

PROCESSO - A. I. Nº 088568.5178/15-3
RECORRENTE - LAERTE DA SILVA MUTI (SUPERMERCADO MUTI) - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JJF nº 0171-05/16
ORIGEM - INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 25/04/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0096-12/17

EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL REGULARMENTE ESCRITURADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Operações com mercadorias consideradas, pelo autuado, sujeitas ao Regime de Substituição Tributária. Alegação defensiva incapaz de afastar a pretensão fiscal. Falta de comprovação específica dos argumentos defensivos. Arts. 140, 141 e 143 do RPAF/99. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 5º JJF N.º 0171-05/16, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 22/12/2015 para exigir ICMS do período de fevereiro a agosto de 2015, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no valor histórico de R\$25.965,73, mais multa de 60%, descrita pelo autuante, conforme abaixo:

INFRAÇÃO 1- 02.01.03- *"Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Exercício de 2015- Falta de recolhimento do ICMS apurado através dos binários das ECF's fornecidos pelo autuado mediante intimação anexa, conforme demonstrativos das vendas através dos ECF's n.º 07;09;10;11 e 12. Por economia processual os demonstrativos detalhados estão gravados em CD, autenticado pelo Autenticador da Receita Federal, cuja cópia será entregue ao autuado ou a seu representante. Gravados também os arquivos MFD dos equipamentos fornecidos pelo autuado que subsidiaram a constituição do crédito tributário."*

O recorrente, em sede de impugnação, afirma que as mercadorias objeto da referida autuação (produtos de limpeza, café e açúcar), quando da sua aquisição, estavam no Regime da Substituição Tributária, tendo o ICMS sido recolhido por antecipação, sendo certo que não realizou o registro dos créditos destacados em notas fiscais em sua escrita fiscal.

Apesar de não contestar a ocorrência de erro da autuação no enquadramento dos produtos como tributados, o recorrente, no mérito, requereu a improcedência do Auto de Infração, sob a alegação de que tendo o ICMS sido recolhido por antecipação quando da aquisição das referidas mercadorias, a posterior saída destas, sem o débito do ICMS, não trouxe prejuízos aos cofres públicos.

Às fls. 86 a 88, o autuante presta informação fiscal, mencionando que os produtos vendidos pelo autuado não pertenciam ao Regime da Substituição Tributária no ano de 2014, não cabendo ao Autuado alterar a sistemática de recolhimento do tributo, que é definida por lei, ressaltando para o fato que a ocorrência do fato gerador objeto da cobrança do Auto de Infração, foi em 2015, quando a legislação estabeleceu o recolhimento do imposto no momento da saída das mercadorias, não podendo a fiscalização modificar a norma prevista no regulamento do ICMS vigente quando da ocorrência dos fatos.

Por unanimidade, os membros da 5º Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual entenderam por bem julgar totalmente procedente o Auto de Infração nº 088568.5178/15-

3, mantendo o valor de R\$25.965,73, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, conforme voto abaixo transrito:

VOTO

"Inicialmente, verifico que o Auto de Infração preenche todas as formalidades previstas na legislação em vigor, não ensejando qualquer violação ao devido processo legal, a ampla defesa e ao exercício do contraditório do contribuinte, visto que inexistiu qualquer ofensa aos princípios constitucionais ou erro de direito, sendo as multas propostas lastreadas nas normas vigentes. Assim, constato que o lançamento fiscal encontra-se em estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999, portanto, apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Quanto ao mérito do lançamento tributário, considero insuficientes os argumentos defensivos para afastar a pretensão fiscal, tendo em vista a necessidade de o impugnante apresentar livros fiscais ou documentos que correlacionem as operações elencadas no demonstrativo de fl. 71, no qual consta, por documento fiscal apresentado, vide fls. 74 a 83, operações com mercadorias consideradas sujeitas ao Regime de Substituição Tributária, com aquelas constantes do levantamento fiscal, procedimento não realizado pelo autuado. Assim, constato que o impugnante não se desincumbiu do seu ônus processual com intuito de impedir, alterar ou extinguir a imputação administrativa. Logo, a ausência de comprovação dos fatos alegados, pelo sujeito passivo, remete a pertinência da acusação fiscal empreendida com base nas disposições contidas nos arts. 140, 141 e 143 do RPAF/99. Portanto, julgo subsistente o respectivo lançamento fiscal.

*Ademais, verifico possível débito tributário do autuado referente ao mês de setembro do exercício de 2015, fls. 6, 36, 41 a 45, 55 a 64. Dessa forma, pela necessidade de lavratura de outro Auto de Infração, aplico o art. 156 do RPAF/99 no sentido de representar à autoridade competente para análise e instauração de novo procedimento fiscal relativo ao mencionado mês, em face, inclusive, da proibição da *Reformatio in Pejus* do lançamento fiscal.*

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em epígrafe."

O Recorrente, ao discordar do quanto exposto pelo Recorrido, interpõe Recurso Voluntário, requerendo a improcedência do Auto de Infração, reiterando as mesmas alegações em sede de impugnação a saber:

- Os produtos vendidos pelo recorrente não pertenciam ao Regime da Substituição Tributária no ano de 2014;
- Tendo o ICMS sido recolhido por antecipação quando da aquisição das referidas mercadorias, a posterior saída destas, sem o débito do ICMS, não trouxe prejuízos aos cofres públicos.

VOTO

Verifico, preliminarmente, que o Lançamento Fiscal está devidamente lastreado por todos elementos formais previstos no nosso ordenamento fiscal (*art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99*) e que não houve por parte do recorrente contestação quanto as formalidades do processo legal.

Adentrando ao mérito e avaliando o pedido de improcedência consignado no Recurso Voluntário relativo à infração 1, teço os seguintes comentários:

Foram acostados aos autos notas fiscais de entrada do exercício de 2014, comprovando a aquisição de produtos de limpeza, café e açúcar, constantes do anexo I da Substituição Tributária, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto Estadual n.º 13.780/12 vigente em 2014.

Os produtos acima mencionados, previstos no anexo I da Substituição Tributária, foram de lá excluídos, conforme Decreto nº 15.661, de 17/11/14, DOE de 18/11/14 e Decreto nº 15.807 de 30/12/14, cujos efeitos foram refletidos respectivamente a partir de 01/01/15 em referência ao café (item 8 do Anexo I da Substituição Tributária) e 01/02/15 para o material de limpeza e açúcar (itens 25 e 01 respectivamente do Anexo I da Substituição Tributária).

"Decreto 15.661/2014 Art. 9º

Revogam-se as disposições em contrário, em especial, os seguintes dispositivos:

I - do Regulamento do ICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012:

a) o item 8 do Anexo 1, produzindo efeitos a partir de 01/01/2015; “

“Decreto 15.807/2014 Art. 10.

Revogam-se as disposições em contrário, em especial:

I- os seguintes dispositivos do Regulamento do ICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780, de 16 de março de 2012:

f) itens 1, 19, 25 e 29 do Anexo 1, produzindo efeitos a partir de 01/02/2015;”

Observem, pois, que o contribuinte ao adquirir mercadorias enquadradas na substituição tributária, a princípio, não tem direito ao crédito do ICMS destacado no documento fiscal, mas, por outro lado, também não apura débito nas operações subsequentes.

Percebe-se que as alterações implementadas no RICMS/BA pelos Decretos acima mencionados não foram observadas pelo recorrente e que, portanto, os procedimentos fiscais complementares, abaixo articulados não foram por ela realizados:

- levantamento do estoque dos produtos retirados do regime de apuração pela sistemática da substituição tributária;
- registro dos créditos decorrentes da aplicação do ICMS sobre o estoque das mercadorias a partir do mês em que ocorreu a exclusão deste regime;
- apuração dos débitos decorrentes das subsequentes saídas.

Prova disso foi que no período de fevereiro a agosto de 2015, conforme arquivo binário extraído da ECF do estabelecimento do recorrente, as mercadorias vendidas, cujo ICMS havia sido recolhido por antecipação, foram registradas neste período como não tributadas, não sendo, pois, a receita da sua venda ofertada à tributação.

Considerando que o direito de utilizar o crédito extingue-se depois de decorridos 5 (cinco) anos contados da data da emissão do documento fiscal, conforme prevê o § único, do artigo 31º da Lei Estadual nº 7.014/96, teria, contudo, o recorrente o direito de utilizar o crédito fiscal para fins de abatimento do débito apurado na lavratura do Auto, conforme previsto no art. 8º do Decreto 15.807/2014, que dispõe o seguinte:

“Art. 8º Os contribuintes distribuidores, atacadistas ou revendedores, inclusive varejistas, que apurem o imposto pelo regime normal, poderão utilizar como crédito fiscal tanto o valor do imposto da operação normal como o imposto antecipado, relativo às aquisições das mercadorias indicadas a seguir:

I - café, existentes em estoque no dia 31/12/2014, excluídos do regime de substituição tributária a partir de 01/01/2015;

II - açúcar, filme fotográfico e cinematográfico e “slide”, material de limpeza, pilhas, baterias e acumuladores elétricos, existentes em estoque no dia 31/01/2015, excluídos do regime de substituição tributária a partir de 01/02/2015;

§ 1º O imposto antecipado deverá ser apropriado em três parcelas iguais, mensais e consecutivas, a partir do mês em que ocorreu a exclusão do regime de substituição tributária.”

Dessa forma, a simples presunção quanto à correlação entre as operações elencadas no demonstrativo do aujuante (saídas tributadas) com as mercadorias adquiridas à época sob o regime da substituição tributária, não garante ao Recorrente o direito do crédito, haja vista que, para isso, far-se-ia necessário a comprovação efetiva através de Livros Fiscais ou outros documentos comprobatórios que permitam provar que as mercadorias adquiridas sob o regime da substituição tributária são as mesmas, cujas saídas coincidem com aquelas inseridas no objeto do Auto de Infração.

Assim, e em homenagem ao princípio da verdade material, entendo que o Recorrente, por manifesta ausência de mínima demonstração das suas razões suscitadas em sede de Recurso, não faz jus ao direito de compensar os créditos não contabilizados em sua escrita, decorrentes do ICMS-ST pagos na entrada pela modalidade da substituição tributária.

Ressalto, contudo, que o Recorrente, caso assim deseje e através da oportuna medida intitulada controle da legalidade, poderá, e com a necessária demonstração das duas razões, pleitear o aludido direito creditório.

Portanto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho da Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **088568.5178/15-3**, lavrado contra **LAERTE DA SILVA MUTI (SUPERMERCADO MUTI) - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$25.965,73**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Aplicam o art. 156 do RPAF/99, no sentido de representar à autoridade competente para análise e instauração de novo procedimento fiscal relativo ao mencionado mês, em face, inclusive, da proibição da *Reformatio in Pejus* do lançamento fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS