

A. I. Nº - 279462.0009/19-9
AUTUADA - ATACADÃO S/A
AUTUANTES - ANNA CRISTINA R. NASCIMENTO e NILDA BARRETO SANTANA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13.07.2021

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0062-05/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Infração 01. b) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração 02. 2. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Infração 03. Ocorrências impugnadas pelo sujeito passivo, objeto de revisão, com exclusão das mercadorias não beneficiadas com isenção do imposto ou não sujeitas ao regime da substituição tributária. Ajustes no lançamento para excluir também os valores em que houve repercussões tributárias entre as infrações, ou seja, reenquadramentos dos fatos autuados de uma ocorrência em outra. Rejeitadas as arguições de nulidade. Indeferido pedido de remessa dos autos para a realização de novas diligências. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 09/09/2019, para a exigência de ICMS, no valor principal de R\$27.981,72, mais acréscimos legais, contendo as seguintes imputações fiscais:

***Infração 01 – 01.02.03** – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Conforme consta no Relatório Demonstrativo de Crédito Indevido – Mercadorias Isentas, Exercícios 2015 e 2016 – Anexo I. Valor exigido: R\$ 7.255,40. Ocorrência verificada nos meses de setembro a novembro de 2015; janeiro, março, abril, junho, julho e setembro de 2016. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.*

***Infração 02 – 01.02.06** – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária. Conforme consta no Relatório Demonstrativo de Crédito Indevido – Mercadorias com ICMS Substituído, Exercícios 2015 e 2016 – Anexo II. Valor exigido: R\$ 19.476,32. Ocorrência verificada nos meses de janeiro a dezembro de 2015; janeiro a outubro e mês de dezembro de 2016. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.*

***Infração 03 – 03.02.05** – Recolheu a menor do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Conforme consta no Relatório Demonstrativo de Débito a Menor – Erro na Determinação da Base de Cálculo NF, Exercícios 2015 e 2016 – Anexo III. Valor exigido: R\$ 1.250,00. Ocorrência verificada nos meses de janeiro a dezembro de 2015; meses de setembro, outubro e novembro de 2016. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.*

O contribuinte foi notificado do lançamento, através de intimação pessoal, ocorrida em 12/09/2019 e ingressou com defesa administrativa, protocolada em 11/11/2019, em petição subscrita por procurador habilitado a atuar no presente PAF pelo instrumento de procuração juntado às fls. 46/56, verso.

Após fazer um registro dos fatos que conduziram às exigências fiscais, destacou como questão preliminar a falta de subsunção/fundamentação dos fatos apontados como infrações e a normas citadas na peça de lançamento, vício que conduzirá à nulidade do Auto de Infração. Destaca que o lançamento em lide é inepto, implicando em cerceamento do direito de defesa.

Caso seja superada essa preliminar a defesa, no mérito, afirma que as exigências fiscais não devem prevalecer.

No tocante à infração 01, a defendente pede a exclusão dos seguintes produtos:

- Pescados elencados no art. 265, II, “e”, do RICMS, vigente até 31/05/2016, alcançando filé de peixe piramutaba, peixe arraia posta e peixe piramatuba posta (NCM 03049900) – aponta os valores à pag. 53;
- Arroz para cães, excluídos do âmbito da isenção do imposto visto que não se destinava a alimentação humana – aponta valores à pág. 53;
- Produto elencado no art. 265, I, “a”, laranja pera (NCM 08051000) – aponta valores à pág. 53 também.

Em relação à Infração 02 a defesa descreve as seguintes situações aptas a desconstituir o lançamento de ofício em lide:

- Mercadoria com NCM não abrangida no regime de substituição tributária (planilha anexa);
- Item 11.16 do Anexo I do RICMS, que fazia referência ao Protocolo 50/05 que tratava de produtos derivados de farinha de trigo (planilha anexa);
- Produto não destinado à construção – conforme item 8 do Anexo I do RICMS (planilha anexa);
- Que havia previsão de substituição tributária apenas para a NCM 3204.17, conforme item 16.2, do Anexo I, do RICMS, vigente em 2016 (planilha anexa).

Discorreu, na sequência, que em relação ao produto algodão para polimento, trata-se de mercadoria sujeita à tributação normal. Igualmente em relação ao produto adoçante união light, mercadoria também abrangida no regime da ST, que enquadra tão somente o produto açúcar, nos exatos termos do art. 289, § 2º, II, do RICMS/12. Sustenta a defesa a total iliquidez da Infração 02, cujo reconhecimento desde já requer nestes termos.

Formula ao final pedido de remessa dos autos para a realização de perícia técnica, caso este órgão julgador não entenda de plano pelas indevidas cobranças. Indica assistentes técnicos qualificados às páginas 55 e 56 dos autos.

Finaliza a peça de defesa requerendo que a mesma seja acolhida para que seja declarada a total insubsistência do lançamento de ofício, seja pela preliminar ou no tocante ao mérito. Apresenta CD, anexado à fl. 68.

Prestada a Informação Fiscal pelas autuantes, em 13/03/2020, peça processual juntada às fls. 70/75 e correspondentes anexos. Declararam, inicialmente, que o contribuinte exerce atividade econômica de comércio varejista de supermercados, do tipo atacarejo (vendas por atacado para microempresas e no varejo para consumidor final, pessoa física ou jurídica). Ressaltaram ainda se tratar de uma empresa de grande porte, com matriz em São Paulo e diversas filiais na Bahia, sendo que este estabelecimento foi responsável por uma arrecadação de ICMS na ordem de 5 a 7,31 milhões de reais nos exercícios de 2015 e 2016.

Ressaltaram em seguida, que para algumas mercadorias existe interpretação dúbia sobre qual seja a correta tributação das mesmas, de forma que nos casos em que houve uniformidade na aplicação da carga tributária o fisco adotou a forma de tributação adotada pelo contribuinte. Porém, nos casos em que a carga tributária foi mista, o fisco aplicou a tributação devida ou que proporcionou menor prejuízo para o contribuinte.

Na Infração 01, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, as autuantes declararam que as mercadorias Arroz **AuAu (arroz para cães) e Pescados**, são isentas do imposto. Relativamente ao produto pescados informaram que o creditamento indevido somente foi considerado até o marco temporal de 31/05/2016, a partir do qual esses produtos passaram a ser tributadas na legislação (art. 265, II, letra “e” RICMS, alterado pelo Decreto 16.738, efeitos a partir de 01/06/16).

Quanto às operações com **arroz para cães**, ocorridas em 2015 e 2016, disseram que de acordo com a letra “c”, inc. II, do art. 265, a isenção concedida alcançava as mercadorias arroz e feijão, de forma irrestrita, sem diferenciar se para consumo humano ou para cães. Entretanto, somente a partir de 01/06/18 a isenção foi condicionada à cesta básica, na forma do Convênio 224/17. Sustentam as autuantes que a norma mais benéfica – isenção do arroz e do feijão indistintamente, prevalece sobre a norma mais restrita – isenção condicionada à cesta básica. Todavia, pontuaram que apesar da utilização do crédito sobre as entradas de arroz para cães contrariar a legislação o procedimento adotado pelo contribuinte não causou prejuízo para o Erário, pois todas as saídas desse item foram tributadas normalmente.

Em relação ao produto **laranja pera** as autuantes declaram se tratar de fruta e que o crédito apropriado é indevido, pois este item tem a isenção amparada no art. 265, inc. I do RICMS/12.

Na Infração 02, os créditos indevidos estão relacionados aos produtos algodão para polimento e adoçante união light, que as autuantes concordaram com a defesa que não se encontraram inseridos no regime de substituição tributária (ST), de forma que os créditos fiscais apropriados não são indevidos. Frisaram, entretanto, que nenhuma dessas mercadorias fazem parte do rol que integra a planilha que compõe a autuação.

Finalizaram a peça informativa afirmando que analisaram todas as alegações e provas acostadas pela defesa neste processo e que as mesmas serviram para modificar o Demonstrativo de Débito das infrações que integram o presente lançamento.

Houve alterações para mais em algumas exigências fiscais: Infração 01 modificada para a cifra de R\$10.230,32; Infração 02, para o montante de R\$25.197,99; e a Infração 03, esta, reduzida para o valor de R\$987,92.

Apresentaram novos Demonstrativos juntados às fls. 76 a 96 e mídia digital (CD, fl. 96). Foi consignado pelas autuantes, nesses demonstrativos, que quando o valor do débito ajustado fosse maior que o valor total do débito originário, a diferença aritmética seria objeto de lançamento complementar.

O contribuinte foi notificado acerca das alterações processadas no lançamento, através do Termo de Intimação inserido à fl. 98, com ciência em 18/03/2020, firmada por seu procurador devidamente habilitado nos autos. Após o transcurso do prazo de 10 (dez) dias o sujeito passivo permaneceu silente, não ingressando com novas razões impugnativas.

Na assentada de julgamento ocorrida em 24/09/2020, o PAF foi convertido em diligência, considerando que naquela ocasião, a autuante, que se encontrava presente à sessão desta 5ª JF, informou que as alterações promovidas nas infrações, na fase de informação fiscal, resultaram em migração de cobranças indevidas de uma ocorrência para outra, refletindo essas migrações nos valores apresentados nos novos demonstrativos de apuração do imposto.

Ocorre que essas migrações de valores configuram em algumas situações mudança de critério jurídico, a ensejar a necessidade de exclusão dessas cobranças lançadas neste PAF, visando a formalização de novo lançamento em outro processo, mantendo-se apenas os valores que não implicassem em reenquadramento do fato tributável. Nesse sentido, o PAF foi convertido em diligência, conforme Termo juntado às fls. 104/105, para que as autuantes fizessem os ajustes necessários no levantamento fiscal, com a subsequente ciência ao autuado.

Em atendimento ao quanto solicitado na diligência, as autuantes revisaram todas as infrações, excluindo de cada ocorrência os itens de mercadorias para os quais houve acatamento das razões apresentadas pelo contribuinte na Impugnação Fiscal, ajustando-se os lançamentos da seguinte forma:

- Se a situação tributária da mercadoria foi modificada de isenta para tributada, excluiu-se o item da cobrança do crédito indevido isentas e não se cobrou eventual diferença de débito a menor nas saídas por nota fiscal e por ECF.
- Se a situação tributária da mercadoria foi modificada de ST para tributada normalmente, excluiu-se o item da cobrança do crédito indevido ST e não se cobrou eventual diferença de débito a menor nas saídas por nota fiscal e por ECF.
- Se a situação tributária da mercadoria foi modificada de tributada para isenta, excluiu-se o item da cobrança do débito a menor nas saídas por nota fiscal e por ECF e não se cobrou eventual crédito indevido nas entradas de mercadorias por nota fiscal.
- Se a situação tributária da mercadoria foi modificada de tributada normalmente para ST, excluiu-se o item da cobrança do débito a menor nas saídas por nota fiscal e por ECF e não se cobrou eventual crédito indevido de ST nas entradas de mercadorias por nota fiscal.

Em decorrência, foram alterados todos os relatórios e demonstrativos de débito de cada infração, com a exclusão das possíveis repercussões tributárias entre as mesmas, ou seja, os reenquadramentos dos fatos autuados em outra infração, advindas dos ajustes efetuados quando da primeira informação fiscal. Apresentados novos Demonstrativos de Débito, por mês e ocorrência fiscal, conforme planilhas reproduzidas às fls. 112 a 119 dos autos, de forma que os valores cobrados no Auto de Infração foram reduzidos para os seguintes valores:

Infração 01 – R\$ 3.424,08;

Infração 02 – R\$ 16.328,72.

Infração 03 – R\$ 539,99.

Total R\$ 20.292,79

O contribuinte foi notificado acerca das alterações processadas nesta última revisão fiscal, com a entrega do inteiro teor do texto da diligência e dos correspondentes Demonstrativos. Em nova Manifestação, inserida entre as fls. 123/124 dos autos, datada de 02/03/2021, o contribuinte fez menção ao acatamento pela auditoria das razões apresentadas para o produto “arroz para cães” e nos demais itens reiterou as alegações apresentadas em sede de defesa.

As autuantes, em novo Informativo Fiscal (fl. 133), prestado em 22/03/2021, afirmaram que ao analisar o inteiro teor da Manifestação defensiva não detectaram nenhum fato novo, contendo essa peça somente reafirmações dos itens já questionados pelo contribuinte. Entendem que os esclarecimentos prestados na diligência fiscal são suficientes para o deslinde das questões postas no processo.

Apresentados memoriais pela defesa que serão apensados aos autos, contendo apenas razões reiterativas.

Este é o Relatório.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 03 (três) imputações fiscais, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

O contribuinte suscitou nulidade do presente Auto de Infração ao argumento de houve falta de subsunção/fundamentação dos fatos apontados como infrações e a normas citadas na peça de lançamento. Destacou que o lançamento em lide é inepto, implicando em cerceamento do direito de defesa.

A alegação de nulidade articulada na peça de defesa não se sustenta. Inicialmente, cabe consignar que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99. Base de impositivo e cálculo do imposto apurados e demonstrados pelas autuantes em atendimento dos procedimentos previstos na legislação regente da matéria. Os valores apurados na ação fiscal se encontram contidos nos demonstrativos de débito (docs. fls. 20 a 42; além da mídia digital – CD de dados – doc. fl. 43). O inteiro teor dessas peças processuais foi entregue ao contribuinte quando da notificação do lançamento, conforme assinatura firmada pelo procurador da empresa nos respectivos Demonstrativos, ocorrida 12/09/2019.

Quanto ao enquadramento legal das infrações e consectários legais (multas, juros e atualização monetária), as mesmas estão inseridas nos campos próprios do Auto de Infração e no campo intimação do Demonstrativo de Débito da mesma peça (fls. 5 a 7).

Sob o aspecto formal, observo ainda que na peça acusatória consta a indicação correta do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além da indicação dos dispositivos da legislação considerados infringidos. Registre-se ainda que a descrição das infrações na peça acusatória foi clara e determinada. O contribuinte contraditou os termos da acusação fiscal exercendo na plenitude o seu direito de defesa. Ademais, pela descrição de fatos o contribuinte entendeu do que foi acusado e ofertou a sua defesa de mérito. Pedidos de nulidade rejeitados.

Indefiro o pedido de remessa dos autos para a realização de novas diligências ou de perícia técnica considerando que estão presentes nos PAF elementos fático-probatórios suficientes para instrução e deliberação acerca das exigências fiscais, conforme será melhor detalhado no exame de mérito. Ademais a questões suscitadas na peça defesa não demandam análise técnica especializada a exigir a intervenção de perito para a solução da lide.

Passo doravante ao exame das questões de mérito articuladas na peça defensiva.

Na Infração 01, a cobrança de ICMS se refere à utilização indevida de crédito fiscal decorrente da entrada de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Na fase de informação fiscal as autuantes afirmaram que as mercadorias “**Arroz para cães**” e **Pescados**, são isentas do imposto.

Relativamente ao produto pescados o creditamento indevido do imposto somente foi considerado até o marco temporal de 31/05/2016, a partir do qual esses produtos passaram a ser tributados na legislação (art. 265, II, letra “e”, RICMS, alterado pelo Decreto 16.738, efeitos a partir de 01/06/16). Em relação a este item a cobrança não sofreu alterações.

Quanto às operações com o produto **arroz para cães**, que é uma espécie de “ração pet”, entendo que as autuantes se equivocaram ao interpretar que essa mercadoria se encontrava beneficiada com a isenção do ICMS. O benefício fiscal a que faz referência a norma contida no art. 265, inc. II, alínea “c” do RICMS/12, foi concebida para alcançar as operações com arroz destinado a consumo humano. Posteriormente este produto foi enquadrado na “cesta básica”, com tributação reduzida. Ademais, no caso concreto, as operações de aquisição de **arroz para cães** foram tributadas nas saídas subsequentes pela empresa, sem qualquer repercussão em desfavor do erário estadual. Item, portanto, excluído da autuação fiscal.

Em relação ao produto **laranja pera** trata-se na verdade de uma espécie de fruta, de forma que o crédito apropriado é indevido, pois esta mercadoria é beneficiada com a isenção do imposto, prevista no art. 265, inc. I do RICMS/12. Não comprovado que as saídas dessa mercadoria se deram com lançamento a débito do ICMS. Item mantido na autuação.

Na Infração 02, os créditos indevidos, que segundo a defesa deveriam ser objeto da exclusão do lançamento, estão relacionados às entradas dos produtos algodão para polimento e adoçante união light. As autuantes concordaram com a defesa no sentido de que estes itens não se encontraram inseridos no regime de substituição tributária (ST), porém, pontuaram que essas mercadorias não fazem parte do rol que integra a planilha que compõe a autuação, que abarca,

principalmente, produtos derivados de chocolates (ovos Nestlé), massas de diversas espécies, salgadinhos e lâmpadas.

Não houve contestação empresarial específica em relação as cobranças lançadas na Infração 03.

Analisadas as demais alegações e provas acostadas pela defesa neste processo, as autuantes processaram modificações no Demonstrativo de Débito de todas as infrações, inclusive através de alterações de ofício nos valores apurados. Houve alterações para mais em algumas exigências fiscais: Infração 01 modificada para a cifra de R\$10.230,32; Infração 02, para o montante de R\$25.197,99; e a Infração 03, esta, reduzida para o valor de R\$987,92. Apresentaram novos Demonstrativos juntados às fls. 76 a 96 e mídia digital (CD, fl. 96).

Foi consignado pelas autuantes, nesses demonstrativos que quando o valor do débito ajustado fosse maior que o valor total do débito originário, a diferença aritmética seria objeto de lançamento complementar.

O contribuinte após ser notificado acerca das alterações processadas no lançamento, através do Termo de Intimação inserido à fl. 98, com ciência em 18/03/2020, firmada por seu procurador, permaneceu silente, não ingressando com novas razões impugnativas.

Ocorre que as alterações processadas pelas autuantes na fase de informação fiscal resultaram, para algumas situações, em mudança de critério jurídico, visto que a exclusão de uma cobrança implicou no reenquadramento do fato em outra infração, repercutindo no *quantum debeatur*. Em decorrência, o PAF foi convertido em diligência por esta 5ª JJF, conforme Termo juntado às fls. 104/105, para que as autuantes fizessem os ajustes e exclusões necessárias no levantamento fiscal, com a subsequente ciência ao autuado.

Em atendimento ao quanto solicitado na diligência, as autuantes revisaram todas as infrações, excluindo de cada ocorrência os itens de mercadorias para os quais houve acatamento das razões apresentadas pelo contribuinte na Impugnação Fiscal, ajustando-se os lançamentos da seguinte forma:

- Se a situação tributária da mercadoria foi modificada de isenta para tributada, excluiu-se o item da cobrança do crédito indevido isentas e não se cobrou eventual diferença de débito a menor nas saídas por nota fiscal e por ECF.
- Se a situação tributária da mercadoria foi modificada de ST para tributada normalmente, excluiu-se o item da cobrança do crédito indevido ST e não se cobrou eventual diferença de débito a menor nas saídas por nota fiscal e por ECF.
- Se a situação tributária da mercadoria foi modificada de tributada para isenta, excluiu-se o item da cobrança do débito a menor nas saídas por nota fiscal e por ECF e não se cobrou eventual crédito indevido nas entradas de mercadorias por nota fiscal.
- Se a situação tributária da mercadoria foi modificada de tributada normalmente para ST, excluiu-se o item da cobrança do débito a menor nas saídas por nota fiscal e por ECF e não se cobrou eventual crédito indevido ST nas entradas de mercadorias por nota fiscal.

Foram revisados, portanto, todos os relatórios e demonstrativos de débito de cada infração, com a exclusão das repercussões tributárias entre as mesmas, ou seja, os reenquadramentos dos fatos autuados de uma ocorrência em outra, advindas dos ajustes efetuados quando da primeira informação fiscal. Apresentados novos Demonstrativos de Débito, por mês e ocorrência fiscal, às fls. 112/119. As infrações passaram a ter a seguinte composição:

Infração 01 – R\$ 3.424,08;

Infração 02 – R\$ 16.328,72.

Infração 03 – R\$ 539,99.

Total R\$ 20.292,79

Contribuinte foi cientificado acerca das alterações processadas na última revisão fiscal das autuantes, reiterando as razões apresentadas na inicial defensiva, manifestando inclusive a sua concordância com a retirada da autuação do produto “**arroz para cães**”.

A matéria controvertida neste PAF ficou restrita a poucos produtos e operações: laranja pera e pescados (até 31/05/2016), beneficiados com a isenção do imposto; massa de pastel (NCM 1902.1, conforme consta do item 11.16 do Anexo I, do RICMS, submetida ao regime da ST); operações com recolhimento a menor do imposto e algumas não impugnadas pelo sujeito passivo.

Esta relatoria acolhe integralmente as revisões fiscais realizada pela auditoria e com base nos fundamentos de fato e de direito retro expostos, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que fica reduzido de R\$27.981,72 para R\$20.292,79.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279462.0009/19-9**, lavrado contra **ATACADÃO S/A**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$20.292,79**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alínea “a”, e VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos demais consectários legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, em 14 de maio de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

ANTÔNIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – JULGADOR