

**A. I. Nº** - 279463.0004/10-6  
**AUTUADO** - ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.  
**AUTUANTES** - WILSON FERREIRA DE OLIVEIRA JUNIOR  
**ORIGEM** - IFEP – DAT/SUL  
**INTERNET** - 21.03.2011

### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO JJF Nº 0037-05/11

**EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SAÍDAS SUBSEQUENTES EFETUADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. 3. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO PREVISTA NO DECRETO Nº 7.799/00. SAÍDAS PARA PESSOAS “INAPTAS PERANTE A SEFAZ”. Itens reconhecidos pelo contribuinte. Objeto de pedido de pagamento com os benefícios da Lei nº 11.908/10 (Lei da Anistia Fiscal). 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração totalmente elidida. Os produtos objeto da exigência fiscal não se encontravam submetidos ao regime da substituição tributária. 5. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. O contribuinte cometeu equívocos na classificação tributária de diversos produtos. Alguns itens foram objeto de reconhecimento pelo contribuinte e pagamento com os benefícios da anistia fiscal. Infração parcialmente elidida com a exclusão dos produtos que já se encontravam tributados pelo regime da substituição tributária ou onerados pela alíquota de 7% (pertencentes à cesta básica). Remanesceu para pagamento os itens sujeitos à tributação normal pela alíquota de 17%. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.**

### RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 19/05/2010 para exigir ICMS, no valor total de R\$26.132,06, em decorrência das imputações abaixo descritas:

*Infração 1- Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Ocorrência verificada nos meses de ago, set, out e dez de 2009. Valor R\$ 538,57.*

*Infração 2 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária. Fatos geradores do meses de jul, ago, set, out, nov e dez de 2009. Valor: R\$ 1.343,50.*

*Infração 3 – Deixou de proceder à retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. O contribuinte realizou vendas para contribuintes inaptos deixando de efetuar a retenção do ICMS. Fato verificado nos meses de set, out e nov de 2009. Valor R\$ 2.084,91.*

*Infração 4 – recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte errou na classificação tributária de diversos produtos, deixando de recolher o ICMS na forma disposta na legislação. Ocorrência dos meses de julho a dezembro de 2009. Valor: R\$ 18.217,94.*

*Infração 5 – recolheu a menor o ICMS em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. O contribuinte efetuou vendas para contribuintes inaptos perante a SEFAZ, com redução da base de cálculo prevista no Dec. 7799/00. Fatos geradores dos meses de set, out e nov de 2009. Valor: 3.947,14.*

O autuado, por ocasião da defesa, reconheceu a procedência das infrações 1, 3 e 5.

Após expor nas razões iniciais a ilegalidade do procedimento fiscal, por violação o art. 37, “caput”, da Lei Maior, contestou, no mérito, a íntegra da infração 2 e parte da infração 4, nos valores respectivos, de R\$ 1.343,50 e R\$ 16.420,14.

No tocante ao item 2 afirma que os produtos listados pelo autuante, fls. 12 a 17 dos autos, não se encontram sujeitos ao regime da substituição tributária em face do princípio da especificidade. Assim, as operações com os referidos produtos ensejariam o direito ao aproveitamento de créditos fiscais de ICMS, por se submeterem à tributação normal, verificada por ocasião das saídas das mercadorias (fl. 98 v. e 99).

Para a infração 4, reconheceu inicialmente ser devida a parcela de R\$ 1.797,80, com imposto pago, via DAE, anexado ao PAF. No tocante ao valor remanescente, no total de R\$ 16.420,14, disse que o autuante incorreu em vários equívocos, visto que incluiu no levantamento operações com produtos sujeitos ao regime da Substituição Tributária; produtos com base de cálculo reduzida; produtos com alíquota de 7% e produtos com classificação incorreta na NBM/SH.

Apresentou planilha com a identificação das situações postas na defesa (fls. 101, 101v e 102, do PAF).

Transcreveu trechos de doutrina de juristas pátrios, a exemplo de José Eduardo Soares de Melo, Roque Antônio Carraza e Sacha Calmon Navarro.

Impugnou também as multas aplicadas no Auto de Infração, por considerá-las exorbitantes e violarem o princípio da proporcionalidade. Contestou ainda a aplicação da taxa Selic, sustentando a inconstitucionalidade e a ilegalidade da mesma, com base em entedimento exarado em decisão do STJ. Requereu a realização de perícia.

Ao finalizar formulou pedido pela procedência parcial do Auto de Infração e pela homologação dos valores recolhidos com o benefício da anistia fiscal, no montante de R\$ 8.368,42 (DAE fl. 110).

O autuante, ao prestar informação fiscal (fl. 113/114), acata parcialmente os argumentos defensivos. Mantém inalterada a infração 2, em relação aos produtos aditivos, capas para bancos (acessórios de veículos), confeitos, beb. chop e vinho e pó para sorvete. Modifica o item 4 do lançamento, mantendo a cobrança em relação as operações com os produtos amendoim verinha ovinhos, chocolate granulado; semente de girassol, cobertura de chocolate, milho de pipoca e sidra cereser. Fez a juntada ao PAF de CD contendo novas planilhas de revisão dos cálculos. Pede que o Auto de Infração seja parcialmente mantido e que a empresa seja condenada a efetuar o pagamento de ICMS no valor de R\$ 22.985,07, com os acréscimos legais.

Juntado ao processo, pela Secretaria do Consef através de sua Coordenação Administrativa, relatórios extraídos dos sistemas informatizados da SEFAZ com a indicação do pagamento total das infrações 1, 3 e 5 e parcial, da infração 4 ((fls. 117 a 119).

Distribuído o PAF para a 5ª JF foi determinada a realização de diligência, por ter sido constatado que o contribuinte não fora cientificado das alterações promovidas no lançamento fiscal, fazendo-se, então, necessário o retorno dos autos à Inspetoria de origem, para que fossem adotadas as seguintes providências:

- 1 – Juntar ao PAF as planilhas impressas e o novo demonstrativo de débito, com os valores da infração revisada, por período mensal, no mesmo formato do Auto de Infração;*
- 2 – dar ciência ao autuado do inteiro teor da informação fiscal e dos demonstrativos vinculados, com intimação para que, no prazo máximo de 10 (dez) dias, apresente a suas contra-razões, preservando-se assim o contraditório e a ampla defesa;*
- 3 – Caso fosse juntada pelo contribuinte novos documentos ou fossem articuladas novas razões defensivas, o*

*PAF deveria retornar ao autuante para que este prestasse informação fiscal, na forma do § 6º, do art. 127, do RPAF/99.*

Adotadas as providências acima, o contribuinte atravessou nova petição nos autos (fls. 124 a 126), ocasião em que reiterou seus argumentos no tocante às infrações 2 e 4, expostos na inicial.

O autuante, por sua vez, em nova intervenção, manteve inalterada a infração 2 e promoveu revisão do item 4, conforme demonstrativos apensados às fls. 147 a 156, com a exclusão dos itens listados às fls. 151/152 (cachaça composta, gelatina, sidra cerezer, leite danoninho, doce bel).

Em retorno ao autuado, este mais uma vez reiterou as razões defensivas, conforme se encontra documentado na petição acostada às fls. 159 a 161 dos autos.

## VOTO

O Auto de Infração em exame contém as seguintes acusações:

*Infração 1- Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Ocorrência verificada nos meses de ago, set, out e dez de 2009. Valor R\$ 538,57.*

*Infração 2 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária. Fatos geradores dos meses de jul, ago, set, out, nov e dez de 2009. Valor: R\$ 1.343,50.*

*Infração 3 – Deixou de proceder à retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. O contribuinte realizou vendas para contribuintes inaptos deixando de efetuar a retenção do ICMS. Fato verificado nos meses de set, out e nov de 2009. Valor R\$ 2.084,91.*

*Infração 4 – recolheu a menor ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte errou na classificação tributária de diversos produtos, deixando de recolher o ICMS na forma disposta na legislação. Ocorrência dos meses de julho a dezembro de 2009. Valor: R\$ 18.217,94.*

*Infração 5 – recolheu a menor o ICMS em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. O contribuinte efetuou vendas para contribuintes inaptos perante a SEFAZ, com redução da base de cálculo prevista no Dec. 7799/00. Fatos geradores dos meses de set, out e nov de 2009. Valor: 3.947,14.*

Preliminarmente, há que se declarar em relação às infrações 1, 3 e 5, a inexistência de lide, visto que o contribuinte, na peça defensiva, expressou o reconhecimento das mesmas, tendo inclusive formulado, junto à Administração Tributária, pedido de pagamento do débito com os benefícios da Lei nº 11.908/2010. Na mesma ocasião foi também reconhecida parte do débito que compõe a infração 4, com o pedido de pagamento com os mesmos benefícios, para as operações com os produtos Tequila, creme avelã/cacau. Elaborada a petição acostada a fl. 82/83, com o respectivo demonstrativo, no importe total de R\$ 8.368,42, o pagamento foi efetuado em 31/05/2010, conforme atesta o DAE anexado à fl. 110 do PAF.

Remanesce em discussão, portanto, a totalidade da infração 2 e parte da infração 4.

O pedido de perícia ou diligência formulado na inicial não merece acolhida, visto que as revisões efetuadas pelo autuante e os elementos de prova trazidos aos autos pelas partes são suficientes para a formação do meu convencimento, conforme será melhor detalhado no exame das questões de mérito.

No que tange à infração 2, assiste razão ao autuado, visto que os produtos objeto da exigência fiscal não sem encontram submetidos ao regime da substituição tributária.

Conforme foi frisado na peça defensiva o produto AUTOM. ADITIVO P/RADIADOR – NCM 38249041, não está inserida no Convênio n.º 110/2007 e no RICMS/Ba, que trata do regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo.

Já o produto AUTOM. CAPA P/ CARRO – NCM 63079090, não faz parte do Protocolo 41/2008 que, dispõe sobre a substituição tributária nas operações interestaduais de peças e acessórios para veículos. Também não se encontra inserido no regime da antecipação tributária interna, em

disposição expressa do RICMS/Ba.

Da mesma forma o produto CONFEITO M&M'S AMENDOIM, não faz parte do art. 353, II, 8.5, do RICMS/BA. É em verdade o produto amendoim com a cobertura de chocolate, não se confundindo com o chocolate propriamente dito.

Em relação ao PÓ SORV.YOKI CHOC., o mesmo não está classificado na posição 353, II, 8.1, do RICMS/Ba, que abrange sorvetes, picolés e preparados para fabricação de sorvetes em máquinas - NCM 2105.00, 1806, 1901 e 2106.

O produto BEB. CHOPP & VINHO LECKER não está no Decreto n.º 11.462/2009, que procedeu à alteração nº 116 ao RICMS/BA e alterou o art. 353, II, RICMS/BA, especificamente no subitem 2.1.

Assim, em virtude das mercadorias acima mencionadas não estarem sujeitas ao regime da substituição tributária, o crédito fiscal que foi aproveitado na escrita da autuada é legítimo. Em consequência, o item 2 do Auto de Infração é IMPROCEDENTE.

Para a infração 4 a discussão gravita em torno do regime de tributação das mercadorias: milho para pipoca, pirulito Dori, amendoim verinha ovinhos, cobertura de chocolate Harald, Nestlé, e Garoto, Girassol Campo Belo. Após a última revisão efetuada pelo autuante, remanesceu, para a autoridade fiscal, o débito de ICMS R\$ 11.350,49, de acordo com as planilhas anexadas às fls. 153 a 156 do PAF.

Convém, entretanto, ressaltar que a exclusão feita pelo autuante dos produtos Sidra Cerezer, gelatina Sol, leite Danoninho cachaça composta e doce bel foi correta, não havendo erro no tratamento tributário dado pelo contribuinte às referidas mercadorias.

Em relação às parcelas remanescentes, vinculadas aos produtos acima listados, também assiste razão em parte ao autuado quanto ao pedido de exclusão. As coberturas de chocolate e pirulito são produtos da substituição tributária, inseridas no art. 353, II, item 8.5, do RICMS/Ba. O milho de pipoca, efetivamente, faz parte da cesta básica, tributado à alíquota de 7%, sendo indevida a cobrança da diferença de imposto para a alíquota de 17%.

Para os produtos Amendoim Verinha Ovinhos e Girassol Campo Belo, no entanto, não houve contestação expressa por parte do contribuinte, nem demonstração de que o imposto exigido para estes itens foi recolhido espontaneamente, remanecendo assim, sem pagamento, as parcelas abaixo indicadas, juntamente com os valores reconhecidos para homologação do pagamento:

DATA	VL PAGO (ANISTIA)	VL. NÃO RECOLHIDO	TOTAL
09/08/2009	R\$ 95,80	R\$ 37,16	R\$ 132,96
09/09/2009	R\$ 205,22	R\$ 74,32	R\$ 279,54
09/10/2009	R\$ 245,79	R\$ 0,00	R\$ 245,79
09/11/2009	R\$ 306,17	R\$ 18,35	R\$ 324,52
09/12/2010		R\$ 26,65	R\$ 26,65
09/01/2010	R\$ 944,82	R\$ 0,00	R\$ 944,82
<b>TOTAL</b>			<b>R\$ 1.954,28</b>

Portanto, com os ajustes efetuados no curso da instrução processual, a infração 4 é procedente em parte, conforme valores indicados na tabela acima, devendo ser homologadas, pela autoridade fiscal competente as parcelas já recolhidas pelo contribuinte com os benefícios da lei da anistia fiscal.

No tocante à alegação de excessividade ou desproporcionalidade das multas aplicadas no Auto de Infração. Esta arguição defensiva não pode ser acolhida, visto que as imposições fiscais decorrem de expressa previsão da Lei nº 7.014/96. Ademais, é vedado aos órgãos administrativos de julgamento deixar de aplicar as regras que compõem o ordenamento jurídico-tributário, nos termos do que estabelece o art. 167 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Somente no âmbito do Poder Judiciário poderá o contribuinte buscar a revisão do ato administrativo, cuja constitucionalidade, até decisão final daquele Poder, é presumida.

Relativamente à taxa Selic, aplica-se também o mesmo raciocínio acima exposto quanto à impossibilidade dos órgãos administrativos de julgamento deixaram de aplicar norma expressa contida no ordenamento jurídico estadual. Voltamos a frisar que postulação visando declarar a inconstitucionalidade ou adequar a norma aos ditames ou princípios da Lei Maior só poderá ser acolhida em ação movida junto ao Poder Judiciário, a quem é conferida a prerrogativa de decidir as lides com a força da coisa julgada.

Frente ao exposto nosso voto é pela procedência parcial do Auto de Infração, devendo o PAF ser remetido à autoridade fazendária competente para que proceda à homologação das quantias já recolhidas pelo contribuinte.

## 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 **279463.0004/10-6**, lavrado contra **ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 8.524,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “e”, e VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos pelo sujeito passivo.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de fevereiro de 2011.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA