

A. I. N° - 279462.0011/19-3
AUTUADA - ATACADÃO S/A
AUTUANTES - ANNA CRISTINA R. NASCIMENTO e NILDA BARRETO SANTANA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 15.12.2021

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0153-05/21-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS COM REDUÇÃO DO IMPOSTO. Os reclamos da defesa se concentraram nas operações com os produtos papel higiênico, bebidas alcoólicas e nas entradas de mercadorias decorrentes de transferências internas, acobertadas por notas fiscais registradas sob o CFOP 1152. As operações com esses itens não se encontravam submetidas às reduções de carga tributária previstas no Dec. nº 7.799/2000. Ademais, os créditos apropriados pela empresa, decorrentes de entradas por transferências, não repercutiram na conta corrente fiscal, inocorrendo prejuízos para o Erário Estadual. Mantidos os créditos nos valores apropriados pelo contribuinte, para os itens objeto da contestação empresarial. Revisão dos valores autuados em procedimento de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 10/09/2019, para a exigência de ICMS no valor principal de R\$14 1.641,63, mais acréscimos legais, contendo a seguinte imputação fiscal:

Infração 01 – 01.02.26 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Sendo o contribuinte beneficiário de Termo de Acordo Atacadista, creditou-se de imposto maior que o permitido no art. 6º do Decreto nº 7.799/00 – “Art. 6º - Os créditos relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subsequentes amparadas pelos benefícios previstos nos arts. 1º, 2º, 3º-B, 3º-D e 3º-E não poderão exceder a 10% do valor da operação utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços bens ou mercadorias”. Conforme consta das planilhas Demonstrativo de Crédito Indevido Atacadistas, exercícios de 2015 e 2016. Anexo I. Ocorrência verificada nos meses de janeiro a dezembro dos exercícios de 2015 e 2016. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a” da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do lançamento, através de intimação pessoal, ocorrida em 12/09/2019 e ingressou com defesa administrativa, protocolada em 11/11/2019, em petição subscrita por procurador, habilitado a atuar no presente PAF pelo instrumento de juntado às fls. 72/81, verso.

Após fazer um registro dos fatos que conduziu à exigência fiscal, destacou como questão preliminar a falta de subsunção/fundamentação dos fatos apontados como infrações e a normas citadas na peça de lançamento, vício que conduzira à nulidade do Auto de Infração. Destacou que o lançamento em lide é inepto, implicando em cerceamento do direito de defesa.

Caso seja superada essa preliminar, a defesa, no mérito, afirma que a exigência fiscal não deve prevalecer.

Pede a retirada da cobrança por estornos de crédito das operações com papel higiênico, produto que foi expressamente excluído do tratamento tributário previsto nos arts. 1º e 2º do Decreto nº 7.799/2000. Apresenta relação contendo os valores dos créditos fiscais estornados pela fiscalização (fls. 63/65).

Na sequência fez menção às mercadorias em que foi aplicada a redução somente a partir de dezembro/2016, relativo à diferença entre a alíquota de 27% para a carga tributária de 15,88%, conforme art. 3º-F do Dec. 7.799/00. Envolve este item as operações com bebidas quentes listadas entre as fls. 65/68.

Em seguida apresentou uma relação, entre as fls. 68/69, das operações com diversas mercadorias enquadradas na categoria de bebidas quentes em que os créditos fiscais foram limitados ao montante do débito, conforme art. 3º-F, do Decreto nº 7.799/00, fato ocorrido no ano de 2016.

Afirmou ser insubstancial a acusação fiscal em relação aos itens impugnados. Pede a conversão do feito em diligência e indica assistentes técnicos.

Finalizou a peça de defesa requerendo que a mesma seja acolhida para declarar a total insubstancialidade do lançamento de ofício, seja pela questão preliminar ou no tocante ao mérito. Apresenta mídia digital (CD), anexada à fl. 83.

Prestada a Informação Fiscal pelas autuantes, em 20/01/2020, peça processual juntada às fls. 85/89 e correspondentes anexos.

Declararam, inicialmente, que o contribuinte exerce atividade econômica de comércio varejista de supermercados, do tipo “atacarejo” (vendas por atacado para microempresas e no varejo para consumidor final, pessoa física ou jurídica). Ressaltaram ainda se tratar de uma empresa de grande porte, com matriz em São Paulo e diversas filiais na Bahia, sendo que este estabelecimento foi responsável por uma arrecadação de ICMS da ordem de 2,29 a 2,17 milhões de reais nos exercícios de 2015 e 2016.

Em seguida, afirmaram que considerando a quantidade de itens comercializados pela empresa nas mais variadas formas de tributação e alíquotas é perfeitamente aceitável a ocorrência de equívocos na parametrização das operações sujeitas à incidência do ICMS, tanto para contribuinte quanto para o fisco.

Ao analisarem as razões apresentadas na peça de defesa para cada um dos itens de mercadorias foram feitos ajustes na composição do débito lançado.

Para o produto papel higiênico as Auditoras autuantes acataram os argumentos defensivos, considerando que essa mercadoria foi expressamente excluída do tratamento tributário previsto nos artigos 1º e 2º do Decreto nº 7.799/2000.

No que se refere às bebidas alcoólicas afirmaram que as alegações empresariais são também pertinentes, observando que até 30/09/2016 essas mercadorias estavam inseridas no regime de substituição tributária, portanto, fora do alcance do benefício para os estabelecimentos atacadistas, previsto no art. 4º do Dec. 7.799/2000. A partir de 01/10/16, essas mercadorias foram excluídas do regime da ST e contempladas com a redução da base de cálculo da ordem de 41,176% de forma que a carga tributária foi reduzida para 15,8824%, considerando a alíquota nominal de 27%. Em contrapartida, o crédito de ICMS nas entradas foi reduzido no mesmo percentual, conforme previsto no art. 29, § 8º, da Lei nº 7.014/96.

Adicionalmente, informaram que no caso das bebidas quentes (alcoólicas) o crédito tributário a ser concedido será até 15,8824%.

Pertinente às operações de aquisição originárias de transferências (CFOP 1152), objetivando atender o que determina a Súmula CONSEF nº 08/2019, as autuantes mantiveram a integralidade dos créditos destacados nos documentos fiscais, vez que as transferências internas deveriam ter sido efetuadas sem destaque do imposto e mesmo havendo destaque a maior (débito em uma filial e crédito em outra filial), esse procedimento não acarretou prejuízo para o erário estadual.

Ao concluir a peça informativa as autuantes juntaram novos demonstrativos, anexados entre as fls. 90 a 97 dos autos e mídia digital (CD – doc. fl. 98), contendo a revisão dos valores autuados. Valores mensais discriminados na planilha reproduzida à pág. 90.

O contribuinte foi notificado acerca das alterações processadas no lançamento, através do Termo de Intimação inserido à fl. 100, com ciência em 18/03/2020, firmada por seu procurador devidamente habilitado nos autos. Após o transcurso do prazo de 10 (dez) dias o sujeito passivo permaneceu silente, não ingressando com novas razões impugnativas.

Na pauta de julgamento suplementar, ocorrida em 27/10/2020, destinada ao exame dos processos direcionados para a realização de revisões fiscais, o presente PAF foi convertido em diligência. Objetivou-se retirar das cobranças remanescentes valores em que tivesse ocorrido a migração de cobrança de uma infração para outra, ou seja, reenquadramento dos fatos tributáveis, resultando em modificação do critério jurídico do ato de lançamento. O termo de diligência encontra-se apensado às fls. 103/104.

Em resposta, as autuantes afirmaram que o presente processo por envolver apenas uma infração não gerou a desconformidade apontada do Termo de Diligência.

Após retorno do PAF a esta 5ª Junta de Julgamento, foram constatadas inconsistências nos valores apurados na última informação fiscal, de forma que o colegiado da JJF, resolveu converter novamente o PAF em diligência, direcionada para as autuantes, conforme Termo lavrado à fl. 117 dos autos, datado de 08 de junho de 2021, com o seguinte conteúdo:

1 - Ao examinar as alterações processadas pelas autuantes na fase de informação fiscal e nos correspondentes demonstrativos de apuração do imposto, verifico que houve a majoração de valores na cobrança do ICMS a título de estorno fiscal em alguns meses, a exemplo ocorrências dos meses de janeiro e abril de 2015, conforme detalhado abaixo:

Janeiro/15 – valor lançado: R\$1.552,25 - Valor revisado: R\$6.211,10;

Abri/15 - valor lançado: R\$1.842,67 – Valor revisado: R\$2.600,67.

2 - Ademais, não ficou plenamente evidenciado para esta Relatoria quais os montantes de ICMS, por período mensal, efetivamente remanesceram na cobrança e em relação ao crédito de quais produtos foi mantida a exigência fiscal após a exclusão das operações com papel higiênico e bebidas quentes (alcoólicas).

3 – Portanto, deve o presente PAF retornar às autuantes para que procedam ao ajuste no lançamento em relação aos meses em que houve majoração do tributo, detalhando no texto e em planilha específica, os valores e as operações, por produto, que devem remanescer na autuação.

4 – Cumpridas as etapas acima descritas, o órgão de preparo da Inspetoria Fiscal, deverá dar ciência ao representante legal da empresa autuada do inteiro teor do pedido de diligência e da informação prestada pelas autuantes, concedendo prazo de 10 (dez) para manifestação, em atendimento dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

5 – Havendo Manifestação da defesa, os autos deveram retornar as autuantes para que seja prestada nova Informação Fiscal.

6 - Por último, o PAF deverá retornar a este CONSEF visando a continuidade do julgamento.

No expediente anexado às fls. 122/123, datado em 31 de agosto de 2021, as autuantes informaram que procederam aos ajustes solicitados na última diligência, pois foi constatada a existência equívocos na apuração do imposto. Refeitos os Demonstrativos de Crédito Indevido Atacadistas, exercícios de 2015 e 2016, para contemplar as seguintes situações:

1 – permitir o crédito integral de ICMS das operações com papel higiênico, conforme disposições do art. 2º-A do Decreto nº 7.799/2000;

2 – permitir o crédito de ICMS de até 15,8824% para bebidas quentes, a partir de 01/10/2016, em concordância com o disposto no art. 29, da Lei nº 7.014/96;

3 – Permitir o crédito de ICMS integral para as transferências internas, registradas sob o código CFOP 1152, aplicando ao caso o entendimento contido na Súmula CONSEF nº 08/2019.

Em razão das alterações processadas elaboraram novo Demonstrativo de Débito do Auto de Infração, anexado às fls. 124/125 deste PAF. Os Demonstrativos analíticos da nova apuração foram encartadas entre as páginas 126 a 138.

Notificado o contribuinte acerca do inteiro teor da nova Informação Fiscal, apresentou nova petição nos autos, peça processual apensada à fl. 145, datada de 14/09/2021. Nesta peça manifestou a sua concordância com os resultados levantados na revisão fiscal, no que se refere aos itens que foram excluídos e nos valores que foram mantidos.

As autuantes, em nova informação fiscal (fl. 163), ao tomarem ciência da Manifestação empresarial declararam que o contribuinte expressou a sua total concordância com as alterações promovidas na última diligência, razão pela qual sugeriram que o órgão de preparo da INFRAZ remetesse os autos visando o julgamento da lide.

Em despacho exarado à fl. 165 dos autos, após avaliação dos elementos existentes neste processo, concluí que o mesmo se encontra em condições de ser inserido na pauta de julgamento.

Apresento na sequencia o meu voto.

É o Relatório.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de uma única ocorrência, relacionada ao creditamento indevido de ICMS nas aquisições de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com redução da carga tributária previstas nas disposições do Decreto nº 7.799/2000, e no Termo de Acordo firmado pelo contribuinte com a SEFAZ-Ba.

O contribuinte suscitou nulidade do presente Auto de Infração, ao argumento de houve falta de subsunção/fundamentação dos fatos apontados como infração e a normas citadas na peça de lançamento. Destacou que o lançamento em lide é inepto, implicando em cerceamento do direito de defesa.

A alegação de nulidade articulada na peça de defesa não se sustenta.

Inicialmente, cabe consignar que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99.

A base imponível e o cálculo do imposto apurado e demonstrado pelas autuantes, em atendimento aos procedimentos previstos na legislação regente da matéria. Os valores apurados na ação fiscal se encontram contidos nos demonstrativos de débito (docs. fls. 19 a 25; além da mídia digital – CD de dados – doc. fl. 26).

O inteiro teor dessas peças processuais foi entregue ao contribuinte quando da notificação do lançamento, conforme assinatura firmada pelo procurador da empresa nos respectivos Demonstrativos, ocorrida 12/09/2019.

Quanto à tipificação legal das infrações e consectários legais (multas, juros e atualização monetária), as mesmas estão inseridas nos campos “Enquadramento” e “Multa Aplicada” do Auto de Infração, e no campo intimação Demonstrativo de Débito da mesma peça (fls. 2 e 3).

Sob o aspecto formal, observo ainda, que na peça acusatória consta a indicação correta do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além da indicação dos dispositivos da legislação considerados infringidos.

Registre-se ainda, que a descrição da infração na peça acusatória foi clara e determinada. O contribuinte contraditou os termos da acusação fiscal exercendo na plenitude o seu direito de defesa. Ademais, pela descrição dos fatos o contribuinte entendeu do que foi acusado e ofertou a sua defesa de mérito.

Se correto ou não o lançamento sob o aspecto material, é questão que será apreciada no exame de mérito da ocorrência fiscal lançada neste Auto de Infração.

Pedido de nulidade rejeitado.

Passaremos doravante a enfrentar as questões de ordem substancial expostas na peça impugnatória, destacando, logo de início, que o presente PAF foi submetido a duas revisões fiscais, visando a exclusão dos valores relacionados a glosas de crédito efetuadas pelas autuantes.

Os reclamos da defesa se concentraram nas operações com os produtos papel higiênico, bebidas alcoólicas e nas entradas de mercadorias decorrentes de transferências internas, acobertadas por notas fiscais registradas sob o CFOP 1152.

Para o produto papel higiênico, os argumentos defensivos procedem, considerando que essa mercadoria foi expressamente excluída do tratamento tributário previsto nos artigos 1º e 2º do Decreto nº 7.799/2000, por conta da alteração promovida nessa norma pelo Decreto nº 14.372, de 28/03/2013. As operações com essa mercadoria, a partir da alteração normativa mencionada, passaram a ser tributadas integralmente, motivo pelo qual, os créditos apropriados pelo contribuinte são legítimos. Acolhe-se as exclusões da cobrança em relação a este item, promovidas pelas autuantes na última informação fiscal.

No que se refere às bebidas alcoólicas, as alegações empresariais são também pertinentes, observando que até 30/09/2016, essas mercadorias estavam inseridas no regime de substituição tributária, portanto, fora do alcance do benefício para os estabelecimentos atacadistas, previsto no art. 4º do Dec. 7.799/2000.

A partir de 01/10/16, essas mercadorias foram excluídas do regime da ST, conforme disposições do Dec. nº 16.987/2016, e contempladas com a redução da base de cálculo da ordem de 41,176%, de forma que a carga tributária foi reduzida para 15,8824%, considerando a alíquota nominal de 27%. Em contrapartida, o crédito de ICMS nas entradas foi reduzido no mesmo percentual, conforme previsto no art. 29, § 8º da Lei nº 7.014/96. Nessas circunstâncias, o crédito tributário a ser concedido ao contribuinte deverá ser de até 15,8824%, exatamente em conformidade com a última revisão efetuada pelas autuantes.

Em relação às operações de aquisição originárias de transferências (CFOP 1152), objetivando atender o que determina a Súmula CONSEF nº 08/2019, as autuantes mantiveram a integralidade dos créditos destacados nos documentos fiscais, vez que as transferências internas deveriam ter sido efetuadas sem destaque do imposto, e mesmo havendo destaque (débito em uma filial e crédito na filial autuada), esse procedimento não acarretou prejuízo para o erário estadual, visto que saídas subsequentes foram integralmente tributadas. Acolhe-se também aqui as exclusões processadas pelas autuantes na última informação fiscal.

Considerando o acima exposto, esta relatoria acolhe integralmente as alterações na composição do débito promovidas nas revisões fiscais realizadas pela Auditoria, e com base nos fundamentos de fato e de direito retro expostos, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que fica reduzido de R\$ 141.641,63, para R\$ 12.424,59, passando o demonstrativo de débito a ter a seguinte composição por período mensal (fato gerador):

Mês/ano	Débito Apurado
jan/15	143,31
mar/15	480,00
jun/15	318,66
jul/15	226,54
out/15	0,10
nov/15	321,98
dez/15	2,79
Total	1.493,38

Mês/ano	Débito Apurado
jan/16	56,98
fev/16	23,24
mar/16	377,92
abr/16	74,94
mai/16	643,04
jun/16	2.089,98
jul/16	16,51
ago/16	49,44
set/16	0,00
out/16	1.300,54
nov/16	5.950,70
dez/16	347,92
Total	10.931,21

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279462.0011/19-3, lavrado contra **ATACADÃO S/A**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 12.424,59**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a”, e inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos demais consectários legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, em 05 de novembro de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA– JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR