

A. I. Nº - 298932.0009/12-2
AUTUADO - ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.
AUTUANTES - JOSÉ LUIS SANTOS SOUZA e ANNA CRISTINA ROLLEMBERG NASCIMENTO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 25/09/2013

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0146-05/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. ENTRADAS DE MERCADORIAS, CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES OCORRERAM COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Restou comprovado que houve erro no cadastro de mercadorias da impugnante, que adotou o produto CREME VEGETAL como se fosse MARGARINA. Comprovou fazer jus à redução de base de cálculo conforme art. 87, XXXI do RICMS. No que diz respeito às bebidas ficou comprovado que a lei que concedia redução de base de cálculo foi revogada em período anterior ao lançamento, e assim, em ambos os casos, o impugnante tinha direito ao crédito. Permaneceu apenas parte do lançamento em período anterior à revogação da lei. Infração parcialmente subsistente. **b)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Também restou comprovado nos documentos anexados, que houve erro de cadastramento quando o produto ADOÇANTE foi trocado por AÇÚCAR REFINADO, e assim, na informação fiscal o lançamento foi reduzido pelos autuantes. Item parcialmente subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração reconhecida pelo impugnante. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 26/06/2012, quando foi efetuado lançamento de ICMS no valor total de R\$31.646,53 nas infrações a seguir relacionadas:

INFRAÇÃO 1 - Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução nos meses de janeiro a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009, janeiro a dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, no valor de R\$30.189,20, sendo aplicada a multa de 60% sobre o valor lançamento.

INFRAÇÃO 2 – Utilizou indevidamente o crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária nos meses de março a maio, e agosto a dezembro de 2011, no valor total de R\$550,25, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 – Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de março e junho de 2011, no valor de R\$907,08, acrescido de multa de 60%.

Às fls. 112/114 o autuado requer emissão de DAE para pagamento integral da infração 3, e parcialmente das infrações 1 e 2.

Fez impugnação ao lançamento às fls. 133/150, sob o argumento de que a Administração violou o princípio da legalidade, e do mesmo modo, violou direito fundamental do autuado, inserido no art. 5º, inciso II, da Constituição.

Aduz que na apuração do crédito tributário, o preposto fiscal deixou de observar os dispositivos do RICMS/BA pertinentes às operações de entradas, saídas e transferência de produtos entre estabelecimentos da mesma empresa, bem como, a NCM, código interno e descrição do produto, fazendo os seguintes destaques:

Que na infração 1 reconhece a procedência de parte do lançamento de ofício, razão pela qual foi recolhido o valor de R\$773,92. Argumenta que adquiriu o produto CREME VEGETAL (NCM nº 1517 10 00) para comercialização, conforme as notas fiscais do fornecedor PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S/A.

Ocorre que cadastrou em seu sistema o referido produto como se fosse MARGARINA (MARG. BECEL C/ SAL, MARG. DORIANA LIGT C/SAL etc.) e este produto tem a base de cálculo reduzida a teor do art. 87, XXXI, do RICMS e na saída foi aplicada alíquota de 17% sobre a base de cálculo do produto, mas o fiscal considerou o produto CREME VEGETAL, como se fosse MARGARINA.

Alega que alterou o seu cadastro e corrigiu a descrição do citado produto para CREME VEGETAL (CREME VEG BECEL S/S, CREME VEG. DORIANA), conforme cupom fiscal em anexo e assim, o levantamento está inconsistente, pois observa-se que nas notas fiscais da empresa Perdigão Agroindustrial S/A, a descrição do produto é CREME VEGETAL (BECEL CR VEG ORIG, DORIANA CR VEG LIGHT), e a base de cálculo do produto foi reduzida em 41,176%, com amparo no decreto nº 7.799/2000 e em consequência, a carga tributária é de 10%, e a empresa aproveitou o crédito de imposto.

Que sendo feitos os devidos esclarecimentos, resta impugnar os relatórios de auditoria elaborados pela fiscalização, que só admite o aproveitamento de crédito fiscal de 7% (sete por cento), e que assim, o crédito fiscal exigido de 3% de todo o período é totalmente indevido.

No que se referem aos demais produtos descritos como VINHO SANGUE DE BOI e outra CACHAÇA YPIÓCA e outros (inciso XXVI, do art. 87 do RICMS), a redução de base de cálculo que existia foi revogada a partir de 01/04/2009 pelo Decreto nº 11.462/2009, e não há que se falar em estorno proporcional do crédito de imposto.

Em relação às mercadorias CACHAÇA PITÚ COLA e CACHAÇA IPIOCA LIMÃO, os cupons fiscais, anexos revelam a saída dos produtos à alíquota de 18,90%. No período da apuração fiscal, a alíquota do produto era de 27%, sendo reduzida para 18,90% (27% x 30%), por se tratar de bebida mista, conforme nota fiscal do fornecedor YPIÓCA AGROINDUSTRIAL LTDA.

Aduz que no caso do produto PITÚ COLA, aproveitou-se o crédito de 12% em razão de operação interestadual sujeita a esta alíquota. Então, fica demonstrado que o autuado aproveitou o crédito de imposto de forma regulamentar, de acordo com a operação comercial e situação tributária do produto, e, portanto é indevida a apuração de ICMS sob o fundamento de falta de estorno de crédito fiscal. Pede pela improcedência do lançamento.

Quanto à infração 2, reconhece a procedência de parte do lançamento, razão pela qual foi recolhido o valor de R\$14,02 e que é uma situação semelhante à descrita no item anterior, pois ocorreu no momento em que cadastrou o produto AÇUCAR REFINADO (art. 353, B, II, 22 do RICMS), como se fora ADOÇANTE.

Diz que adquiriu o produto ADOÇANTE (NCM nº 21069090) para comercialização do fornecedor DOCELAR ALIMENTOS E BEBIDAS S/A, conforme NF-e nº 5334, na data de 20/09/2011; que a descrição do produto constante do demonstrativo de auditoria de falta de estorno de crédito de ICMS foi captada do sistema de cadastro do contribuinte.

Diante do denunciado erro de cadastro, o fiscal considerou o produto ADOÇANTE como se fora AÇÚCAR REFINADO UNIÃO (código nº 35269-122), e este código interno é do produto adoçante. No cadastro de produtos, o código nº 35269 se refere ao produto ADOÇANTE, como faz prova a NF-e nº 000.090.197 de emissão da impugnante, referente a uma operação de transferência do referido

produto (cód. nº 35269-122 - Adoçante União Light FDO 1 x 20 500g) da filial de Feira de Santana, para a filial Lauro de Freitas.

Reafirma que o levantamento fiscal é inconsistente pelo seguinte:

- a) o ADOÇANTE não faz parte da lista de produtos sujeita ao regime da substituição tributária.
- b) a impugnante não utilizou indevidamente o crédito fiscal de ICMS.

Assim, fica demonstrado que a impugnante aproveitou o crédito de imposto de forma regulamentar e, portanto, não procede ao lançamento de ofício.

Reconhece integralmente a procedência do lançamento na infração 3, conforme DAE que confirma o pagamento do imposto.

Alega por fim que tem seu direito protegido com base no princípio da legalidade, da especificidade, na legislação tributária, na jurisprudência e na melhor doutrina. A Lei Magna determina que o ICMS “*será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal*” (art. 155, § 2º, I).

Pontua que se tratando de operação alcançada pela substituição tributária ter-se-á que considerar, ainda, o disposto no art. 128 do CTN, segundo o qual *a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação*.

Questiona a multa, pois se deixou de considerar a natureza tributária e seu consequente aspecto de proporcionalidade entre o dano e o ressarcimento. A própria Constituição Federal de 1988, no Capítulo “DAS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR”, no artigo 150, inciso IV diz que “*sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo, com efeito de confisco.*”

Considerando que todas as pretensões da Autuada pudessem ter a leve chance de prosperar, nota-se aqui mais um abuso insanável que é a pretensa vontade fiscal de aplicar ao débito exigido taxa de juros baseada na SELIC. Que a aplicação da SELIC como taxa de juros têm sofrido fortes revezes no Judiciário, pela sua óbvia inconstitucionalidade e pela sua inaplicabilidade para fins tributários, culminando com a decisão de sua arguição pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no RESP nº 215.881/PR (DJU 19/06/2000).

Pede que seja realizada perícia contábil nos livros, arquivos magnéticos e demais documentos 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.

Isto posto, requer o seguinte: 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 e também a homologação dos pagamentos efetuados.

Protesta por todos os meios de prova em direito permitido, especialmente a juntada de documentos fiscais, planilhas com dados dos produtos e perícia contábil.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 223/227, que em relação à Infração 1, a empresa reconhece em parte a autuação, acatando o valor total de R\$773,92. Visando a impugnação dos lançamentos tributários, a impugnante alega que adquiriu o produto CREME VEGETAL (NCM nº 1517 10 00) para comercialização, conforme as anexas notas fiscais do fornecedor PERDIGÃO AGROINDUSTRIAL S/A., e cadastrou em seu sistema o referido produto como se fora MARGARINA (MARG. BECEL C/ SAL, MARG. DORIANA LIGT C/SAL etc.).

Este produto tem a base de cálculo reduzida a teor do art. 87, XXXI, do RICMS. Para comprovar, anexou notas fiscais da empresa Perdigão Agroindustrial S/A., com a descrição de Creme Vegetal (BECEL e DORIANA).

Inicialmente, vale ressaltar que até a lavratura do presente Auto de Infração os autuantes tinham como descrição o produto Margarina Becel Crem c/sal e Margarina Dorian Crem Light s/sal, sujeitos à redução de base de cálculo. No entanto, na defesa a Impugnante anexou notas fiscais de fornecedor indicando a descrição do produto como creme vegetal e, foi verificado pelos auditores fiscais autuantes que nos sites dos fabricantes os referidos produtos são considerados como creme vegetal.

Portanto, diante dos novos fatos apresentados pela Impugnante, após a lavratura do Auto de Infração, autuantes acatam as ponderações da impugnante referentes aos produtos Margarina Becel Crem c/sal e Margarina Dorian Crem Light s/sal.

Que em relação aos produtos descritos como VINHO DOM BOSCO, VINHO SANGUE DE BOI e outros e, CACHAÇA DO BARRIL, CACHAÇA YPIOCA e outras (inciso XXVI, do art. 87 do RICMS), alega que a redução de base de cálculo que existia foi revogada a partir de 01/04/2009 pelo decreto nº 11.462/2009, e também acatam as ponderações da impugnante, e assim, o valor total da Infração 1 fica alterado de R\$30.189,20 para R\$773,92.

Que na infração 2, a impugnante alega que adquiriu o produto ADOÇANTE (NCM nº 21069090) para comercialização, conforme as anexas notas fiscais do fornecedor DOCELAR ALIMENTOS E BEBIDAS S/A., e cadastrou em seu sistema o referido produto como se fosse AÇUCAR REFINADO.

Que diante do denunciado erro no cadastramento, consideraram o produto como AÇUCAR REFINADO e apontaram a utilização indevida de crédito fiscal. No entanto, após análise das informações das descrições e códigos dos produtos, bem como dos documentos anexados na defesa, fica comprovada a correta descrição como ADOÇANTE. Portanto acatam as ponderações da impugnante e o valor total da infração 2 fica alterado de R\$550,25 para R\$14,02.

Quanto à inadequação e a constitucionalidade das multas aplicadas, não cabe nem ao autuante nem ao Conselho de Fazenda a análise da constitucionalidade do lançamento tributário.

Quanto ao pedido de perícia contábil nos livros fiscais, a fim de que se possa ser provada a inexatidão do procedimento fiscal, apresentaram o Auto de Infração e relatórios das infrações identificadas, bem como todos os documentos exigidos pelo RPAF, que demonstram a natureza das operações e situação tributária dos produtos relacionados nas infrações.

Pelas razões acima relatadas, o valor total do débito (valor histórico) fica alterado de R\$31.646,53 para R\$1.695,02, conforme planilha anexa. Intimado a tomar ciência das alterações à fl. 229, o impugnante silenciou.

À fl. 238, em pauta suplementar, o processo foi enviado em diligência aos autuantes, para que fizessem a correção mensal das alterações efetuadas no lançamento. À fl. 245, o impugnante novamente tomou ciência, mas não se manifestou.

VOTO

Constatou que o auto de infração em lide obedeceu às normas vigentes no que diz respeito aos roteiros de auditoria, sendo respeitados os princípios da ampla defesa e do devido processo legal, e, portanto, não vislumbro vícios formais de nulidade. Recuso o pedido de diligência, visto encontrar no processo todos os elementos necessários à formação da convicção do julgador e assim passo à análise de mérito.

A lide se resume às infrações 1 e 2, que tiveram reconhecimento parcial do impugnante, e a infração 3 foi integralmente acatada.

Na infração 1, restou comprovado que houve erro no cadastro da impugnante que adotou o produto CREME VEGETAL, como se fosse MARGARINA, fazendo jus à redução de base de cálculo conforme art. 87, XXXI do RICMS.

No que diz respeito às bebidas ficou comprovado que a lei que concedia redução de base de cálculo foi revogada em período anterior ao lançamento, e assim, em ambos os casos, o impugnante fazia jus ao crédito. Permaneceu o lançamento em período anterior à revogação.

Após a diligência, os autuantes procederam à revisão do lançamento mensal, que ficou corrigido conforme tabela abaixo:

MÊS	ICMS LANÇADO	ICMS DEVIDO
jan/08	292,92	86,79
mar/08	152,91	49,86
Abr/08	183,02	37,40
mai/08	345,50	37,40
jun/08	226,71	37,40
jul/08	317,76	37,14
ago/08	72,86	47,48
out/08	260,83	64,31
dez/08	408,35	212,83
mar/09	283,27	198,09
TOTAL		808,70

Constatou que no demonstrativo feito na diligência à fl. 241 há erro de somatório, que apontou o valor de R\$771,54. No entanto, os lançamentos mensais apontam soma de R\$808,70. Infração 1 procedente em parte.

A infração 2 também restou comprovada nos documentos anexados, que houve erro de cadastramento quando o produto ADOÇANTE foi trocado por AÇÚCAR REFINADO, e assim, após diligência, fica o lançamento reduzido aos valores abaixo transcritos:

MÊS	ICMS LANÇADO	ICMS DEVIDO
mar/11	1,79	1,79
abr/11	217,99	0,00
mai/11	178,84	0,00
ago/11	1,46	1,46
set/11	10,15	10,15
out/11	9,69	0,00
nov/11	0,66	0,73
dez/11	129,67	0,00
TOTAL		14,13

Infração 2 procedente em parte.

Quanto à reclamação do impugnante em respeito à constitucionalidade das multas e da aplicação taxa SELIC, o RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09 de Julho de 1999, veda em seu artigo 167, inciso 'I' a declaração de constitucionalidade por parte de julgadores administrativos deste Conselho de Fazenda.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298932.0009/12-2, lavrado contra **ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para pagamento do imposto no valor de **R\$1.729,91**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, "f" e VII, alíneas "a" e "b", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de setembro de 2013.

TOLSTOI SEARE NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ILDEMAR JOSE LANDIN – RELATOR

JOWAN OLIVEIRA ARAUJO - JULGADOR