

A. I. Nº - 278904.0009/17-0
AUTUADO - WAL MART BRASIL LTDA.
AUTUANTE - JAYME BORGES DOMINGUES FILHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 20.08.2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0125-05/18

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Após a apuração de equívocos apontados pela defendente, o autuante refaz o lançamento do que resulta a diminuição do valor do ICMS exigido. Preliminar de decadência acatada quanto aos meses de janeiro a março de 2012, pela aplicação do Art. 150, § 4º do CTN. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide lavrado em 31/03/2017 exige ICMS no valor de R\$212.340,69, acrescido da multa de 60% em decorrência das seguintes irregularidades: “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Crédito fiscal indevido relativo ao ICMS das operações de aquisição de mercadorias sujeitas ao regime antecipação tributária.

O autuado apresentou defesa tempestiva (fls. 56 a 76), preliminarmente ressalta a sua tempestividade, e esclarece que enviou para o endereço eletrônico da SEFAZ, cópia dessa contestação.

Ciente de que lhe pesa a acusação acima descrita, em que pese o esforço do fiscal autuante e sua capacidade técnica, pede seja reconhecida a extinção do crédito tributário, relativamente aos meses de janeiro a março de 2012, em razão de estarem atingidos pelo Instituto da decadência (art. 150 § 4º do CTN). Destaca que foi cientificado do AI em 05/04/2017, quando já ultrapassado o prazo para homologação pelo fiscal, naqueles meses adrede citados, e que a Procuradoria Geral do Estado da Bahia, através do Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0, já firmou esse entendimento.

No mérito, aduz que o fato é que improcede a exigência fiscal, porque o autuante acabou por incluir mercadorias que não estão incluídas no regime de antecipação tributária, razão pela qual é legítimo o aproveitamento do respectivo crédito do ICMS.

Ademais, o autuante ao indicar as notas fiscais que embasam o levantamento analítico apresentou uma série de equívocos quanto à descrição e código dos produtos autuados, e determinados produtos não tiveram consideradas sua verdadeira classificação.

Clama pela nulidade da autuação por indicar produtos diversos daqueles constantes nos documentos fiscais autuados, sendo que o autuante listou as aquisições das mercadorias cujos créditos foram glosados e comparando os dados nela contidos com os documentos fiscais da impugnante, é possível identificar uma série de inconsistências em relação aos códigos e descrições dos itens, fato que levou a elaboração de um levantamento temerário, ilíquido e incerto, pois não condiz com a realidade.

É o caso da Nota Fiscal nº 329.843 (doc. 03), para a qual o autuante glosa o crédito da mercadoria “ABS SEMPRE LIVRE – NCM 39241000”. Ocorre que ao verificar o conteúdo do documento, percebe-se que tal item sequer foi adquirido nesta operação. Tratando-se do conhecido fornecedor “Tramontina”, as mercadorias comercializadas foram facas, garfos, colher, e nenhum produto indicado é sujeito à substituição tributária ou se assemelha, em código, classificação ou descrição, à mercadoria supostamente autuada.

Pontua que o equívoco do fiscal autuante afetou a consistência da autuação e questiona qual a base de dados utilizada pela fiscalização para lavrar o Auto, e ainda sobre o cuidado de examinar efetivamente as notas fiscais que compõem o levantamento.

Assevera que o autuante utilizou-se de presunção para caracterizar a infração, haja vista não ter solicitado os documentos fiscais para verificar o seu conteúdo e assim analisar a legitimidade dos créditos tomados, e razão da inclusão ou não dos produtos adquiridos na antecipação tributária.

Aponta ainda que desconhece qualquer legislação que trate do regime de antecipação tributária para os itens câmera de vídeo, sabonete, suporte de parede para TV, milho, vegetais, embalagem para conservar alimentos, não tendo também o fiscal indicado a base legal para a autuação.

Entende que houve evidente cerceamento de defesa, posto que, cotejando-se os dados constantes na planilha do Auto de Infração relativa ao Crédito Indevido Substituição Lista de Notas Fiscais, exercícios de 2012 e de 2013, observa-se que se encontram ausentes no processo administrativo todas as provas que respaldam as infrações, ou seja, no mínimo a norma que embasa a substituição tributária, vez que sem ela fica prejudicada a verificação dos dados e valores apresentados pela fiscalização, ou seja, a materialidade dos valores exigidos.

Reclama que o auditor fiscal não se desincumbiu do ônus de comprovar a vinculação das mercadorias, à sistemática da Substituição Tributária/Antecipação, não agrupando produtos em supostas classificações fiscais, sujeitas à respectiva tributação e, não indicando o embasamento legal para tanto. Indaga se todos os produtos autuados estão sujeitos à substituição tributária e em que item do Anexo Único do RICMS/BA está previsto.

Aduz que como não é possível responder ao questionamento acima, há descon sideração à verdade material e aos princípios do contraditório e da ampla defesa, impedindo que o órgão julgador formule um juízo de valor sobre a matéria posta em julgamento, bem como com afronta ao art. 39 do RPAF/99.

Lembra a regra do Art. 142 do CTN, na qual a constituição do crédito tributário deverá ser realizada de forma clara e precisa, com a correta tipificação, para que se promova a liquidez e certeza da exigência fiscal, e em não ocorrendo, como no caso, deve ser decretada a nulidade do lançamento.

Aponta que o item 26 do Anexo Único do RICMS/BA, que regula a sistemática para a cobrança do ICMS relativo a misturas da farinha de trigo, determina que estão excluídas as misturas para bolo. Colaciona aos autos nota fiscal do respectivo fornecedor, na qual não consta o destaque do imposto por substituição, mas apenas o ICMS normal. (doc. 04).

Pontua que a multa aplicada é exorbitante, viola o princípio da proporcionalidade e o princípio limitador do Poder de Tributar, qual seja, o não confisco, ao tempo em que cita a doutrina, e o entendimento do STF, que desde os anos de 1980, já entendia pela aplicabilidade do princípio do não confisco às multas tributárias, admitindo sua equitativa redução pelo magistrado.

Requer o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável, entre 20 e 30%.

Também pede seja levado em consideração o benefício da dúvida, consoante o Art. 112 do CTN, o qual deve favorecer o contribuinte.

Ao final requer a improcedência da autuação e protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidas.

Em 09 de junho de 2017, o sujeito passivo, por meio de seu patrono, requer a juntada dos comprovantes de pagamento parcial do Auto de Infração, relativo à infração 01. Nesse sentido requer a extinção dos referidos créditos tributários, nos termos do art. 156, I, do CTN, oportunidade em que ratifica os demais argumentos apresentados na impugnação, os quais são suficientes para a declaração da improcedência do saldo remanescente da presente autuação. Junta DAE na fl. 105, com o pagamento no valor principal de R\$178.570,67, acrescido de multa e acréscimos moratórios, o que perfaz R\$273.746,70.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 109 a 112, e após relatar as razões de defesa, ressalta que a auditoria foi realizada de forma regulamentar, com a ciência do ato de fiscalização por meio de intimação à empresa autuada, relativo às movimentações efetuadas ao longo de 2012 e de 2013, conforme documentado entre as fls. 14 e 31 do PAF.

Registra que o disposto no art. 39 do RPAF/99, foi obedecido e ademais, o presente Auto de Infração traz a reprodução fiel dos fatos verificados, consubstanciados pelas informações necessárias e suficientes à demonstração do fato argüido, através de documentação fiscal anexada, fls. 32 a 45 do PAF, bem como através de mídia contendo SPED/EFD do período, além de todos os demonstrativos de débito em sua íntegra (CD de fl. 47).

Entende que não deve ser aplicado o art. 150, § 4º, no que concerne à decadência, em relação aos créditos reclamados de janeiro a março de 2012.

Procede à exclusão do produto ABS SEMPRE LIVRE – NCM 39241000, o qual, de fato não constava na NF 329843, mas foi lançada com base em informação incorreta, prestada pela própria empresa através de sua Escrituração Fiscal Digital – EFD do respectivo período.

Reconhece que, de fato, não estão sujeitos ao regime de substituição tributária os produtos WEBCAM C270 (Câmera de Vídeo), JS SABONETE BARRA, WALL 1125 BK, MILHO GIGANTE, MIX VEGETAIS BRASA, MILHO APIMENTADO, ZIPLOC SACO, e os exclui do demonstrativo de débito, conforme anexos.

Também assiste razão ao autuado com relação aos produtos que, de fato, não estão sujeitos ao regime de substituição tributária, tais como MISTURA PARA BOLOS, BOLO CHOCOLATE C/CA, BOLO BAUNILHA C/CA, ENT.BASE PARA BOLO PUD, e os retira da infração, consoante novos demonstrativos de débito com os itens remanescentes, conforme anexos.

Afirma que a multa aplicada é legal com previsão no art. 42, inciso II da Lei 7.014/96.

Consoante o demonstrativo de fl. 113, o Auto de Infração remanesce no valor de R\$204.152,97, sendo R\$111.268,21 para o exercício de 2012 e de R\$92.884,76 para o exercício de 2013.

O sujeito passivo apresenta manifestação quanto aos novos valores do Auto de Infração, conforme documento de fls. 128 a 138, reafirma a sua solicitação acerca da decadência, pela aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, pelas razões anteriormente expostas.

Aponta que, apesar de o autuante reconhecer o equívoco, quanto à Nota Fiscal 329.843, que apresenta produtos diversos daqueles autuados, o fato é que a situação se repete para diversos documentos fiscais que constam no demonstrativo da fiscalização, sendo que a NF 329.843 foi citada como exemplo da irregularidade. Relaciona outras notas fiscais, cujas cópias seguem em anexo e que também devem ser excluídas da exigência ora combatida. Aduz que a relação que ora apresenta não é exaustiva, posto que o equívoco permeia todos os documentos para os quais o autuante indica os produtos “ABS ALWAYS” e similares.

Salienta ainda que o autuante despreza o pagamento parcial do Auto de Infração, efetuado em 31/05/2017, informado em petição protocolada em 12/06/2017.

Pugna pela improcedência da autuação.

O autuante manifesta-se, fls. 166 a 170, e em nova informação fiscal, quanto à extinção do crédito tributário, aduz que, neste particular não foi trazido qualquer fato novo pelo autuado, razão pela qual fica mantido o contido na Informação fiscal, folhas 109 a 112.

Registra que, de um total de cerca de 14 mil itens analisados nos dois exercícios, restou comprovado ter havido a glosa indevida dos créditos fiscais, relativos às mercadorias que, de fato, não estariam sujeitas ao regime de ST.

Explana que tal fato ocorreu em razão de erro na elaboração das respectivas EFD envolvendo 3 itens diversos, um deles já corrigido na primeira informação fiscal, e os outros dois, trazidos em sua última manifestação, que teriam sido registrados pela autuada como absorventes higiênicos, mesmo não o sendo.

Sendo assim, efetuada a exclusão dos itens apontados abaixo, restaram os valores devidos conforme demonstrativos em anexo:

103605 – ABS ALWAYS REGULAR –NF DIVERSAS

103591 – ABS ALWAYS P TOTAL – NF DIVERSAS

32090 – ABS ALWAYS BÁSICO – NF 326414 – Excluída anteriormente

Quanto ao pagamento efetuado pela empresa sustenta que não foi possível fazer qualquer manifestação ou cotejamento a respeito dos mesmos, uma vez que o autuado informa apenas o valor total reconhecido, não se manifestando sobre que itens/valores comporiam o montante histórico reconhecido.

Mantém em parte, os lançamentos trazidos no Auto de Infração 2789040009170, de forma que seja julgada parcialmente procedente a única infração de número 01, resultando no valor histórico devido a título do ICMS de R\$174.891,46 (cento e setenta e quatro mil, oitocentos e noventa e um reais, e quarenta e seis centavos), e acréscimos legais cabíveis, conforme demonstrativo em anexo.

Mais uma vez, o autuado manifesta-se, fls. 183 a 190, e aduz que o saldo remanescente apontado pelo autuante também não procede, por ter sido desconsiderado o pagamento parcial que efetuou, bem como os períodos alcançados pela decadência, sendo que, ambos devem ser considerados conforme as explanações adredemente colocadas e reiteradas neste manifesto. Pede a improcedência do Auto de Infração.

Por último, o autuante tendo tomado conhecimento da nova manifestação do contribuinte, fls. 184 a 192, e por não haver fatos novos em relação à autuação, ratifica a sua informação fiscal, fls. 166 a 182, e encaminha o presente PAF para apreciação e julgamento pelo CONSEF. (fl. 195)

VOTO

Destaco inicialmente que o Auto de Infração, em análise, obedeceu às regras atinentes ao Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, Aprovado pelo Decreto 7.629/99, especificamente as ditadas no Cap. III, “Do Auto de Infração”, Arts. 38 a 47, contêm a qualificação do autuado, a descrição dos fatos considerados infrações de obrigação tributária principal, o demonstrativo de débito tributário, com a data de ocorrência dos fatos geradores do imposto exigível, e outros detalhes necessários para o perfeito entendimento da acusação fiscal.

