

A. I. Nº - 298932.0006/11-5  
**AUTUADO** - ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.  
**AUTUANTES** - JOSÉ LUIZ SANTOS SOUZA e ANNA CRISTINA ROLLEMBERG NASCIMENTO  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 18.05.2012

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0134-04/12**

**EMENTA:** ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS. MATERIAL DE CONSUMO. Infração reconhecida. 2. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ADQUIRIDA. a) COM IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Infração reconhecida. b) COM SAÍDA BENEFICIADA COM ISENÇÃO. Restou comprovado que no período fiscalizado as mercadorias objeto da autuação eram tributadas e legítimas a utilização do crédito fiscal. Infração elidida. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. a) NOTAS FISCAIS. b) ECF. Documentos juntados com a defesa comprovam que parte das mercadorias era enquadrada no regime de substituição tributária e não cabível a tributação nas operações de saídas e mantida a exigência fiscal quanto a mercadoria que não foi comprovada ser enquadrada neste regime. Infrações 4 e 5 procedentes em partes. 4. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. FALTA DE RETENÇÃO NAS SAÍDAS PARA CONTRIBUINTES INAPTOSS. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração foi lavrado em 12/09/11, exige ICMS no valor de R\$72.258,35 acrescido da multa de 60% em decorrência das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquota entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, conforme Anexo I - R\$1.821,91.
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com pagamento de imposto por substituição - R\$1.458,13.
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto - R\$51.509,23.
4. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas - R\$588,41.
5. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (ECF) - R\$15.524,70.
6. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta na descrição dos fatos que se refere a falta de retenção nas vendas para contribuintes inaptos - R\$1.355,97.

O autuado na defesa apresentada (fls. 105/127), inicialmente discorre sobre as infrações e alega que parte do lançamento de ofício está eivado de vícios insanáveis que conduzem à sua nulidade, pois, fundamentados em fatos não previstos em lei.

Transcreve os artigos 5º, II da CF e 97, V do CTN, parte de texto de doutrinadores para reforçar o seu posicionamento de que somente a lei pode estabelecer cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas.

Manifesta que não estando o fato da vida tipificado no dispositivo legal, apontado como violado, nem sendo possível interpretar-se norma, de caráter punitivo, de modo ampliativo, a conclusão é que a administração violou o princípio da legalidade, que é um direito fundamental do autuado, nos termos do art. 5º, II, da CF.

Caso não acatada a nulidade suscitada passa a analisar as razões de mérito para tentar demonstrar que são inconsistentes as acusações formuladas pela fiscalização.

Reconhece a procedência das infrações 1 e 2, e informa que providenciará seu recolhimento.

No tocante à infração 3, que acusa utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção, esclarece que de 31/01/07 até 31/12/07, a alteração n.º 14 (Dec. 7.725/99) no RICMS/BA com efeitos no período de 29/12/99 até 10/12/07, excluiu as frutas MAÇÃS e PÊRAS da isenção prevista no art. 14, I, “b” do RICMS, conforme notas fiscais, em anexo, a qual indica isenção de “flores e frutas, exceto amêndoas, nozes, pêras e maçãs”.

Afirma que com a alteração n.º 96 no RICMS/BA com efeitos a partir de 11/12/2007 até 13/08/2010, a redação do art. 14, I, “b” foi modificada, disciplinando a isenção do ICMS nas operações com produtos, inclusive frutas somente nesse período, de “flores e frutas, exceto amêndoas, nozes e as operações interestaduais como pêras e maçãs”.

Informa que a redação atual (alínea “b”, I do art. 14 dada pelo Dec. 12.313, de 13/08/10) com efeitos a partir de 14/08/10 restabelece isenção de “flores e frutas, exceto amêndoas e nozes”.

Destaca que o crédito fiscal de ICMS relativo a pêras e maçãs foi utilizado de forma correta nas operações de aquisições feitas até 10/12/2007, por estarem excluídos da isenção fiscal e não procede ao lançamento de ofício.

Relativamente à infração 4, referente a recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, do valor exigido de R\$ 588,41 reconhece a procedência do valor de R\$ 459,68 que será recolhido.

Quanto ao valor de R\$128,73 alega que o preposto fiscal considerou como tributáveis produtos sujeitos ao regime da substituição tributária de acordo com a classificação pela NCM, conforme, planilha contendo a listagem dos produtos, valores e embasamento legal, a exemplo de:

- a) DVD INFANTIL - NCM 85243900, classificado no art. 353, II, 20 do RICMS;
- b) MIX AMÊNDOAS IRACEMA LATA (CASTANHA DE CAJU) - NCM 20081900, classificado no art. 353, II, 29.3 do RICMS que trata da substituição tributária.

Afirma que tendo demonstrado que não houve recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota, pois se trata de produtos que foram tributados pelo regime da substituição tributária, com fase de tributação já estava encerrada, o lançamento é indevido.

No tocante à infração 5, relativa a recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (ECF) do valor exigido de R\$15.524,70 reconhece a procedência de parte do totalizando R\$14.422,66 que será recolhido.

Quanto ao valor exigido de R\$1.102,04, da mesma forma que na infração anterior, a fiscalização considerou como tributáveis diversas mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, a exemplo dos classificados no art. 353 do RICMS/BA:

- a) CDR UNIVERSAL 700 MB/80MIN 40X - NCM 85239000 - classificado no item II, 20;
- b) MASSA DUREPOXI CAIXINHA - NCM 3249000 - classificado item II, 16.9;
- c) BICO SILICONE NEOPAN 1270 - NCM 39249000 - classificado item II, 13.5;

- d) BICO SILICONE NEOPAN PANSUPER 1282 - NCM 39249000 - classificado no item II, 13.5;
- e) MIX AMÊNDOAS IRACEMA LATA - NCM 200881900 - classificado no item II, 29.3;
- f) CORANTE GUARANY N31 PRETO - NCM 32041400 - classificado no item II, 16.10;
- g) DVD INFANTIL/DIVERSOS - NCM 85243900 - classificado no item II, 20.

Argumenta que tendo demonstrado que não houve recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota relativo a estes produtos, o lançamento de ofício é improcedente.

No tocante à infração 6, referente a recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, reconhece sua procedência e informa que providenciará o seu recolhimento.

Em seguida tece comentários sobre os princípios de direito, a não cumulatividade do ICMS, posicionamento de doutrinadores para reforçar o seu posicionamento quanto à exigência com base na legalidade.

Ressalta que as multas aplicadas com percentual de 60% possuem caráter confiscatório, conforme doutrinadores para reforçar o seu posicionamento com base no princípio da não confiscatoriedade da multa fiscal e imposições de limites às penalidades previsto no art. 150, IV da CF.

Também que a aplicação da atualização do débito para fins tributários com base na taxa SELIC é inconstitucional conforme decisões de Tribunais Superiores (RESP n.º 215.881/PR do STJ).

Requer a realização de perícia contábil nos livros, arquivos magnéticos e demais documentos para provar a inexatidão do procedimento fiscal. Requer a procedência parcial da autuação.

Em petição de 13/10/11 (fl. 169) a empresa requereu emissão de DAE para efetuar pagamento parcial do débito reconhecido.

Os autuantes, na informação fiscal prestada (fls. 175/180) inicialmente discorrem sobre as infrações e ressaltam que na defesa o autuado reconheceu as infrações 1, 2 e 6.

Com relação à infração 3, reconhecem que no período fiscalizado as operações com pêras e maçãs eram tributadas conforme previsto no art. 14, I, “b” do RICMS/BA, vigente na época da ocorrência dos fatos geradores e concorda com a improcedência total desta infração.

No tocante à infração 4, concordam com a alegação defensiva de que o produto DVD infantil é enquadrado no regime de substituição tributária e fizeram a exclusão do valor correspondente de R\$47,22 no demonstrativo refeito.

Quanto ao produto Mix Amêndoas contestam que o produto classificado no art. 353, II, item 29.3 são “salgados à base de amendoim ou castanha de caju – NCM 2008.11.00 e 2008.19.00” e não engloba o produto objeto da autuação “mix de amêndoas, motivo pelo qual requerem a manutenção dos valores exigidos correspondentes”.

Relativamente à infração 5, acatam a alegação defensiva de que os produtos CDR Universal, massa Durepoxi caixinha, bico de silicone Neopan 1270 e 1282, corante Guarany e DVD infantil são enquadrados no regime de substituição tributária conforme indicações das NCM e inserção no Anexo 88 do RICMS/BA (art. 353) totalizando R\$1.102,04.

Da mesma forma que na infração 4, não concordam com o argumento de que o produto “mix amêndoas” seja produto enquadrado no regime de substituição tributária, ficando reduzido o valor exigido de R\$15.524,70 para R\$14.482,74 que corresponde aos itens que não foram discutidos e o mix de amêndoas.

No que se refere aos percentuais da multa aplicada e atualização do débito pela taxa SELIC, afirmam que o próprio RPAF/BA no seu art. 167, I estabelece que não se inclui na competência dos órgãos julgadores declararem a inconstitucionalidade da legislação tributária.

Manifestam a desnecessidade de realização de perícia, visto que houve acatamento das infrações 1, 2 e 6 e foram acatadas parte de outras que foram contestadas. Requerem a procedência parcial do Auto de Infração totalizando R\$19.629,94 conforme demonstrativo de resumo à fl. 180.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 210) e concedeu prazo de dez dias para se manifestar, caso quisesse, o que não ocorreu.

A Secretaria do CONSEF acostou às fls. 211/215 detalhe de pagamento de parte do débito.

## VOTO

Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade do lançamento sob alegação de que parte dele está eivado de vícios insanáveis. Observo que o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos, com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os artigos 38 a 41 do RPAF/BA. O contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado e não vislumbrou inobservâncias formais que conduzam à sua nulidade nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal, motivo pelo qual rejeito o pedido de nulidade formulado.

Consoante o art. 147, inciso II, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defendant para a realização de perícia fiscal, por considerá-la desnecessária, em vista das provas produzidas nos autos, inclusive com refazimento de demonstrativos efetivados na informação fiscal cujo resultado foi dado ciência ao autuado que não se manifestou.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS relativo à falta de recolhimento da diferença de alíquota, utilização indevida de crédito fiscal, recolhimento a menos do imposto em razão de erro na aplicação da alíquota e na determinação da base de cálculo.

Na defesa apresentada o autuado reconheceu o cometimento das infrações 1, 2 e 6. Portanto, inexistindo questionamentos sobre estas infrações, as mesmas devem ser mantidas na sua totalidade, devendo ser homologados os valores já recolhidos. Infrações procedentes.

Quanto à infração 3, na defesa apresentada o autuado alegou que no período fiscalizado, as operações com peras e maçãs eram tributadas pelo ICMS e legítima a utilização dos créditos fiscais correspondentes, o que foi acatado pelos autuantes.

Verifico que a infração acusa utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto no período de janeiro a dezembro/07. Conforme alegado na defesa, o art. 14, I, “b” do RICMS/BA, com redação dada pelo Dec. 7.725/99, com efeitos no período de 29/12/1999 até 10/12/2007, excluiu as frutas MAÇÃS e PÊRAS da isenção prevista conforme notas fiscais, em anexo, a qual indica isenção de “flores e frutas, exceto amêndoas, nozes, pêras e maçãs”, sendo que a alteração nº 96 vigente de 11/12/07 a 13/08/10 alterou a redação do mencionado dispositivo para “flores e frutas, exceto amêndoas, nozes e as operações interestaduais com pêras e maçãs”.

Pelo exposto, no período de 01/01/07 a 10/12/07, as operações com pêras e maçãs eram tributadas pelo ICMS e assiste razão ao autuado de que foi correta a utilização do crédito fiscal relativo às operações de aquisições destas mercadorias. Observo que no demonstrativo elaborado pela fiscalização (fls. 30/45) foi incluída apenas uma nota fiscal de número 13872 relativa ao mês de dezembro/07 e como os produtos estavam sujeitos à tributação até o dia 10/12/07 entendo que é razoável considerar que a aquisição ocorreu antes desta data e legítimo o crédito fiscal. Por isso, considero improcedente a infração 3.

Relativamente às infrações 4 e 5, o autuado alegou que os produtos DVD INFANTIL (NCM 85243900); CDR 700 MB/80MIN ( NCM 85239000); MASSA DUREPOXI ( NCM 3249000), BICO SILICONE (NCM 39249000), MIX AMÊNDOAS IRACEMA LATA (NCM 200881900), CORANTE GUARANY (NCM 32041400) são enquadrados no regime de substituição tributária e que procedeu corretamente.

Na informação fiscal, os autuantes acataram o argumento de que os produtos acima elencados são enquadrados no regime de substituição tributária, exceto o MIX AMÊNDOAS.

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que os produtos CD, DVD, MASSA DUREPOXI, BICO SILICONE, CORANTE são classificados nos itens II, 16.10; 20; 16.9; 13.5 e 16.10, portanto assiste razão ao impugnante.

Quanto ao produto MIX AMÊNDOAS IRACEMA LATA (CASTANHA DE CAJU) - NCM 20081900 os autuantes afirmaram que o produto classificado no art. 353, II, item 29.3 são “salgados à base de amendoim ou castanha de caju – NCM 2008.11.00 e 2008.19.00” e não engloba o produto objeto da autuação. A empresa foi cientificada da informação fiscal e não contestou tal fato.

Verifico que o produto em questão tem como indicação no art. 353, II, item 29.3 do RICMS/BA a classificação com “NCM 2008.11.00 e 2008.19.00” e na defesa o autuado alegou que o produto comercializado tem a NCM 2008.19.00. Entretanto, a única nota fiscal juntada com a defesa (fl. 157) foi de MIX C/PASSAS IRACEMA com codificação 8925.04.02 que não se enquadra em tal classificação. Por isso, diante da ausência de provas, não acato a alegação defensiva quanto a este produto.

Pelo exposto, acato os demonstrativos acostados pelos autuantes às fls. 181/207 com cópia gravada em mídia à fl. 209 e considero devido o valor de R\$511,20 na infração 4 e R\$14.482,74 na infração 5. Infrações procedentes em parte.

Data Ocorr	Data Vcto	Base Cálculo	Aliq.	Multa	Infração 4	Base Cálculo	Aliq.	Multa	Infração 5	Fl.
31/01/07	09/02/07	79,41	17,00	60,00	13,50	11.480,53	17,00	60,00	1.951,69	209
28/02/07	09/03/07	286,53	17,00	60,00	48,71	7.235,41	17,00	60,00	1.230,02	209
31/03/07	09/04/07	334,41	17,00	60,00	56,85	12.710,35	17,00	60,00	2.160,76	209
30/04/07	09/05/07	200,65	17,00	60,00	34,11					209
31/05/07	09/06/07	183,65	17,00	60,00	31,22					209
30/06/07	09/07/07	244,35	17,00	60,00	41,54					209
31/07/07	09/08/07	382,29	17,00	60,00	64,99					209
31/08/07	09/09/07	428,41	17,00	60,00	72,83					209
30/09/07	09/10/07	572,76	17,00	60,00	97,37	13.642,88	17,00	60,00	2.319,29	209
31/10/07	09/11/07	82,29	17,00	60,00	13,99	10.829,06	17,00	60,00	1.840,94	209
30/11/07	09/12/07	144,53	17,00	60,00	24,57	8.224,00	17,00	60,00	1.398,08	209
31/12/07	09/01/08	67,76	17,00	60,00	11,52	21.070,35	17,00	60,00	3.581,96	209
TOTAL					511,20				14.482,74	

Quanto ao argumento de que a multa aplicada de 60% é confiscatória, e que a aplicação da taxa SELIC na atualização do débito tributário é constitucional, observo que os percentuais das multas são previstos no art. 42 e incisos de Lei 7.014/96. Portanto é legal. Quanto ao argumento de que são constitucionais, observo que a aplicação da taxa SELIC na atualização do débito é prevista no art. 101 da Lei 3.956/81 (COTEBA) e não cabe ao julgador administrativo declarar constitucionalidade da legislação tributária (art. 167 do RPAF/BA).

No tocante ao argumento de a aplicação da taxa SELIC na atualização é e não cabe ao julgador declarar constitucionalidade da legislação tributária (art. 167 do RPAF/BA).

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já pagos.

## 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 298932.0006/11-5, lavrado contra **ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.629,94**, acrescido da multa de 60%,

prevista no art. 42, II, “a”, “f”, e VII, “a” da Lei n.<sup>o</sup> 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado Decreto n<sup>º</sup> 7.629/99, alterado pelo Decreto n<sup>º</sup> 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2012.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR