

A.I. Nº - 278936.0004/19-6
AUTUADO - NORSÁ REFRIGERANTES S. A.
AUTUANTE – LUCIANO DE SOUZA VELOSO
ORIGEM – IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 04/09/2020

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0084-01/20-VD

EMENTA: ICMS. 1 - CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. Aquisição de mercadorias que se caracterizam como material para uso ou consumo no estabelecimento, com apropriação indevida dos créditos fiscais. Infração 01 subsistente. 2 – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. Autuado não aplicou como base de cálculo o valor previsto em pauta fiscal. Ajuste de seu valor com base na média de preços praticados no mercado não consiste em majoração de tributo e sua vigência não estaria sujeita ao princípio da anterioridade. Infração 02 subsistente. Auto de infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/06/2019, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$129.604,58, em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

Infração 01 (01.02.02) - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, ocorrido nos meses de janeiro, março, maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$29.288,30, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

Infração 02 (07.02.02) – reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, ocorrido nos meses de fevereiro a dezembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$100.316,28, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 18 a 34. Requeru a nulidade do auto de infração porque não foi cientificado da ordem de serviço que originou a ação fiscal que resultou na lavratura do presente auto de infração, impedindo a verificação do cumprimento do prazo para concluir a fiscalização, se o autuante estava designado para a atividade e se a autuação ocorreu no período indicado.

Disse que os produtos relacionados na infração 01 não são materiais de uso ou consumo e foram tributados nas saídas do estabelecimento. Citou, como exemplo, as chapas Eucatex, que são utilizadas no cumprimento de suas atividades, anexando um documento fiscal à fl. 73. Ressaltou que tal prática não gerou qualquer prejuízo para o Estado.

Apresentou quadro à fl. 26 explicando que o crédito fiscal apropriado nas notas fiscais nº 114576, 116626, 116688 e 120849 registrou a devolução de saídas anteriormente tributadas, conforme notas fiscais das fls. 75 a 80. Acrescentou que os créditos também foram apropriados nos produtos grampo 26/6 cx 5000und, joelheira para motocicl, corda nylon ½ e outros para anulação de débitos em operações anteriores.

Em relação à infração 02, alegou que a autuação desobedeceu o princípio da anterioridade, previsto no inciso III do art. 150 da Constituição Federal. Assim, ao aumentar os valores da pauta fiscal de cervejas e refrigerantes, ocorreu majoração do imposto e seus efeitos somente poderiam ocorrer no ano seguinte e após passados noventa dias da sua publicação. Citou decisões do STJ indicando que o referido princípio se aplica às leis em sentido amplo, inclusive as instruções normativas.

Reclamou do percentual da multa aplicada, pois não foi comprovado intuito de fraude e viola o princípio do não confisco, previsto no inciso IV do art. 150 da Constituição Federal. Requereu a redução para o patamar de 20 a 30%.

Requereu, ainda, a aplicação do disposto no art. 112 do CTN, diante da dúvida, para considerar a interpretação mais favorável ao contribuinte.

O autuante apresentou informação fiscal às fls. 90 e 91. Disse que o autuado foi cientificado da ação fiscal via DTE (fl. 06) e que a ordem de serviço está descrita nos dados da lavratura (fl. 01). Alegou que o autuado não comprovou a participação das mercadorias relacionadas na infração 01 em seu processo produtivo e que o presente auto de infração não questiona se as mercadorias foram tributadas em operações anteriores às entradas cujos créditos foram glosados.

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Afasto toda discussão acerca da inconstitucionalidade da multa aplicada no presente auto de infração. De acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual nem a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. As multas aplicadas estão previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Rejeito o pedido de nulidade do auto de infração sob a alegação de que não teve acesso à ordem de serviço para verificar se o procedimento fiscal atendeu aos limites nele inseridos. A Ordem de Serviço se trata de um documento interno da Administração Fazendária, não interferindo na constituição do crédito tributário, bem como não cerceia o direito à ampla defesa e ao contraditório do contribuinte, inexistindo no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99 qualquer exigência expressa para apresentação da Ordem de Serviço ao contribuinte.

O autuado realiza atividade de fabricação e comercialização de cervejas e refrigerantes. Em relação à infração 01, afirma que as chapas de eucatex são utilizadas no cumprimento de suas atividades e que efetua o destaque do ICMS nas saídas que realiza com esse produto.

O autuado não explicou em sua defesa, com detalhe, a função da chapa de eucatex, mas somente a afirmação de que utiliza no cumprimento de suas atividades já caracteriza a mercadoria como material de uso ou consumo. Na sessão de julgamento, o patrono do autuado confirmou que o Eucatex é utilizado no transporte das mercadorias para dar estabilização à carga dentro do caminhão, confirmando tratar-se de material de uso ou consumo.

Afirmou que as saídas são tributadas, mas não apresentou qualquer nota fiscal para comprovar essa alegação. A nota fiscal de entrada nº 114.456, emitida pelo autuado, não está relacionada no demonstrativo de débito em CD à fl. 14 e apenas registra o retorno de mercadoria não entregue, incluído uma chapa de eucatex, com destaque do ICMS.

Segundo o autuado, as notas fiscais nº114.576, 116.626, 116.688 e 120.849, relacionadas pelo autuado no quadro à fl. 26, bem como nas notas relativas às entradas de grampo e joelheira, consistem em registros efetuados para estornar débitos indevidos em notas fiscais emitidas anteriormente pelo

próprio autuado.

De acordo com o art. 307 do RICMS, o débito fiscal somente poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal. A restituição de débito fiscal constante em documento fiscal, considerado pelo contribuinte como indevido, deve ser objeto de petição dirigida à autoridade competente, que definirá a forma de efetivação da restituição, se for o caso, nos termos do art. 75 e seguintes do RPAF. Infração 01 subsistente.

Em relação à infração 02, o autuado pauta sua defesa considerando que a vigência de norma, que promove o aumento da pauta fiscal dos produtos que comercializa, deveria observar o princípio da anterioridade, por representar majoração de tributo. Assim, a Instrução Normativa nº 31/2015, publicada em 27/08/2015, que alterou a Instrução Normativa nº 04/2009, elevou o valor da pauta fiscal de produtos que comercializa e somente deveria vigorar em janeiro de 2016.

A pauta fiscal estabelecida na Instrução Normativa nº 04/09 representa a média de preços usualmente praticados no mercado. O valor médio de cada produto pode sofrer alteração ao longo do ano para mais ou para menos, influenciado por fatores do mercado como concorrência, demanda, oferta, inflação, etc.

A elevação do preço de um produto é ocorrência natural na atividade comercial e não pode ser caracterizada como majoração de tributo, pois não decorre de aumento da alíquota incidente na operação por iniciativa do sujeito ativo.

Quem eleva o preço de um produto não é o Estado, mas os próprios contribuintes em razão de diversos fatores que afetam o mercado. O ajuste do valor da pauta para mais ou para menos busca evitar que a mercadoria seja tributada de forma desproporcional com a realidade.

Se o preço de uma mercadoria sofre redução no mercado, o ajuste do valor da pauta para menos evitará que haja de fato um aumento da tributação, pois a base de cálculo exigida estaria além da média dos preços praticados no mercado. Da mesma forma, quando o preço usualmente praticado no mercado com uma mercadoria sofre aumento, a manutenção de uma base de cálculo defasada implicaria em redução de tributação e prejuízo aos cofres públicos.

Assim, entendo que as alterações na média dos preços de mercado consistem em consequências naturais dos negócios e a sua adoção como base de cálculo não pode ser considerada como majoração de tributo, com consequente submissão ao princípio da anterioridade, quando a alteração aponta para uma elevação de seu preço. Infração 02 subsistente.

Na presente decisão não vejo como aplicar o disposto no art. 112 do CTN, pois não existiu dúvidas em relação a aplicação da interpretação da legislação tributária nas lides constantes das infrações.

Diante do exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278936.0004/19-6**, lavrado contra **NORSA REFRIGERANTES S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$129.604,58**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “e” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 31 de julho de 2020

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