Percebe-se que a descrição fática é suficiente para o entendimento da imputação que está sendo feita ao contribuinte, foi feita de forma clara e com a indicação de dispositivos legais dados como infringidos, o que permitiu o conhecimento da acusação fiscal e a apresentação da impugnação por parte do sujeito passivo. Dessa forma não acolho a preliminar de nulidade quanto à suposta afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Os princípios da ampla defesa e do contraditório foram estritamente observados, consoante dispõe a Constituição Federal de 1988, em que os litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes. (CF, Art. 5º, inciso LV). Assim, a resolução deste conflito de interesses está tendo a participação dos interessados para legitimar o seu resultado final. Constatado que em todos os atos processuais, desta lide, houve a participação e o conhecimento dos interessados, os quais articularam as suas pretensões com vistas à comprovação dos fatos sobre os quais, a final querem ver asseguradas a manutenção ou a reforma do Auto de Infração.

Deste modo, o princípio do contraditório, embora não se confunda com a ampla defesa, pode ser considerado um desdobramento desta, segundo o qual deve ser dada ciência às partes do que se faz ou que se pretende que seja feito no processo, abrindo-se então a possibilidade de cooperar e de contrariar. Tudo visando ao máximo equilíbrio da decisão final, ou da sentença, o que ocorreu na presente lide.

Deste modo, não acolho as preliminares de nulidade, por tais razões, trazidas pelo defendente, e concluo que o Auto de Infração encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Passo à análise da preliminar de mérito quanto à decadência, ou seja, ao direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário.

O sujeito passivo invoca o instituto da decadência quanto aos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2012, posto que o Auto de Infração fora lavrado em 31/03/2017, com base no Art. 150 § 4º do CTN: “Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Abarcando esse entendimento, quanto ao lançamento por homologação, de que se constitui a natureza do ICMS, a Procuradoria Geral do Estado, em Incidente de Uniformização Nº 2016.194710-0, pronunciou-se no sentido de que é neste prazo, de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador, que o Fisco deve promover a fiscalização e analisar o pagamento efetuado pelo contribuinte. Caso não o faça, decorrido o prazo de cinco anos contados do fato gerador, ocorre a decadência do direito do Fisco de lançar eventual diferença.

Tratando-se de lançamento por homologação, na presente lide, e tendo o contribuinte utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, cabe a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, cujo marco decadencial ocorre com a data da ciência do Auto de Infração, que foi realizada em 05/04/2017. Portanto, os fatos geradores anteriores a cinco anos desta data, foram alcançados pela decadência, perdendo a Fazenda Pública o direito de constituí-los. Logo, as datas de ocorrência de janeiro, fevereiro e março de 2012, estão atingidas pela decadência, improcede a sua cobrança, e devem ser excluídas do Auto de Infração.

Quanto ao mérito da autuação, o ICMS exigido refere-se a utilização indevida de crédito fiscal, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, o que é vedado pelo Art. 9 e art. 29, § 4º, inciso II da Lei 7.014/96, c/c art. 290 do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Portanto, ao fazer o uso dos créditos fiscais, nesta situação restou caracterizado o cometimento da infração, tendo em vista que não é facultado ao contribuinte utilizar procedimentos fiscais de acordo com os seus interesses e contrários ao que determina a legislação do ICMS. Logo não se trata de presunção, como argüido pelo defendente, mas a autuação encontra-se lastreada na Escrituração Fiscal Digital – EFD – e documentos fiscais.

O defendente apontou a ocorrência de equívocos na autuação, tais como a inclusão de mercadorias que não estão submetidas ao regime de antecipação tributária, razão pela qual é legítimo o aproveitamento do respectivo crédito do ICMS. Também cita o caso da Nota Fiscal nº 329.843 (doc. 03), cujos produtos não estão no regime de substituição tributária.

Outrossim, aponta ainda que desconhece qualquer legislação que trate do regime de antecipação tributária para os itens câmera de vídeo, sabonete, suporte de parede para TV, milho, vegetais, embalagem para conservar alimentos, não tendo também o fiscal indicado a base legal para a autuação.

O autuante reconhece as razões apresentadas e procede à exclusão do produto ABS SEMPRE LIVRE – NCM 39241000, o qual, de fato não constava na NF 329843, mas foi lançada com base em informação incorreta prestada pela própria empresa através de sua Escrituração Fiscal Digital – EFD do respectivo período.

Reconhece que, de fato, não estão sujeitos ao regime de substituição tributária os produtos WEBCAM C270 (Câmera de Vídeo), JS SABONETE BARRA, WALL 1125 BK, MILHO GIGANTE, MIX

VEGETAIS BRASA, MILHO APIMENTADO, ZIPLOC SACO, e os exclui do demonstrativo de débito, conforme anexos.

Outrossim, afirma que também assiste razão ao autuado com relação aos produtos que de fato não estão sujeitos ao regime de substituição tributária, tais como MISTURA PARA BOLOS, BOLO CHOCOLATE C/CA, BOLO BAUNILHA C/CA, ENT.BASE PARA BOLO PUD, e os retira da infração, consoante novos demonstrativos de débito com os itens remanescentes, conforme anexos, e conclui que o valor do AI passa a ser de R\$204.152,97.

Inconformado com o resultado a que chegou inicialmente o auditor fiscal, o sujeito passivo aponta que, apesar de o autuante reconhecer o equívoco quanto à Nota Fiscal 329.843, que apresenta produtos diversos daqueles autuados, o fato é que a situação se repete para diversos documentos fiscais que constam no demonstrativo da fiscalização, sendo que a NF 329.843 foi citada como exemplo da irregularidade. Relaciona outras notas fiscais, cujas cópias seguem em anexo à defesa, e que também devem ser excluídas da exigência ora combatida. Aduz que a relação que ora apresenta não é exaustiva, posto que o equívoco permeia todos os documentos para os quais o autuante indica os produtos “ABS ALWAYS” e similares.

Após analisar as razões de defesa, mais uma vez apresentadas, o autuante destaca que, de um total de cerca de 14 mil itens analisados nos dois exercícios, restou comprovado ter havido a glosa indevida dos créditos fiscais relativos às mercadorias que, de fato, não estariam sujeitas ao regime de ST.

Explana que, tal fato ocorreu, em razão de erro na elaboração das respectivas EFDs, envolvendo 3 itens diversos, um deles já corrigido na primeira informação fiscal, e os outros dois, trazidos na última manifestação do contribuinte, que teriam sido registrados pela autuada como absorventes higiênicos, mesmo não o sendo.

Sendo assim, efetuada a exclusão dos itens apontados abaixo, restaram os valores devidos conforme demonstrativos em anexo:

103605 – ABS ALWAYS REGULAR – NF DIVERSAS

103591 – ABS ALWAYS P TOTAL – NF DIVERSAS

32090 – ABS ALWAYS BÁSICO – NF 326414 – Excluída anteriormente

Assim, após prestar duas informações fiscais, reconhece estas razões de defesa e exclui os itens do **demonstrativo inicial, pelo que a autuação remanesce no valor de R\$174.891,46, ou seja, no valor de R\$97.929,29 para o exercício de 2012 e de R\$76.962,17 para o exercício de 2013, conforme demonstrativo de fls. 172 e de fl. 177.**

Concordo com as retificações promovidas pelo autuante, contudo devem ser excluídas as parcelas relativas aos meses de janeiro a março de 2012, nos valores respectivos de R\$1.828,40; R\$3.515,05 e de R\$7.767,63, atingidas pela decadência. Assim, o exercício de 2012 perfaz o valor de R\$84.818,21 e o exercício de 2013, o valor de R\$76.962,17, Desse modo, o crédito tributário exigido perfaz o montante de R\$161.780,38.

Destaco que o sujeito passivo recolheu o valor de R\$178.570,67, o qual deve ser homologado, conforme consta no DAE de fl. 105.

Ressalto que a multa aplicada está em conformidade com a prevista na Lei 7.014/96, portanto legal.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

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 **278904.0009/17-0**, lavrado contra **WAL MART BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do

imposto no valor de **R\$161.780,38**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, em 17 de julho de 2018.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR