

A. I. N° - 279459.0014/21-1
AUTUADO - WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - FERNANDO ANTONIO CÂNDIDO MENA BARRETO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25/02/2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0006-02/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração parcialmente subsistente em face de exclusão de nota fiscal relativa a mercadoria não enquadrada no regime de substituição tributária. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 07/06/2021, formaliza a exigência de crédito tributário no valor total histórico de R\$ 189.027,15, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

INFRAÇÃO 1 – (001.002.005). Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por antecipação tributária. Valor de R\$189.027,15. Período: Janeiro a Setembro, Novembro e Dezembro 2017, Janeiro a Maio, Outubro e Novembro 2018. Enquadramento legal: Arts. 9º e 29, § 4º, II da Lei 7.014/96, c/c art. 290 do RICMS-BA. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da citada lei.

Consta que o contribuinte se creditou de ICMS na aquisição de mercadorias enquadradas na substituição tributária, conforme demonstrativos analíticos em anexo e gravados em DVD.

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 22 a 38). Reproduz a infração e passa a impugna-la alegando nulidade da autuação por preterição ao direito de defesa da Impugnante, dizendo estar viciada, uma vez que em momento algum, sobretudo nas planilhas Excel “Débito crédito fiscal indevido ST 2017” a “Débito crédito fiscal indevido ST 2018”, há indicação do enquadramento legal respectivo às NFs autuadas. Aduz que o AI se fundamenta na menção a diversas NFs em relação às quais não se deveria ter tomado crédito de ICMS na operação de entrada, sem que o Autuante tenha promovido a fundamentação legal para tanto, deixando de citar a sistemática tributária a que as mercadorias estão submetidas, medida que entende impedir a verificação do montante autuado.

Diz que ainda que hipoteticamente não fosse possível o aproveitamento de crédito de ICMS nas entradas das NFs, não é possível observar a fundamentação da acusação fiscal, o que, entende, evidencia cerceamento ao direito de defesa do Impugnante, pois não há prova quanto à norma de cada item, já que o Autuante se resume a afirmar que os produtos autuados são sujeitos ao regime de ST, afrontando o art. 5º, LV da CF/88 e o 142 do CTN.

Diz, também, que a aplicação da alíquota genérica de 18% para todos os produtos informados nas NFs autuadas torna a autuação ilíquida e incerta, conforme ementa de decisão do TATE-PE, reproduzida.

No item “5. Dos fundamentos de mérito – Da tributação na saída dos produtos, ausência de prejuízo à arrecadação pública”, diz que a Impugnante comercializa “centenas de produtos” que geram dúvidas quanto ao regime tributário a exemplo de Cerveja, Massa de Bolo, Biscoito, Ração e Refrigerantes, objetos da autuação que, inicialmente pode ter ocorrido o creditamento pelas entradas, mas que isso não traz prejuízo ao Fisco, porquanto o desacerto preliminar restaria anulado pela tributação nas saídas das mercadorias, anulando, assim, os efeitos do crédito questionado, o que confirma com juntada de algumas NF-es a título de exemplo (doc. 03 – fls. 77-

96-v).

Aduz que considerando que o processo tributário da Impugnante é promovido por sistemas com configurações pré-definidas, afirma que o fato se repete em todas as NF-es objeto da autuação. Nesse sentido, reproduz ementas de Acórdãos do CONSEF, excerto de doutrina e ementas de decisões judiciais, de modo que alega inexistir previsão legal nem lógica a sustentar a exigência fiscal, devendo o AI ser julgado improcedente.

Seguindo, alega exorbitância da multa aplicada e que duas razões afastam a possibilidade de aplicação de multa em tal patamar: *“(I) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (II) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco”*, pois, no primeiro caso, entende que a penalidade depende de demonstrado flagrante de fraude inexistente no caso e, para o segundo caso, a multa viola os princípios da proporcionalidade e do não-confisco, consagrado no art. 150, IV, da CF/88, conforme decisões do STF, cujas ementas reproduz, razão pela qual requer o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

No item “C. Do *in dubio pro contribuinte*”, pede que seja levado em consideração o benefício da dúvida, conforme o art. 112, do CTN (reproduz).

Concluindo, pede:

- O reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência da exigência fiscal, diante da sua impropriedade;
- Sucessivamente, seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco;
- Que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Impugnante (art. 112 do CTN).

Na informação fiscal, fls. 99/100, reproduzindo o art. 289, o Autuante diz que conforme o Anexo 1, todas as mercadorias elencadas na planilha suporte da autuação constam enquadradas na substituição tributária com fase de tributação encerrada na entrada do estabelecimento autuado, pois são cervejas, biscoitos, absorventes, creme dental, chocolates, ração, refrigerantes, mistura para bolos e água mineral (fls. 107-118) e o contribuinte indevidamente se creditou do imposto destacado nas NF-es de entrada. O Impugnante apresenta às fls. 153-173 NF-es de saídas tentando provar tributação nas saídas, porém, diz, “parece não ter visto e analisando as mesmas, pois as mercadorias lá constantes não apresentam tributação alguma”.

Informa ter colorido as mercadorias constantes das NF-es anexadas pela Defesa para constatar as saídas sem tributação (fls. 153-173) e para provar a inconsistência da alegação defensiva aporta as NF-es de entrada, de modo a demonstrar que o Impugnante parece não ter acesso ao sistema da empresa autuada para constatar a veracidade do AI. Aduz que para cada NF-e associa uma NF-e de saída, destacando a entrada com crédito do ICMS e saída sem débito de ICMS (fls. 119-152).

Sem embargo, exclui o débito relativo à NF-e 300169 referente à mercadoria “mocho mad volvan gd 72 cm” de 19/05/2017, no valor de R\$ 1.044,96, com crédito de R\$188,09, por não está enquadrada na substituição tributária (fl. 104), passando o crédito reclamado em maio 2017 de R\$42.641,67 para R\$42.453,58 (fl. 105), sendo que o crédito total passa de R\$174.889,79 para R\$174.701,70, conforme planilha revista anexada (fls. 101-106), razão pela qual pede seja o AI julgado procedente em parte.

Em nova manifestação do contribuinte (fls. 180/186), o Impugnante repisa a argumentação defensiva, em especial quanto à falta de prejuízo ao fisco ainda que tenha utilizado o crédito fiscal em relação às mercadorias objeto da autuação e enquadradas no regime de substituição tributária, tendo em vista terem posteriormente saído tributadas, como explicado na Impugnação.

Por sua vez, à fl. 218, o Autuante se manifesta mantendo a Informação Fiscal anterior, tendo em vista que nela apreciou toda a argumentação defensiva, especialmente quanto à materialidade do uso indevido do crédito fiscal e falta de tributação das mercadorias como alegado.

VOTO

O lançamento de ofício processado exige o valor de R\$ 189.027,15, acusando uso indevido de crédito fiscal na aquisição de mercadorias sujeitas à antecipação tributária com encerramento da fase de tributação (Infração 001.002.005).

Examinando os autos constato que o PAF está consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados nos autos.

Assim, considerando que: a) conforme recibo e documentos de fls. 16, 17, 19 e 178, bem como do que se depreende das manifestações defensivas, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e § 1º), 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 07-13, 101-106 e CD de fl. 15); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Em preliminar, o Impugnante argui a nulidade do Auto de Infração alegando ausência de indicação da legislação tributária para determinar o regime tributário devido, o que o impediria conferir a autuação e efetuar a defesa da Empresa, e que teria havido uma genérica aplicação da alíquota de 18% para todos os produtos informados nas NFs autuadas, e isso tornaria a autuação ilíquida e incerta, conforme ementa de decisão do TATE-PE, reproduzida. Sem sentido lógico ou jurídico tal argumento, pelas seguintes razões.

A uma, porque, exceto “mocho mad volvan gd 72cm” que, como se verá na apreciação de mérito foi oportunamente excluída da exigência fiscal, as mercadorias objeto da autuação (cervejas, refrigerantes, água mineral, bebida ICE, ração animal, mistura para bolos, pão de queijo, chocolates, biscoitos, fraldas, absorventes íntimos, creme dental, constam do Anexo 1 do RICMS-BA, como enquadradas no regime de substituição tributária, matéria amplamente conhecida no ramo de atividade empresarial do contribuinte autuado (supermercados).

A duas, porque a despeito da alegação defensiva, contradizendo aos fatos, o próprio Impugnante admite que, a despeito de ter feito uso de creditamento de ICMS por ocasião das entradas das mercadorias no estabelecimento, o fisco não foi prejudicado porque elas foram também tributadas por ocasião da posterior saída, argumento este que por também corresponder ao mérito do caso, será também oportunamente apreciado.

A três, porque se vê nos demonstrativos suporte da autuação (fls. 07-15 e 101-106) a especificação da alíquota do ICMS para cada das respectivas mercadorias, bem como o imposto devido para cada operação, cujos valores foram corretamente transportados para o demonstrativo de débito do AI, sendo que a alíquota de 18% ali exposta, sem interferir no crédito constituído, serve apenas para padronizar a base de cálculo do demonstrativo.

Indo ao mérito do lançamento, de logo ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Sem objetivamente protestar quanto aos dados da exação, a Impugnação de mérito consiste em: a) dizer que comercializa “centenas de produtos” que geram dúvidas quanto ao regime tributário a exemplo de Cerveja, Massa de Bolo, Biscoito, Ração e Refrigerantes, objetos da autuação; b) inicialmente pode ter ocorrido o creditamento pelas entradas, mas que isso não traz prejuízo ao fisco, porquanto o desacerto preliminar restaria anulado pela tributação nas saídas das mercadorias, o que confirmaria com juntada de algumas NF-es a título de exemplo (doc. 03 – fls. 77-96-v); c) exorbitância da multa aplicada por: *“(I) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude; (II) a exorbitância da penalidade viola o princípio do não-confisco;* d) pedir que seja levado em consideração o benefício da dúvida, conforme o art. 112 do CTN.

Pois bem, quanto a isto temos que: a) como já dito na apreciação da preliminar, exceto “mocho mad volvan gd 72cm”, corretamente excluído da exação por ocasião da Informação Fiscal de fls. 99-100, com o consequente demonstrativo suporte ajustado para a exigência fiscal, as mercadorias objeto da autuação (cervejas, refrigerantes, água mineral, bebida ICE, ação animal, mistura para bolos, pão de queijo, chocolates, biscoitos, fraldas, absorventes íntimos, creme dental) constam do Anexo 1 do RICMS-BA, como enquadradas no regime de substituição tributária (RICMS-BA: Art. 289), o que impede o creditamento admitido pelo Impugnante e configura a infração acusada; b) ao contrário do pretendido, os elementos de prova apresentados pelo Impugnante (doc. 03 – fls. 77-96-v), objetivamente contrastados pela Autoridade Fiscal autuante (fls. 119-152) comprovam que as mercadorias objeto da acusação fiscal saíram sem tributação no período autuado; c) além de ser a penalidade prevista legalmente para a infração constatada, este foro administrativo não possui competência para apreciar a inconstitucionalidade ou ilegalidade arguida; d) por falta de previsão legal para tanto, o pedido de redução da multa aplicada fica prejudicado, assim como o pedido de aplicação do disposto no art. 112 do CTN, pois dúvida não há quanto à interpretação da normativa a respeito.

Assim, por nada ter a reparar quanto ao procedimento fiscal, acolho o ajuste efetuado por ocasião da Informação Fiscal de fls. 99-100 com o consequente demonstrativo suporte ajustado da infração, para a declarar parcialmente subsistente, cujo valor fica reduzido de R\$189.027,15 para R\$188.839,06, em face da exclusão de R\$188,09 relativo à NF-e 300169 referente a mercadoria não enquadrada no regime de antecipação tributária por substituição com encerramento de tributação, sendo que, do demonstrativo original, altera-se apenas o valor da ocorrência 31/05/2017, que passa de R\$42.641,67 para R\$ 42.453,58.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279459.0014/21-1**, lavrado contra **WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$188.839,06**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 25 de janeiro de 2022

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR