

PROCESSO - A. I. Nº 278904.0009/17-0
RECORRENTES - WALMART BRASIL LTDA e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDOS - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e WALMART BRASIL LTDA.
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0125-05/18
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 03/09/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0193-11/19

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. Alegação de decadência acatada quanto aos meses de janeiro a março de 2012, pela aplicação do Art. 150, § 4º do CTN. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da Decisão proferida pela 5ª JJF ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi inicialmente imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pela empresa autuada, com base no art. 169, I, “b” do mencionado Regulamento.

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.

Após a devida instrução processual, a referida Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência Parcial, por unanimidade, pelos seguintes argumentos abaixo:

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, contém 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. Constato 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 dado 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.

Irresignado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação da decisão de piso, pelos argumentos abaixo expostos.

Inicialmente, atesta a tempestividade da peça recursal e tece um breve relato dos fatos.

Informa que, notificada do lançamento fiscal, a Recorrente realizou o pagamento parcial da autuação, no valor de R\$178.570,67.

Para o saldo remanescente, demonstrou que improcede a exigência fiscal em razão da decadência dos períodos de janeiro a março de 2012, bem como 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.

Aponta que o Fiscal Autuante, ao indicar as notas fiscais que embasaram a autuação, apresentou uma série de equívocos quanto à descrição e código dos produtos autuados, razão pela qual, após a apresentação da defesa, o Autuante acatou parte dos argumentos levantados pelo contribuinte e apresentou novo demonstrativo de débito no valor de R\$174.891,46.

Salienta que a 5ª JJF concluiu que o crédito tributário exigido perfaz o montante de R\$161.780,38, reconhecendo, ainda, que houve pagamento no importe de R\$178.570,67.

Deste modo, entende a recorrente que não há saldo remanescente a recolher pelo contribuinte. Em verdade, constata-se que houve recolhimento a maior, que será objeto de restituição em processo administrativo próprio.

Sintetiza da seguinte maneira:

| | |
|------------------------------------|----------------|
| Valor total do AI lançado | R\$ 212.340,69 |
| Valor do AI após Informação Fiscal | R\$ 174.891,46 |
| Valor do AI após decisão da 5ª JJF | R\$ 161.780,38 |
| Valor pago pelo contribuinte | R\$ 178.570,67 |

Assim, assevera que improcedem os termos da resolução do acórdão, que intima o contribuinte para “efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$161.780,38”. Da mesma forma, improcede a existência do saldo a pagar que consta no extrato de débito relativo ao presente PAF, em especial

porque, diante do exposto, o valor principal apontado de R\$33.769,88 corresponde apenas à homologação do pagamento efetuado (R\$212.340,69 – 178.570,67).

Por fim, requer a Recorrente a declaração da extinção total do crédito tributário, em razão do pagamento parcial realizado e das exclusões feitas no julgamento administrativo (art. 156, I e IX, do CTN).

VOTO

O Auto de Infração em comento versa sobre cobrança de utilização indevida de crédito pelo contribuinte relativo ao ICMS das operações de aquisição de mercadorias sujeitas ao regime de antecipação tributária.

Inicialmente nos cabe a análise do Recurso de Ofício, oriundo das reduções realizadas pelo fiscal autuante em suas informações fiscais, referendadas pela Junta de Julgamento Fiscal, que também reconheceu a decadência de parte da autuação. Vejamos:

Quanto aos períodos decaídos, agiu acertadamente a Junta de Julgamento Fiscal ao proceder com a exclusão dos períodos anteriores a abril/2012, tendo em vista que o contribuinte foi cientificado da lavratura do presente auto em 05/04/2017 e que, no caso em apreço, é cabível a aplicação do art. 150, §4º do CTN.

Durante a instrução processual, restou demonstrado pelo contribuinte que alguns itens foram indevidamente autuados, uma vez que não estariam submetidos ao regime de antecipação tributária, motivo pelo qual a utilização do crédito é legítima. Ademais, no pertinente a Nota Fiscal nº 329.843, restou demonstrado também que os produtos não estão no regime de substituição tributária.

Deste modo, foram excluídos da autuação os seguintes itens:

1. Produto ABS SEMPRE LIVRE – NCM 39241000, o qual, de fato não constava na NF Nº 329843, mas foi lançada com base em informação incorreta prestada pela própria empresa através de sua Escrituração Fiscal Digital – EFD do respectivo período;
2. Os itens WEBCAM C270 (Câmera de Vídeo), JS SABONETE BARRA, WALL 1125 BK, MILHO GIGANTE, MIX VEGETAIS BRASA, MILHO APIMENTADO, ZIPLOC SACO, assim como os produtos MISTURA PARA BOLOS, BOLO CHOCOLATE C/CA, BOLO BAUNILHA C/CA, ENT.BASE PARA BOLO PUD, de fato, não estão sujeitos ao regime de substituição tributária;
3. Pelo mesmo motivo, também foram reconhecidas como não sujeitas ao regime de substituição tributária os itens: 103605 – ABS ALWAYS REGULAR – NF DIVERSAS; 103591 – ABS ALWAYS P TOTAL – NF DIVERSAS; 32090 – ABS ALWAYS BÁSICO – NF Nº 326414.

Compulsando os elementos trazidos pelo contribuinte, bem como o trabalho revisional realizado pelo fiscal autuante, entendo que agiu acertadamente a fiscalização ao reconhecer e retirar da autuação os itens acima mencionados, uma vez que estes se encontram fora do alcance da substituição tributária.

Assim, o valor do Auto de Infração que inicialmente era de R\$212.340,69 passou para R\$161.780,38.

Ressalte-se que a Recorrente, após a notificação do lançamento fiscal, realizou o pagamento parcial da autuação, no valor de R\$178.570,67, o qual foi solicitado pela Junta de Julgamento Fiscal que fosse devidamente homologado.

Quanto ao Recurso Voluntário, o mesmo não discute o mérito da autuação, abordando tão somente o entendimento do contribuinte de que improcede a existência do saldo a pagar que consta no extrato de débito relativo ao presente PAF, bem como na resolução do voto condutor.

Insta explicar que não cabe a este órgão de julgamento realizar a homologação dos valores pagos durante o curso do processo, sendo esta tarefa do setor competente, qual seja, a Inspetoria

Fazendária de Origem.

Nos cabe, neste momento processual, a determinação para que o órgão competente homologue os valores pagos, sendo este procedimento, a homologação, posterior ao julgamento pelo CONSEF.

Assim, não houve erro da Primeira Instância ao manter na resolução o valor remanescente do Auto de Infração após o julgamento.

Esclarecidas as questões trazidas, e por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, mantendo integralmente a decisão de piso, devendo ser homologados os valores efetivamente pagos pelo contribuinte.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278904.0009/17-0**, lavrado contra **WALMART BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente 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, devendo ser homologados os valores efetivamente pagos pelo contribuinte.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de julho de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA - RELATORA

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS