

**A. I. Nº** - 279463.0007/10-5  
**AUTUADO** - BRACOL HOLDING LTDA.  
**AUTUANTES** - KÁTIA MARIA DACACH M. FRÁGUAS e WILSON FERREIRA DE O. JÚNIOR  
**ORIGEM** - IFEP SUL  
**INTERNET** - 25. 04. 2011

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0096-01/11**

**EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. FALTA DE PAGAMENTO. a) DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. b) DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO.** Para efeito de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento (art. 4º, XV, da Lei nº 7.014/96). Na informação fiscal, foram efetuadas correções no cálculo do imposto. Efetuadas correções no cálculo do imposto devido no primeiro item do lançamento, o qual subsiste parcialmente. Mantida inalterada a exigência fiscal quanto ao segundo item. Afastada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 30/06/10, para exigir ICMS, no valor de R\$ 246.107,83, em razão das seguintes irregularidades:

1- Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro a abril e junho a dezembro de 2005, janeiro a agosto de 2006 e junho e julho de 2007. Foi lançado imposto no valor de R\$ 98.712,16, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte se debitou no RAICMS (livro Registro de Apuração de ICMS) de valores inferiores ao encontrado pela fiscalização, tendo tal fato decorrido de erro de cálculo e/ou erro na classificação de materiais de consumo como insumo.

2- Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro de 2005 a setembro de 2006, maio a outubro de 2007. Foi lançado imposto no valor de R\$ 147.395,67, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte deixou de recolher a diferença de alíquota por não se debitar/debitar a menos dos valores demonstrados na fiscalização.

O autuado apresenta defesa (fls. 173 a 179) e, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa. Afirma que, na autuação, foram arrolados produtos que não são destinados ao seu uso e consumo, mas sim que integram o seu processo produtivo ou são materiais de embalagem, a exemplo de: a) “Pallet Madeira Padrão”, que é um material de embalagem, pois serve para arrumar os produtos durante o transporte; b) “Barbante de Algodão Popular”, utilizado para costurar os sacos de rafia de farinha de carne/osso; c) “Clorito Sódio BB 240L”, empregado na conservação das barrigadas (tripas); d) “Busan 1355”, destinado a evitar a vermelhidão no couro; e) “PA C/O Comp Resf”, trata-se de ponta de agulha, mercadoria comercializada pela empresa. Afirma que a inclusão desses produtos na autuação impede o

exercício do seu direito de defesa, infringindo princípios assegurados pela Constituição Federal, insculpidos no artigo 5º, inciso LV. Menciona que um dos meios inerentes à ampla defesa é a demonstração dos motivos que levaram à autuação, o que diz não ter ocorrido no presente caso, no qual a fiscalização arrolou produtos que integram o seu processo produtivo. Cita doutrina e transcreve o disposto no art. 18, II, IV, “a”, do RPAF/99.

No mérito, o autuado afirma que a autuação não merece prosperar, pois as mercadorias relacionadas no lançamento não estão sujeitas ao recolhimento de ICMS, já que são utilizadas na conservação, desinfecção, embalagem ou até mesmo são destinadas à revenda. Aduz que as empresas de alimentos estão submetidas a normas de diversos órgãos do Ministério da Agricultura (ANVISA-SVS, DIPOA, SIF, etc.), de forma que não lhe é facultada a conservação e a embalagem de suas mercadorias. Diz que, dentre outros, os produtos químicos listados na autuação atendem a características impostas pela ANVISA, para a conservação das mercadorias. Transcreve o disposto no art. 2º, inc. IV, da Lei nº 7.014/96, e, em seguida, afirma que as mercadorias relacionadas na autuação não se destinam ao uso e consumo e estão vinculadas à operação subsequente. Frisa que o “destino” dos produtos foi descrito pelos autuantes na planilha que instruiu a autuação, o que diz demonstrar a insubsistência do lançamento.

Sustenta que a multa indicada na autuação, no percentual de 60%, merece ser cancelada, pois não agiu de forma fraudulenta. Diz que a referida multa não é proporcional à infração e possui a natureza de confisco, contrariando o disposto no art. 150, inc. IV, da Constituição Federal.

Ao finalizar sua defesa, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente. Requer que a multa seja excluída, ante o seu caráter confiscatório. Pede que as intimações acerca do feito sejam realizadas em nome do seu advogado, no endereço que declina.

Na informação fiscal, fls. 184 e 185, o auditor fiscal Wilson Ferreira de Oliveira Júnior, após historiar o processo, diz que a preliminar de nulidade suscitada na defesa fica prejudicada com a própria argumentação de mérito, na qual o autuado comprovou que entendeu bem a autuação e sabe do que está sendo cobrado. Frisa que o fato de alguns itens citados no Auto de Infração não se destinar ao consumo não invalida o lançamento, mas apenas o torna parcialmente procedente.

Adentrando no mérito, o autuante admite que o argumento defensivo procede no que tange aos produtos “Clorito de sódio BB 240I”, “Ledercid LC”, “Greenhide 06”, “Lacre metálico” e “Cinta Reforço”. Explica que, em relação ao “pallets” não assiste razão ao autuado, pois não se trata de material de embalagem, mas sim bens do ativo, já que os referidos bens são retornáveis. Às fls. 187 a 201, o autuante fez a apuração do imposto devido, tendo as infrações 1 e 2 passado para, respectivamente, R\$ 95.998,19 e R\$ 145.545,01, consoante o demonstrativo apresentado à fl. 186, o que totaliza R\$ 241.543,20.

O autuado, na pessoa do seu advogado, foi notificado acerca do resultado da informação fiscal e recebeu cópia dos novos demonstrativos, fl. 203, porém não se pronunciou.

## **VOTO**

No Auto de Infração em epígrafe, o autuado foi acusado de ter deixado de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições efetuadas em outras unidades da Federação de produtos destinados ao uso e consumo e ao ativo permanente do próprio estabelecimento, conforme demonstrativos às fls. 11 e 12, 13 a 55, 56 a 74, 75 a 87.

Preliminarmente, o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, argumentando que no lançamento foram listados produtos que não se destinavam ao uso e consumo do próprio estabelecimento, mas sim que integravam o seu processo produtivo e outros que se classificavam como embalagens, conforme exemplos que citou.

Essa preliminar de nulidade não merece guarida, pois a descrição dos fatos feita no Auto de Infração, o enquadramento legal utilizado e os demonstrativos elaborados pela autuante deixam clara a acusação que foi imputada ao sujeito passivo e permitem o pleno exercício do direito de

defesa, já que os referidos demonstrativos contêm os dados utilizados na apuração das irregularidades imputadas ao autuado e dos valores exigidos no lançamento tributário de ofício.

Um eventual erro na classificação de alguns produtos é uma questão de mérito, que não impede que se determine a natureza da infração, o infrator e nem o montante do débito. Esse tipo de erro pode ser sanado – e no caso em tela o foi, conforme veremos mais adiante. Além disso, essa correção foi informada ao autuado, o qual recebeu cópia dos novos elementos e teve o prazo de lei para se pronunciar, caso assim desejasse.

Em face do acima exposto, afasto a preliminar de nulidade suscitada na defesa.

Para efeito de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento (art. 4º, XV, da Lei nº 7.014/96).

Em sua defesa, o autuado indica equívocos na classificação de cinco produtos, que, segundo seu entendimento, não ensejariam a cobrança do diferencial de alíquotas, pois se tratava de materiais de embalagens e de insumos de seu processo produtivo.

O auditor fiscal autuante incumbido de prestar a informação fiscal, com base nos argumentos trazidos na defesa, revisou os levantamentos realizados durante a ação fiscal e acolheu parcialmente os argumentos defensivos.

No tocante ao produto “*pallets* de madeira”, o autuante manteve a exigência fiscal, sob o argumento de que esse produto, apesar de ser empregado no transporte de mercadorias, era retornável e, assim, não se classificava como material de embalagem. Não vislumbro correção a fazer nesse posicionamento do autuante e, dessa forma, é devido o pagamento do ICMS decorrente da diferença de alíquotas, nos termos da legislação tributária estadual.

Ressalto que os produtos “Barbante de Algodão Popular”, “PA C/O Comp Resf” e “Busan 1355” não constaram na relação dos originalmente incluídos na autuação (fls. 56 a 74) e nem na relação retificada após a informação fiscal (fls. 189 a 201). Ademais, o autuado foi notificado do resultado da informação fiscal e, no entanto, não se pronunciou, o que interpreto como um reconhecimento tácito do acerto das retificações efetuadas pelo autuante.

O autuante acatou o argumento defensivo quanto aos produtos “Clorito de Sódio BB 240I”, “Ledercid LC”, “Greenhide 06”, “Lacre Metálico” e “Cinta Reforço” e, em consequência, refez a apuração do imposto devido, tendo encontrado os débitos de R\$ 95.998,19 (infração 1) e R\$ 145.545,01 (infração 2), o que totalizou R\$ 241.543,20.

Em face do acima exposto, em relação à infração 1, foram corretas as exclusões efetuadas pelo autuante na informação fiscal, uma vez que os produtos “Clorito de Sódio BB 240I”, “Ledercid LC”, “Greenhide 06”, “Lacre Metálico” e “Cinta Reforço” são insumos consumidos no processo produtivo do autuado, e não materiais de uso e consumo. Dessa forma, acolho sem ressalvas o resultado da infração fiscal, para julgar a infração 1 procedente em parte no valor de R\$ 95.998,19, conforme o demonstrativo à fl. 186.

No que tange à infração 2, saliento que a redução do débito dessa infração na informação fiscal foi decorrente da retificação efetuada na infração 1, conforme passo a demonstrar.

Ao tratar da infração 1, o autuante excluiu valores referentes a “Clorito de Sódio BB 240I”, “Ledercid LC”, “Greenhide 06”, “Lacre Metálico” e “Cinta Reforço”. Em razão dessas exclusões, como se depreende dos demonstrativos de fls. 11/12 e 187/188, nos meses de setembro de 2006, maio, agosto, setembro e outubro de 2007, o valor debitado pelo autuado em relação ao ICMS decorrente da diferença de alíquotas nas entradas de materiais de consumo terminou por ficar superior ao devido em, respectivamente, R\$ 257,28, R\$ 683,05, R\$ 155,57, R\$ 466,71 e R\$ 469,94. Desse modo, o autuante, na informação fiscal, deduziu esses valores debitados a mais com os devidos na infração 2, a qual trata da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença de alíquotas de bens destinados ao ativo

imobilizado.

Com o devido respeito ao posicionamento do autuante na informação fiscal, não vislumbro amparo legal para que se deduza os valores debitados a mais na infração 1 (diferença de alíquotas nas entradas de materiais de uso e consumo) dos devidos na infração 2 (diferença de alíquotas nas entradas de bens destinados ao ativo imobilizado). Dessa forma, mantenho os valores originalmente cobrados na infração 2 e, portanto, essa infração subsiste integralmente.

A multa indicada na autuação está correta e é a prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f”, para as irregularidades que foram apuradas, Não havendo o alegado caráter de confisco. Ademais, saliento que, ao teor do disposto no art. 167, inc. I, do RPAF/99, não cabe a este órgão julgador administrativo questionar a constitucionalidade da legislação tributária estadual.

Não há como acolher o pleito defensivo de cancelamento ou redução da multa indicada no Auto de Infração, uma vez que se trata de multa por descumprimento de obrigação tributária principal e, portanto, além da competência das Juntas de Julgamento deste CONSEF. Poderá o autuado, querendo, solicitar pedido de dispensa ou redução de multa por descumprimento de obrigação principal, ao apelo da equidade, em petição específica para este fim, dirigida à Câmara Superior do CONSEF, observando as condições e procedimentos previstos no art. 159 do RPAF/99.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$ 241.543,20, ficando o demonstrativo de débito conforme o apresentado à fl. 186.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279463.0007/10-5**, lavrado contra **BRACOL HOLDING LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$241.543,20**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de abril de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR