente, não atende ao disposto na regra regulamentar.*

*De fato, a tributação por substituição tributária não é uma opção do contribuinte, o qual não pode fazer qualquer escolha entre antecipar o imposto sobre toda a cadeia, ou tributar pelo regime normal. De forma alguma, pode-se aceitar que, em vez de tributar centralizadamente, o contribuinte efetue lançamento a débitos e créditos já que a opção feita por essa modalidade de tributação (por parte do legislador) atendeu a objetivos de política tributária, os quais não cedem ao desejo da empresa.*

*O débito eventualmente efetivado, na saída posterior, não desnaturaliza a infração, mas se constitui em fato posterior que deve ser alegado e demonstrado pela autuada em processo próprio, no qual deduza o pedido de restituição, devendo, inclusive, fazer prova de que não repassou o ônus tributário.*

*Não cabe, porém, exigir do fisco tal demonstração, pois somente o sujeito passivo pode fazê-lo. Ademais, tratam-se de operações ocorridas em momentos distintos, sob códigos de receitas distintos e sobre bases valorativas igualmente distintas.*

*Entendo, portanto, que a infração se encontra devidamente caracterizada. Tenho a infração 01 como procedente.*

*Quanto à Infração 02, a acusação fiscal é “Recolheu a menor ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa*

*da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”. O sujeito passivo nada opõe a respeito, tendo silenciado, a despeito de ter feito a sua peça impugnatória em 30 laudas, conforme folhas 85 a 114.*

*Assim, entendo que restou provada a infração 02, por falta de impugnação efetiva desse item. Tenho a infração 02 como procedente.*

*Face ao exposto, julgo PROCEDENTE o Auto de Infração.”*

Inconformado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 1370 a 1398, mediante o qual aduz – *ipsis literis* - as alegações apresentadas em sede de impugnação, as quais, transcrevo em apertada síntese:

Destaca a tempestividade do recurso.

Passa a discorrer sobre o que considera “Da nulidade das notificações”:

Reitera, que as notificações estariam eivadas de nulidades por não terem atendidas o que preconiza nosso ordenamento jurídico.

Reitera que além dos requisitos formais, deve a autoridade fiscal se pautar pelos requisitos formais do art. 142 do CTN e que a ausência desses requisitos leva a nulidade do lançamento, segundo jurisprudência administrativa deste CONSEF.

Analisa a legislação atinente à autuação, apresenta as mesmas considerações finais aduzidas na defesa inicial, mas sem contestar o fato, concluindo por afirmar que se a Recorrente recolheu a exação em tela na saída das mercadorias com tributação normal, tem ela direito ao crédito glosado.

Salienta que o art. 820 do RICMS dispõem que a apresentação de Recurso suspende a exigibilidade do crédito tributário apurado através do Auto de Infração.

Requer, ao final, seja declarada a insubsistência do Auto de Infração.

## VOTO

Preliminarmente, a recorrente argui o que considerou “Da nulidade das notificações”, reiterando que elas estariam nulas, por não terem atendidas o que preconiza nosso ordenamento jurídico.

Reitera que além dos requisitos formais, deve a autoridade fiscal se pautar pelos requisitos do art. 142 do CTN e que a ausência desses requisitos leva a nulidade do lançamento, segundo jurisprudência administrativa deste CONSEF.

Ao contrário do que alega o recorrente, constato que, conforme salientou o Julgador na decisão de piso, o Fiscal Autuante descreveu detalhadamente os fatos objeto da autuação, anexou os demonstrativos de débitos pertinentes, atendendo, assim, todas as formalidades previstas em Lei.

Ademais, cumpre salientar que tanto em sede de impugnação, quanto no presente Recurso Voluntário, o Contribuinte demonstrou pleno conhecimento da infração imputada e da legislação pertinente, o que lhe possibilitou o pleno exercício do seu Direito de Defesa e do Contraditório.

Portanto, a vista do exposto, considero indeferido o pedido de nulidade ora apresentado.

No mérito, verifico que as razões aduzidas pelo recorrente, após dissertar longamente sobre o regramento da antecipação tributária, para concluir suas considerações finais que: (*in verbis*)

*“As operações sujeitas à substituição tributária normalmente não geram crédito para o adquirente, pois a suposição é de que este fará suas vendas posteriores utilizando a mesma forma de tributação, ou seja, considerando que o ICMS devido em toda a cadeia de comercialização do produto já foi recolhido. Assim, as situações em que uma operação sujeita a substituição tributária pode gerar crédito do ICMS para o adquirente são aquelas nas quais o adquirente realizará posteriores operações com tributação normal, ou seja, sem aplicação da substituição tributária, quebrando a cadeia de tributação iniciada com a retenção.*

*Ora, ilustre julgador, foi exatamente o que aconteceu com a Recorrente, pois como demonstram os documentos ora acostados, a mesma recolheu o ICMS em posteriores operações com tributação normal, isto é, sem*

*aplicação da substituição tributária e, assim, gerou a ela crédito que foi utilizado.”*

Essas razões são as mesmas já analisadas e devidamente refutadas na decisão *a quo*, com os seguintes argumentos:

*1. Apontando que o sujeito passivo não contestou o fato, mas apenas defendeu a sua licitude. Não resta dúvidas, todavia, de que o uso de créditos relativos a aquisição de mercadorias com fase de tributação encerrada se constitui em ato ilícito, nos termos do art. 290 do RICMS/12;*

*Ora, sendo a vedação do crédito a regra geral, nesses casos, somente se viabiliza o pleito do sujeito passivo na medida em que demonstre estar tratando de uma daquelas exceções previstas na lei, em que, por força de norma expressa, a operação subsequente deva ser tributada. Não é, contudo, o caso dos autos, já que a tributação alegada, na saída subsequente, não atende ao disposto na regra regulamentar.*

*2. De fato, a tributação por substituição tributária não é uma opção do contribuinte, o qual não pode fazer qualquer escolha entre antecipar o imposto sobre toda a cadeia, ou tributar pelo regime normal. De forma alguma, pode-se aceitar que, em vez de tributar centralizadamente, o contribuinte efetue lançamento a débitos e créditos já que a opção feita por essa modalidade de tributação (por parte do legislador) atendeu a objetivos de política tributária, os quais não cedem ao desejo da empresa.*

*O débito eventualmente efetivado, na saída posterior, não desnatura a infração, mas se constitui em fato posterior que deve ser alegado e demonstrado pela autuada em processo próprio, no qual deduza o pedido de restituição, devendo, inclusive, fazer prova de que não repassou o ônus tributário.*

*Não cabe, porém, exigir do fisco tal demonstração, pois somente o sujeito passivo pode fazê-lo. Ademais, tratam-se de operações ocorridas em momentos distintos, sob códigos de receitas distintos e sobre bases valorativas igualmente distintas.*

Devo salientar que o alegado pelo Recorrente, nas suas considerações finais, quanto a possível utilização do crédito, nas exceções previstas na Lei, em que, por força da norma expressa, a operação subsequente deva ser tributada e, por isso, permitido o creditamento do ICMS-ST, das respectivas mercadorias que foram objeto da substituição tributária, de fato está correto. Todavia, há que se comprovar esse enquadramento e apresentar as notas fiscais respectivas, mas, diferentemente ao apontado pelo Contribuinte os documentos comprobatórios não foram acostados ao presente Recurso.

Assim, não encontro na peça recursal supedâneo para rever a Decisão Recorrida.

Por tudo o quanto exposto, voto no sentido de NÃO PROVER o presente Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269369.0035/15-1**, lavrado contra **ABRAFER COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$50.000,17**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a” e II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 7 de dezembro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAUJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS