

**A. I. N°** - 146548.0301/05-6  
**AUTUADO** - FRIGORÍFICO NORDESTE ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - HAMILTON DE OLIVEIRA DOS REIS  
**ORIGEM** - INFAZ T. FREITAS  
**INTERNET** - 27.09.2005

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0334-04/05

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. Restou comprovado que o procedimento do autuado não possui amparo legal. Refeito o cálculo, a infração resta parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/03/2005, para exigir o valor de R\$76.367,23, em decorrência do estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Referente a revenda de material de embalagem, para contribuintes adquirentes de serviços de acondicionamentos dos produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino. Bem como utilizou indevidamente crédito fiscal referente estorno de débito sobre Diferencial de Alíquotas nas aquisições de bens para o ativo imobilizado.

O autuado apresentou defesa, às folhas 277/281, impugnando o lançamento tributário, informando que discorda da autuação, alegando que estornou o ICMS destacado nas notas fiscais de revenda de materiais de embalagem e secundários. Diz que prestava serviços de abate de gado bovino, em cumprimento a acordo entre o Ministério Público e a Prefeitura de Teixeira de Freitas e o autuado, para atendimento à Portaria 304/96, do Ministério da Agricultura.

Aduz que ao revender materiais de embalagem e secundários, emite nota fiscal de revenda, destacando o ICMS com alíquota de 17%. Ao realizar a apuração do imposto, estorna o valor destacado nas notas fiscais, uma vez que esses materiais ao entrarem no estabelecimento do autuado, apesar de gerarem direito ao crédito do ICMS, nos termos das alíneas “a”, no caso de revenda, e “b”, no caso de industrialização, do inciso I, do artigo 93 do RICMS, entraram sem o crédito do ICMS, por força do disposto na letra “a” do inciso II, § 5º, artigo 353 do RICMS, o qual transcreveu.

Argumenta que em função do princípio da não comutatividade do ICMS previsto no artigo 114 do RICMS, inciso I, § 2º, do artigo 155 da CF, os quais transcreveu, é que procedeu ao estorno do ICMS destacado nas notas fiscais de revenda de materiais de embalagens e secundários.

Assegura que a empresa que adquiriu os materiais revendidos, em função ao disposto na letra “a”, inciso II, § 5º, art. 353, do RICMS/97, também não creditou o ICMS destacado nas notas fiscais pelo autuado, dizendo anexar cópia do livro de apuração do ICMS da empresa Predileto Comercial de Produtos Alimentícios Ltda., referente ao mês de dezembro/2004.

Assevera que existe erro no demonstrativo do autuante em relação a diferença de alíquota, no mês de fevereiro de 2002, onde o valor correto é R\$226,49, quando o autuante consignou R\$2.266,49.

Ao finalizar, requer a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, fl. 314, ao prestar a informação fiscal, informa que o raciocínio não prospera, tendo em vista não existir alínea nem inciso no § 5º, do art. 353, do RICMS vigente. Logo, a vedação é falsa. O procedimento correto seria a utilização do crédito fiscal destacado no documento fiscal de entrada das mercadorias adquiridas como embalagens e posteriormente, nas saídas para outros contribuintes, tributar a venda do material de embalagem. Diante disto, fica configurado o ilícito fiscal.

Em relação ao cálculo do imposto devido no mês de fevereiro, reconhece que o autuado tem razão, pois o valor correto é R\$226,49.

Ao finalizar, opina pela manutenção parcial da autuação.

### **VOTO**

Da análise das peças que compõem o presente PAF, verifico que o autuante imputa ao autuado o estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Referente a revenda de material de embalagem, para contribuintes adquirentes de serviços de acondicionamentos dos produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino. Bem como utilizou indevidamente crédito fiscal referente estorno de débito sobre Diferencial de Alíquotas nas aquisições de bens para o ativo imobilizado.

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Em sua defesa o autuado sustenta a legalidade do estorno do crédito do ICMS destacado na nota fiscal, amparando sua tese no princípio da não cumulatividade do imposto e aponta erro no demonstrativo referente ao mês de fevereiro de 2002.

Entendo que a infração restou parcialmente caracterizada, pois o argumento defensivo de que houve erro no demonstrativo do diferencial de alíquota de ser acolhido, uma vez que o autuado comprovou haver erro no levantamento do autuante. Na informação fiscal o autuante opinou pela redução do débito referente o mês de fevereiro de 2002, o qual passa a ser de R\$303,23. Entretanto, em relação ao argumento do autuado de que estornou o crédito em decorrência do princípio da não cumulatividade, o mesmo não pode ser acolhido, pois não encontra o amparo em nenhum dispositivo da legislação do RICMS.

Saliento que o direito ao crédito extemporâneo encontra-se regulamentado no art. 101, § 1º, I e II, combinado no presente caso com os art. 93, § 15º e 97, III, todos do RICMS/97, não cabendo ao contribuinte desconsiderar as normas tributárias e criar sua própria maneira de escriturar o crédito fiscal ou o débito.

Ressalto, que o princípio da não cumulatividade encontra-se previsto na sistemática de débito e crédito do imposto, o qual não é objeto da presente lide. A presente lide reside em saber se existe amparo legal para o procedimento adotado pelo autuante, que estorna o débito do imposto destacado nos documentos fiscais. Não resta dúvida que esse procedimento não encontra respaldo na legislação do ICMS. Entendo que o “§ 5º, do artigo 353, do RICMS/97, citado pela defesa não ampara o referido procedimento de estorno de débito, o qual transcrevo para um melhor entendimento:

*“§ 5º Tratando-se de produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino e suíno:*

*Nota: A redação atual do § 5º do art. 353 foi dada pela Alteração nº 49 (Decreto nº 8.853, de 23/12/03, DOE de 24/12/03), efeitos a partir de 01/02/04.*

*Redação anterior dada ao § 5º, tendo sido acrescentado ao art. 353 pela Alteração nº 21 (Decreto nº 7886, de 29/12/00. DOE de 30 e 31/12/00), efeitos de 01/01/01 a 31/01/04: “§ 5º Tratando-se de produtos comestíveis resultantes do abate de aves e de gado bovino, bufalino e suíno, não será exigido o pagamento do imposto referente à substituição tributária quando o abate ocorrer em estabelecimento, situado neste Estado, submetido à inspeção sanitária estadual ou federal, se forem observadas as condições previstas no inciso IX do § 3º do art. 347.”*

*I - fica atribuída ao contribuinte que efetuar a remessa de aves vivas e gado bovino, bufalino e suíno destinado para o abate, a responsabilidade pela antecipação do ICMS relativo às operações internas subseqüentes com os produtos comestíveis resultantes do abate, sendo que o imposto relativo à antecipação tributária englobará o devido na operação com os animais vivos.*

*II - se o abate ocorrer em estabelecimento situado neste Estado que atenda às disposições da legislação sanitária federal e estadual, observado o disposto no § 8º do art. 347:*

*a) fica dispensado o lançamento e o pagamento do imposto relativo às operações internas, próprias e subseqüentes;*

*b) tratando-se de operação de saída interestadual, será emitida Nota Fiscal com destaque do imposto, sem ônus tributário para o emitente, para creditamento do imposto pelo destinatário.”*

Logo, o débito com data de ocorrência de 28/02/2002, deve ser reduzido para R\$303,23, sendo mantido os demais valores.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$74.327,23.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **146548.0301/05-6**, lavrado contra **FRIGORÍFICO NORDESTE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$74.327,23**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2005.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR