

A. I. N° - 298932.0002/11-0
AUTUADO - ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.
AUTUANTE - ANNA CRISTINA ROLLEMBERG NASCIMENTO e JOSÉ LUIZ SANTOS SOUZA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 02.12.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0299-02/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração reconhecida. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE SAÍDA DE MERCADORIA. Autuantes reconheceram que no levantamento fiscal, por se tratar de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e operação com produtos com base de cálculo reduzida a 100%. Infração insubstiente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. **a)** DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. **b)** DESTINADAS AO CONSUMO. Infração reconhecida. Não acolhida a arguição de nulidade. Negado o pedido de perícia, considerando que os autuantes acataram os argumento e documentos apresentados de defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 31/03/2011, para constituir o crédito tributário ao ICMS no valor histórico de R\$191.203,34, em razão de:

Infração 01 – 01.02.06 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$32.437,23, referente à mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

Infração 02 – 01.02.02 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$159,65, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

Infração 03 – 03.02.02 - Recolhimento a menor de ICMS, no valor de R\$4.646,68, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Infração 04 – 06.01.01 - Falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$148.170,28, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Infração 05 – 06.02.01 - Falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$5.789,50, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

O autuado, às folhas 85 a 112, ao impugnar parcialmente o lançamento tributário, mediante advogado habilitado nos autos, argüiu nulidade por entender que teve seu direito cerceado em razão dos livros e documentos Fiscais encontrava-se em poder da fiscalização após o encerramento da mesma e dentro do prazo de impugnação do lançamento de ofício, estando a defesa prejudicada em parte por não poder apresentar ao órgão julgador os demonstrativos de

lançamentos fiscais e documentos fiscais que serviram de base para o regular recolhimento do ICMS levantado na apuração fiscal. Caso não seja anulado, requer a devolução de prazo para a apresentação de nova defesa a contar da data de entrega dos referidos livros e documentos fiscais ao autuado.

Alega ilegalidade de parte do lançamento de ofício, pois foi fundamentado em fatos não previstos em lei e assim sendo tornando-o nula por vício formal, citando o artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, o artigo 97, inciso V do CTN e doutrinadores sobre o tema.

No mérito, entende que parte do lançamento é improcedente.

Em relação a infração 01, alegando que há situações de operações de devolução de mercadorias e operações com mercadorias sujeitas a tributação normal do ICMS, a saber:

No que se refere às operações de DEVOLUÇÃO E DO RETORNO DAS MERCADORIAS o autuado procedeu de acordo com o previsto no parágrafo único do art. 651 do RICMS/BA. Houve por parte do sujeito passivo da obrigação tributária apenas o erro material no tocante ao preenchimento do documento fiscal em desacordo com o art. 362 do RICMS-BA referentes às mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária-ST, contudo, a operação de devolução não causou qualquer prejuízo à Fazenda Estadual considerando que foram tomadas as mesmas bases de cálculos e alíquotas de imposto constante do documento originário, ou seja, o valor do imposto lançado a crédito na entrada da mercadoria foi igual ao valor lançado a débito na escrita fiscal do Autuado em razão da devolução integral ou, parcial da mercadoria, como passou a demonstrar:

a) Produto: CARNE BOV. PALETA C/ MUSC.

Remetente: Friboi Ltda - Nota Fiscal nº 053960 - Data: 25.05.2006 – R\$2.050,64 - ICMS R\$143,54;

Destinatário: Atacadão - Nota Fiscal nº 692421 (devolução de mercadoria recebida) - Data: 31.05.2006 – R\$2.050,64 - ICMS R\$143,54.

b) Produto: BACON DEF. SÃO MATEUS

Remetente: São Mateus F. Industrial Ltda - Nota Fiscal nº 834650 - Data: 28.08.2006 – R\$995,75 - ICMS R\$119,49;

Destinatário: Atacadão - Nota Fiscal nº 766740 (devolução de mercadoria recebida) - Data: 30.08.2006 – R\$ 995,75 - ICMS R\$ 119,49.

c) Produto: CARNE BOV. PALETA C/ MUSC.

Remetente: Friboi Ltda - Nota Fiscal nº 19299 - Data: 29.08.2006 – R\$7.850,94 - ICMS R\$549,56;

Destinatário: Atacadão - Nota Fiscal nº 769660 (devolução de mercadoria recebida) - Data: 02.09.2006 – R\$7.850,94 - ICMS R\$549,56;

d) Demais produtos – apresentou tabela, fl. 94 demonstrado a descrição dos produtos, base de cálculo, valor do ICMS, número da nota fiscal do remetente e número da nota fiscal de devolução, informando que deixou de apresentar parte dos documentos fiscais correspondente em razão de os mesmos estarem em poder dos autuantes.

Entende que o lançamento de ofício deve ser julgado procedente em parte, considerando que, houve operações de devoluções de mercadorias, bem como, o crédito do imposto não foi utilizado indevidamente na forma apostila no auto de infração.

Infração 02 – Reconhece a procedência do crédito fiscal apurado pelo preposto fiscal.

Infração 03 – Aduz que preposto fiscal considerou que o autuado recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas sem razão, uma vez que, no ofício da verificação fiscal o preposto fiscal deixou de considerar diversas situações tributárias, a saber:

1. produtos com redução de base de cálculo em 100%;
2. produtos sujeitos ao regime da substituição tributária;

3. classificação do produto de acordo com a NCM/SH.

Informa que, com a finalidade de facilitar a identificação do produto e sua real situação tributária, colaciona à defesa, fls. 97 e 98, planilha contendo a listagem dos produtos, valores e embasamento legal.

Aduz no que se refere aos produtos sujeitos ao regime da substituição tributária não há que se falar em diferença de imposto em virtude do encerramento da fase de tributação, a teor do art. 353 do RICMS. A título de amostra o Auditor Fiscal relacionou em sua planilha o seguinte produto:

a) PRODUTO: ADITIVO AUTOMOTIVO - AUTOM. ELIMINADOR FUMAÇA DRAFT - AUTOM.LIMP.INJET/CARBUR.DRAFT - NCM 38112140: Estes produtos estão inseridos no Convênio nº 03/1999 e 110/2007, que tratam do regime de substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo.

b) PRODUTO: SAL CHURRASCO LEBRE e SAL BOM SABOR SACHE: Trata-se de operação interna com sal de cozinha. Estes produtos têm base de cálculo do ICMS reduzida a 100% (cem por cento), a teor do art. 87, XXX, do RICMS, por conseguinte, não há débito de imposto.

Resume que, não procede a diferença de ICMS apontada na planilha acima, uma vez que, se trata de operações sujeitas ao regime da substituição e operação com produtos com base de cálculo reduzida a 100% (cem por cento).

Infração 04 – Frisa que se trata de Operação de Venda para Entrega Futura prevista no art. 411 do RICMS.

Reconhece a procedência dos seguintes créditos tributários:

a) Produto: Geradores e Partes 1x1

Código: 163.728.999

Base de cálculo = R\$ 189.250,00

DIFAL a pagar = R\$ 18.925,00.

b) Produto: Câmara Frigorífica Modula 1x1

Código: 163.738.999

Base de cálculo = R\$ 32.495,55

DIFAL a pagar = R\$ 3.249,56

Aduz que as diferenças de alíquotas dos produtos abaixo descritos foram recolhidas por outro estabelecimento filial da empresa situada nesta Capital, inscrita no Cadastro do ICMS sob o nº 069.287.831 (Loja Cajazeiras).

a) Produto: INSTAL PRODUÇÃO DE FRIOS 1x1

Código: 163.759.999

Base de cálculo = R\$ 1.250.000,00

DIFAL a pagar = R\$ 125.000,00

b) Produto: Cofre NS 1200 1x1

Código: 163.725.999

Base de cálculo = R\$ 3.450,00

DIFAL a pagar = R\$ 345,00

Código: 163.726.999

Base de cálculo = R\$ 9.957,20

DIFAL a pagar = R\$ 995,72

Entende que a imposição fiscal não deve prosperar porque o imposto foi apurado com base em Nota Fiscal de Simples Faturamento (Loja Barros Reis/Autuada), cujo destaque do ICMS é vedado pelo Convênio SINIEF s/nº de 15/12/70 e Ajuste SINIEF 01/87. De acordo com o parágrafo único do art. 411 do RICMS nessa hipótese o ICMS só será lançado por ocasião da efetiva saída da mercadoria.

Argumenta que o princípio da legalidade exige que a lei descreva rigorosamente os procedimentos a serem adotados pela Fazenda Pública, para o lançamento do tributo, bem como as medidas que deve tomar, para o seu recolhimento e fiscalização. O lançamento é um ato administrativo do tipo vinculado. O agente fiscal não é livre para lançar ou deixar de lançar, nem lançar de modo diverso ao predeterminado pela lei. Também, deve-se levar em consideração que o art. 114-A do RICMS/BA permite a compensação de saldos credores e devedores entre estabelecimento do mesmo sujeito passivo localizado no Estado da Bahia.

Informa que na data de 09/08/2006 foi pago o ICMS no valor de R\$ 399.833,42, conforme DAE, que acosta, com o Código de Receita 0759, conforme demonstração abaixo:

Filial Cajazeiras

DAE

I.E. nº 069.287.831

CNPJ nº 75.315.333/0058-44

Código de Receita: 0759

ICMS Recolhido R\$399.833,42

Data do Recolhimento: 09.08.2006

Acrescenta que esta filial foi inaugurada na data de 07/09/2006, assim, as operações de comércio de mercadoria iniciaram-se a partir desta data. Em verdade ocorreu o seguinte:

- a) O estabelecimento Matriz da empresa situado na Cidade de São Paulo-SP é o responsável pelo projeto, construção e aquisição de equipamento para edificação e montagem de suas filiais localizadas em diversos Estado da Federação;
- b) A filial situada nesta Capital no bairro de Cajazeiras (I.E. n.º 069.287.831), na data de 13 de junho de 2006, época da aquisição dos equipamentos em discussão, não estava inscrita no cadastro do ICMS, por conseguinte, foi fornecido o número da inscrição estadual da filial situada na Avenida Barros Reis (I.E. nº 57.746.966) para emissão da Nota Fiscal para simples faturamento, já que os equipamentos seriam destinados à montagem da Filial situada no bairro de Cajazeiras (inscrita no Cadastro do ICMS em 03/07/2006) esta não possuía estrutura física e administrativa-financeira à época da menciona operação de compra do equipamento.
- c) Em 03 de julho/2006 a filial localizada no bairro de Cajazeiras já possuía inscrição estadual e, por conseguinte, assumiu o pagamento de todo o investimento para a construção da loja, inclusive o recolhimento do ICMS; evidentemente os valores destinados aos pagamentos de impostos e faturas foram repassados pelo estabelecimento Matriz e levados ao centro de custo da referida filial.
- d) O crédito fiscal resultante de diferenças de alíquotas interestaduais em discussão foi recolhido em 09 de agosto de 2006, com base no recebimento efetivo da mercadoria através de Nota Fiscal Remessa-Entrega Futura constando às informações da nota fiscal de simples faturamento emitida em 13 de junho de 2006.
- d.1) A fim de demonstrar o efetivo recolhimento do ICMS o autuado informa que acosta ao PAF, um demonstrativo constando valor total das operações realizadas naquele mês pela filial de Cajazeiras, a descrição dos produtos, o valor dos produtos, os números das notas fiscais que serviram de base para a apuração da diferença de alíquotas que, resultou no valor do ICMS de R\$399.833,42.

d.2) De igual forma, demonstra abaixo os valores inseridos no mencionado demonstrativo no item anterior e que serviram de base para a autuação, salientando que os produtos foram recebidos e instalados na loja de Cajazeiras, apesar de as notas fiscais de simples faturamento terem sido entregues na loja de Barros Reis/Autuada:

Demonstração:

Barros Reis	Cajazeiras												
Autuada	Pagamento												
I.E.57746966	I.E.601644363												
Nota Fiscal Faturamento	Nota Fiscal Remessa	Data	Alíquota	UF Emitente	Valor	Alíquota	DIFAL R\$	CFOP	Dt. Dif.	Produtos	CNPJ		
662	712	24/07/06	7,00%	SP	13.407,20	10,00%	1.340,72	2551	jul-06	Conjunto de cofre/cofre	06853629000160		
67877	21031	21/07/06	7,00%	SP	86.625,00	10,00%	8.662,50	2551	jul-06	Condensador - CAMARA DE FRIOS	51873883000185		
67877	21032	21/07/06	7,00%	SP	66.150,00	10,00%	6.615,00	2551	jul-06	Condensador - CAMARA DE FRIOS	51873883000185		
67877	68642	18/07/06	7,00%	PR	76.958,71	10,00%	7.695,87	2551	jul-06	Expositor Congelados / Refrigerados	76498179000110		
67877	68681	20/07/06	7,00%	PR	46.958,71	10,00%	4.645,62	2551	jul-06	Expositor Refrigerados	76498179000110		
67877	68641	18/07/06	7,00%	PR	74.452,86	10,00%	7.445,29	2551	jul-06	Expositor Congelados	76498179000110		
67877	68706	20/07/06	7,00%	PR	57.534,31	10,00%	5.753,43	2551	jul-06	Expositor Congelados / Refrigerados	76498179000110		
67877	68661	19/07/06	7,00%	PR	52.503,12	10,00%	5.250,31	2551	jul-06	Expositor Congelados / Refrigerados	76498179000110		
67877	68715	20/07/06	7,00%	PR	169.377,68	10,00%	16.937,77	2551	jul-06	Tubulação / Valvulas / Condensador	76498179000110		
67877	68305	21/07/06	7,00%	PR	427.818,53	10,00%	42.781,85	2551	jul-06	Casa de Máquinas	76498179000110		
67877	68711	20/07/06	7,00%	PR	138.905,71	10,00%	13.890,57	2551	jul-06	Casa de Máquinas	76498179000110		
67877	68712	20/07/06	7,00%	PR	21.406,06	10,00%	2.140,66	2551	jul-06	Casa de Máquinas	76498179000110		
										1.232.097,89	123.159,59		

Argumenta que ocorreu erro material por parte do autuado no que concerne às disposições comuns às vendas para entrega futura, considerando que, em se tratando de filial da mesma empresa no Estado da Bahia o estabelecimento autuado poderia ter recolhido do imposto com base na sua inscrição estadual e/ou simplesmente transferir o saldo devedor do ICMS para o outro estabelecimento recolher o imposto. Enfim, na prática este foi o procedimento adotado pela filial Autuada, ou seja, transferiu a responsabilidade de pagamento do imposto para a filial de Cajazeiras, pois, esta foi a destinatária dos produtos sujeitos ao pagamento do diferencial de alíquota. O importante é que a obrigação principal foi cumprida de acordo com as normas regulamentares já que o estabelecimento que efetivamente recebeu e utilizou o produto em suas instalações apurou e recolheu o ICMS devido a título de diferenças de alíquotas exigidas nesse auto de infração.

Lembra que o fato gerador do diferencial está regulamentado no Art. 5º do RICMS. Com o recolhimento do diferencial de alíquota o contribuinte passa a ter direito ao crédito do ICMS referente à aquisição de bens do ativo imobilizado conforme Art. 93 Inciso V do RICMS/BA.

Aduz que, na remota hipótese de prosperar a exigência fiscal, a autuada requer a declaração de direito do total crédito do ICMS, referente à diferença de alíquota recolhida e a recolher.

Conclui que, diante do exposto, não pode prosperar à exigência de novo pagamento de diferença de alíquotas considerado que, o imposto foi recolhido pelo estabelecimento da empresa que efetivamente recebeu os produtos em discussão.

Infração 05 – Diz que reconhece a procedência do lançamento do tributo.

Observa que na medida em que o Fisco exige o recolhimento de ICMS quando da aquisição de mercadorias e em contrapartida veda, restringe ou condiciona o correspondente crédito, está negando vigência à norma prevista no mencionado Artigo 155, §2º, I, da Carta da Federação. Em suma, o direito ao crédito fiscal é constitucional; a exigência de pagamento do imposto sobre as operações de devolução com mercadorias sujeita ao regime da substituição tributária é ilegal e a exigência de pagamento do imposto sobre valores constantes em documentos fiscais emitidos para simples faturamento também é ilegal.

Entende que as multas aplicadas são exorbitantes, argüindo inconstitucionalidade e cita doutrina.

Quanto aos juros com base na SELIC diz que são abusivos, entretanto de nada adianta a esfera administrativa insistir nesse entendimento, face a gritante inconstitucionalidade e ilegalidade da aplicação da SELIC.

Argumenta que é necessário a realização de perícia contábil nos livros, arquivos magnéticos e demais documentos do autuado a fim de que possa ser provada a inexatidão do procedimento

fiscal, como única forma de demonstrar o correto procedimento adotado pelo contribuinte, estando em perfeita sintonia com a legislação tributária.

Ao final, requer:

- a) Seja declaro nulo o auto de infração por cerceamento do direito de defesa ou, concedido novo prazo para defesa a contar da data de devolução dos livros e documentos fiscais da Autuada que permanecem em poder do Autuante;
- b) Seja julgado improcedente, em parte, o auto de infração, como única medida capaz de afinar-se com os superiores postulados da Lei, da Verdade e da Justiça;
- c) Na hipótese de manutenção da infração 04 – 06.01.01, no valor de R\$148.170,28, requer a com base no art. 93, V, do RICMS o direito ao crédito do ICMS recolhido no valor de R\$148.170,28, atualizado monetariamente.
- d) A Homologação dos pagamentos do ICMS efetuados pelo Autuado.

Os autuantes, fls. 141 a 147, ao prestar a informação fiscal, inicialmente ressaltam que o autuado reconheceu os valores integrais das infrações 02 e 05, passando ao exame das demais infrações.

Em relação a infração 01 - referente à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativa a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, no valor total de R\$32.437,23, a impugnante alega que há situações de operações de devolução de mercadorias e operações com mercadorias sujeitas à tributação normal do ICMS. No entanto, somente apresenta situações de devolução de mercadorias, conforme segue: No que se refere às operações com os produtos *bacon def. São Mateus, café caboclo vácuo, Mac Vitarela espaguete fino, açucar cristal Coruripe, carne bovina paleta s/ossos, açúcar confeiteiro Itaiquara, Rf orelha salgada, carne bovina passarinha, carne bovina capa filé, carne bovina moída e carne bovina alcatra*, relacionados no relatório *Utilização Indevida de Crédito Fiscal de ICMS - 2006*, fls. 15 a 23, a impugnante afirma que *houve erro no preenchimento do documento fiscal* em desacordo com o art. 362 do RICMS referente às mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária. Alega, no entanto, que não causou prejuízo à Fazenda Estadual considerando que as operações referem-se a *devoluções de mercadorias*, sendo que o valor do imposto lançado a crédito na entrada foi compensado com o valor lançado a débito na escrita fiscal do Autuado.

Informam que, após análise dos lançamentos informados pela impugnante como sendo de devolução das mercadorias em discussão, ficou comprovado que as mesmas foram devolvidas, sendo que o valor do imposto lançado a crédito na entrada da mercadoria foi compensado com o valor lançado a débito na escrita fiscal do Autuado. Portanto, diante dos novos fatos apresentados, após a lavratura do Auto de Infração, os autuantes acatam as ponderações da impugnante.

Quanto aos demais produtos constantes no relatório – *Utilização Indevida de Crédito Fiscal de ICMS*, fls. 15 a 23, não houve impugnação por parte da empresa, conforme planilha *Notas Fiscais Não Impugnadas*, fls. 148 a 150 e em CDR – acostado aos autos.

Concluem, opinam pela manutenção parcial da infração 01 no total de R\$ 626,15.

Infração 03 – Frisam que o autuado alega que os produtos relacionados estão sujeitos ao regime da substituição tributária e operação com produtos com base de cálculo reduzida a 100% (cem por cento), argumentos que os autuantes acolhem, reconhecendo que os produtos listados no Relatório *Erro na Determinação da Alíquota – 2006*, fls. 28 a 32, estão no regime de substituição tributária e operação com produtos com base de cálculo reduzida a 100% (cem por cento). Portanto o valor da infração 03 fica em R\$0,00

Infração 04 – referente à falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, com valor total de R\$148.170,28, a impugnante apresenta as seguintes ponderações:

- a) Reconhece a procedência dos créditos tributários referentes a cobrança do diferencial de alíquota dos produtos *Geradores e Partes 1x1* (R\$18.925,00) e *Câmara Frigorífica Modula 1x1* (R\$3.249,56)
- b) Quanto ao pagamento do diferencial de Alíquota dos produtos *Instal Produção de Frios 1x1* (R\$125.000,00) e Cofre NS 1200 1x1 (R\$995,72), das Notas Fiscais 67877 e 662, tendo como destinatários a filial da Barros Reis, inscrição 57.746.966, em discussão, a impugnante alega que:
 - a operação refere-se a Venda para Entrega Futura prevista no art. 411 do RICMS;
 - os equipamentos foram adquiridos para montagem na filial de Cajazeiras, inscrição 69.287.831;
 - a filial de Cajazeiras, na data da aquisição dos equipamentos, 13 de junho de 2006, não estava inscrita no cadastro do ICMS;
 - pela razão acima informada, forneceu a inscrição da filial da Barros Reis, inscrição 57.746.966 para emissão das Notas Fiscais para Simples Faturamento, de nr 67877e nr 662.
 - em 03 de julho de 2006, a filial de Cajazeiras já possuía inscrição estadual e assumiu o pagamento do recolhimento do diferencial de Alíquota dos equipamentos em discussão;
 - em 09 de agosto de 2006 foi recolhido pela filial de Cajazeiras, inscrição 69.287.831, as diferenças de alíquotas interestaduais em discussão, com base no efetivo recebimento dos equipamentos, através da Nota Fiscal de Simples Remessa emitida em 13 de junho de 2006.
 - Apresenta DAE no valor de R\$399.833,42, fl. 151 e a planilha de cálculo do referido DAE, fls. 152 a 154 demonstrando que a diferença de alíquota em discussão está inserida nesse pagamento;

Por fim, a impugnante afirma que errou no que concerne às disposições para vendas futuras, mas alega que a obrigação principal foi cumprida já que o imposto foi recolhido pelo estabelecimento da empresa que efetivamente recebeu os equipamentos, filial de Cajazeiras, apesar das Notas Fiscais terem sido emitidas para a filial da Barros Reis.

Aduzem que considerando os novos fatos apresentados pela impugnante, após a lavratura do Auto de Infração, os autuantes acatam as ponderações da impugnante, considerando que o diferencial de alíquota foi efetivamente recolhido por outra filial, não havendo prejuízo para o Erário, reduzindo esta infração em R\$125.995,72. Desta forma, o valor total da Infração 04 fica alterado para R\$22.174,56, referente aos equipamentos *Geradores e Partes 1x1* (R\$18.925,00) e *Câmara Frigorífica Modula 1x1* (R\$3.249,56).

Em relação a alegação de cerceamento do direito de defesa, informam que os livros e algumas Notas Fiscais continuaram em poder dos Auditores Fiscais autuantes em razão de emissão da Ordem de Serviço 505029-11 para realização de Roteiro de Estoque do mesmo exercício fiscalizado, 2006. Considerando que a impugnante possui essas mesmas informações em meio magnético, deste modo não se pode acatar a alegação de prejuízo para apresentação da defesa. Salienta que a documentação fiscal foi entregue à impugnante conforme Termo de Devolução, fl. 155.

Entendem ser desnecessária a perícia, tendo em vista que a impugnante acatou as infrações 02 e 05, na sua totalidade, contestando parcialmente as infrações 01, 03 e 04, sendo as ponderações acatadas, em parte, pelos autuantes, restando em discussão R\$22.802,71 do valor total do Auto de Infração, R\$191.203,34.

Em relação às alegações de constitucionalidade na imposição de juros com base na SELIC e aplicação de multas, bem como quanto ao cerceamento de direito de defesa alegado pela impugnante, consideram-se desprovidas diante das razões expostas pelos Auditores Fiscais autuantes nos itens acima. Entendem desnecessária a perícia pelas justificativas já apresentadas pelos acima.

Concluem resumindo seguinte forma:

Infrações 02 e 05 - A Impugnante reconheceu a procedência do lançamento, na sua totalidade, das infrações 02 e 05, com valores de R\$ 159,65 e R\$ 5.949,15, respectivamente;

Infração 03 - Em razão dos novos fatos apresentados pela impugnante após a lavratura do Auto de Infração, os Auditores Fiscais autuantes acatam, na sua totalidade, as ponderações da Impugnante quanto à infração 03, reduzindo o valor do Auto de Infração em R\$ 4.646,68;

Infração 01 - Os Auditores Fiscais autuantes acatam as ponderações da Impugnante referente à infração 01, conforme planilha *Notas Fiscais Não Impugnadas*, fls. 148 a 150 e item 2.1.2. *Impugnação, infração 01*, reduzindo o valor dessa infração em R\$ 31.811,11, do total de R\$32.37,23. Solicitam a manutenção parcial da infração 01, no valor de R\$626,15, referente a produtos que não tiveram o lançamento tributário reconhecido pela Impugnante, assim como não foram incluídos na impugnação, conforme item 2.1.2. *Impugnação, infração 01.e Planilha Notas Fiscais Não Impugnadas*, fls. 148 a 150 e em CDR acostado aos autos.

Infração 04 - Os auditores fiscais autuantes acatam as ponderações da impugnante, considerando que o diferencial de alíquota foi efetivamente recolhido por outra filial, não havendo prejuízo para o Erário, reduzindo esta infração em R\$125.995,72, ficando, assim, o valor total da Infração 04 em R\$22.174,56, conforme item, *Infração 04* dessa Informação Fiscal.

Ao final, opinam pela redução do valor histórico do Auto de Infração para R\$ 28.749,86, conforme abaixo:

Infração	Valor Histórico (R\$)
Infração 01 – 01.02.06	626,15
Infração 02 – 01.02.02	159,65
Infração 03 – 03.02.02	0,00
Infração 04 – 06.01.01	22.174,56
Infração 05 – 06.02.01	5.789,50
Total do Débito	28.749,86

O autuado recebeu, fls.158 e 159, cópia da informação fiscal e do CD acostado à folha 156, sendo intimado para se manifestar no prazo legal, entretanto silenciou.

Às folhas 150 A 162, foi acostado pela Coordenação Administrativa do CONSEF relatório do SIGAT- Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – Detalhamento de Pagamento PAF, constando o pagamento do valor histórico de R\$28.754,25.

VOTO

Inicialmente em relação as arguições de constitucionalidade da limitação da utilização dos créditos fiscais, das multas aplicas e da utilização da taxa SELIC, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza e fundamentação as infrações imputadas, indicando os dispositivos legais, os levantamentos fiscais e documentos que embasaram o Auto de Infração, em observância ao direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação. Devo ressaltar que os autuantes devolveram os livros e documentos fiscais conforme Termo de Devolução, fl. 155.

Quanto ao pedido de perícia formulado pelo autuado, indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a”, do RPAF/99. Ademais, os autuantes revisaram os levantamentos fiscais, os quais foram entregues ao sujeito passivo, que não impugnou os novos demonstrativos, apesar de devidamente intimado.

Na peça defensiva, o autuado reconheceu integralmente as infrações 02 e 05. Portanto, não existe lide em relação às referidas imputações, estando caracterizadas.

Assim, a lide no presente caso encontra-se restrita às acusações 01, 03 e 04, consignadas no Auto de Infração.

Na infração 01 é imputado ao autuado ter utilizado indevidamente de crédito fiscal de ICMS, referente à mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

Em sua defesa o autuado alegou que o lançamento de ofício deve ser julgado procedente em parte, considerando que houve operações de devoluções de mercadorias, bem como o crédito do imposto não foi utilizado indevidamente na forma apostada no Auto de Infração, indicando nota fiscal de origem as respectivas notas fiscais de devoluções.

Na informação fiscal os autuantes destacaram que após análise dos lançamentos informados pela defesa como sendo de devolução das mercadorias em discussão, ficou comprovado que as mesmas foram devolvidas, sendo que o valor do imposto lançado a crédito na entrada da mercadoria foi compensado com o valor lançado a débito na escrita fiscal do autuado. Portanto, diante dos novos fatos apresentados, após a lavratura do Auto de Infração, os auditores fiscais autuantes acatam as ponderações da impugnante. Quanto aos demais produtos constantes no relatório – *Utilização Indevida de Crédito Fiscal de ICMS*, fls. 15 a 23, não houve impugnação por parte da empresa, conforme planilha *Notas Fiscais Não Impugnadas*, fls. 148 a 150 e em CDR - anexo. Ao final, opinam pela manutenção parcial da infração 01 no total de R\$ 626,15, conforme abaixo:

MESES	ICMS DEVIDO
JAN	239,25
FEV	8,22
MAR	9,50
ABR	21,15
JUN	8,32
JUL	22,08
AGO	8,32
SET	241,26
OUT	33,27
NOV	23,98
DEZ	10,80
TOTAL	626,15

Acato o resultado da revisão fiscal elaborado pelos próprios autuantes que acolheram os argumentos e documentos fiscais apresentados pela defesa, fato que resultou na redução do valor autuado. Ademais, o autuado recebeu cópia do novo demonstrativo e recolheu o novo valor apurado, conforme extrato às folhas 158 e 159 dos autos.

Logo, a infração 01 restou parcialmente procedente no valor de R\$626,15.

Na infração 03 é imputado ao autuado ter recolhido a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Em sua defesa o autuado alegou que os prepostos fiscais deixaram de considerar diversas situações tributárias, a saber: produtos com redução de base de cálculo em 100%; produtos sujeitos ao regime da substituição tributária e classificação do produto de acordo com a NCM/SH.

Entendo razão assistir ao sujeito passivo, uma vez que restou comprovado que os autuantes ao realizarem o levantamento fiscal, denominado de *Erro na Determinação da Alíquota – 2006*, fls. 28 a 32, não observaram que os produtos objeto da autuação estavam amparados pela com redução de base de cálculo em 100% e outros estavam enquadrados no regime da substituição tributária, fato que foi reconhecido pelos fiscais quando da informação fiscal, tendo opinado pela improcedência da infração,

Assim, a infração 03 é improcedente.

Na infração 04 é imputado ao autuado ter deixando de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Em sua defesa o autuado alegou que reconheceu a procedência dos créditos tributários referentes a cobrança do diferencial de alíquota dos produtos *Geradores e Partes 1x1* (R\$18.925,00) e *Câmara Frigorífica Modula 1x1* (R\$3.249,56). Quanto ao pagamento do diferencial de Alíquota dos produtos *Instal Produção de Frios 1x1* (R\$125.000,00) e Cofre NS 1200 1x1 (R\$995,72), das Notas Fiscais 67877 e 662, tendo como destinatários a filial da Barros Reis, inscrição 57.746.966, em discussão, a impugnante alega que: a operação refere-se a Venda para Entrega Futura prevista no art. 411 do RICMS; os equipamentos foram adquiridos para montagem na filial de Cajazeiras, inscrição 69.287.831; a filial de Cajazeiras, na data da aquisição dos equipamentos, 13 de junho de 2006, não estava inscrita no cadastro do ICMS; pela razão acima informada, forneceu a inscrição da filial da Barros Reis, inscrição 57.746.966 para emissão das Notas Fiscais para Simples Faturamento, de nº 67877e nº 662; em 03 de julho de 2006, a filial de Cajazeiras já possuía inscrição estadual e assumiu o pagamento do recolhimento do diferencial de Alíquota dos equipamentos em discussão; em 09 de agosto de 2006 foi recolhido pela filial de Cajazeiras, inscrição 69.287.831, as diferenças de alíquotas interestaduais em discussão, com base no efetivo recebimento dos equipamentos, através da Nota Fiscal de Simples Remessa emitida em 13 de junho de 2006. Apresenta DAE no valor de R\$ 399.833,42, fl. 151 e a planilha de cálculo do referido DAE, fls. 152 a 154 demonstrando que a diferença de alíquota em discussão está inserida nesse pagamento. Por fim, a impugnante afirma que errou no que concerne às disposições para vendas futuras, mas alega que a obrigação principal foi cumprida já que o imposto foi recolhido pelo estabelecimento da empresa que efetivamente recebeu os equipamentos, filial de Cajazeiras, apesar das Notas Fiscais terem sido emitidas para a filial da Barros Reis.

Na informação fiscal os autuantes destacaram que considerando os novos fatos apresentados pela defesa, após a lavratura do Auto de Infração, acatam as ponderações da impugnante, considerando que o diferencial de alíquota foi efetivamente recolhido por outra filial, não havendo prejuízo para o Erário, reduzindo esta infração em R\$ 125.995,72. Desta forma, o valor total da Infração 04 fica alterado para R\$ 22.174,56, referente aos equipamentos *Geradores e Partes 1x1* (R\$ 18.925,00) e *Câmara Frigorífica Modula 1x1* (R\$ 3.249,56).

Acato o resultado da revisão fiscal elaborado pelos próprios autuantes que acolheram os argumentos e documentos fiscais apresentados pela defesa, fato que resultou na redução do valor autuado, uma vez que restou comprovado que houve o efetivo recolhimento do imposto devido. Ademais, o autuado recebeu cópia do novo demonstrativo e recolheu o novo valor apurado, conforme extrato às folhas 158 e 159 dos autos.

Quanto o pedido de utilização de crédito fiscal atualizado monetariamente o mesmo não pode ser acolhido, por falta de previsão legal para a referida atualização.

Logo, a infração 04 restou parcialmente procedente no valor de R\$22.174,56.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, no valor de R\$28.749,86, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	ICMS DEVIDO
1	PROCEDENTE EM PARTE	626,15
2	PROCEDENTE	159,65
3	IMPROCEDENTE	0,00
4	PROCEDENTE EM PARTE	22.174,56
5	PROCEDENTE	5.789,50
TOTAL		28.749,86

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 **298932.0002/11-0**, lavrado contra **ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.749,86**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2011

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR