

PROCESSO - 279462.0006/19-0
RECORRENTE - ATACADÃO S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5^a JJF nº 0061-05/21-VD
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/05/2022

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0090-11/22-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. Infrações 03 e 04. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário nos termos do art. 169, inc. I, letra “b” do RPAF/99, em razão do Acórdão nº 0061-05/21-VD, da 5^a JJF, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 05/09/2019, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$56.153,35, decorrente das infrações abaixo identificadas:

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, Exercício de 2016 – Anexo II. Valor exigido: R\$30.003,98. Ocorrência verificada nos meses de janeiro a dezembro de 2016. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 - 03.02.02 - Recolheu a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Conforme consta no Relatório Demonstrativo de Débito a Menor – Erro na Aplicação da Alíquota (CFOP x UF). Exercício de 2016 – Anexo III. Valor exigido: R\$13.062,80. Ocorrência verificada nos meses de janeiro a dezembro de 2016. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a” da Lei nº 7.014/96.

Inconformada com o Auto de Infração a autuada procedeu à impugnação (fls. 38 a 50) aduzindo razões de fato e de direito.

Após a devida instrução processual, assim decidiu a 5^a JJF:

“VOTO”

O Auto de Infração em lide é composto de 04 (quatro) 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 imponível e cálculo do imposto apurados e demonstrados pela autuante 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. 17 a 34; além da mídia digital – CD de dados – doc. fl. 35). 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 “Enquadramento” e “Multa Aplicada” do Auto de Infração e no campo intimação 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 e/ou perícias técnicas considerando que estão presentes nos autos elementos fático-probatórios suficientes para instrução e deliberação acerca das questões de ordem substancial da exigência fiscal, conforme será melhor detalhado no exame de mérito. Ademais as questões suscitadas na peça de 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 que envolve a cobrança de ICMS por utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, na fase de informação fiscal, as autuanteras afirmaram que as operações com mercadoria Arroz para cães, em 2015 e 2016, eram isentas do imposto, conforme previsto no art. 265, inc. II, alínea “c” do RICMS-Ba. Que a referida isenção alcançava as mercadorias arroz e feijão, de forma irrestrita, sem diferenciar se para consumo humano ou para cães. Somente a partir de 01/06/18 a isenção foi condicionada à cesta básica, na forma do Convênio 224/17. Sustentaram ainda que a norma mais benéfica – isenção do arroz e do feijão indistintamente, prevalece sobre a norma mais restrita – isenção condicionada à cesta básica. 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.

Esta relatoria entende que as autuanteras se equivocaram ao interpretar que o produto arroz para cães, uma espécie de ração pet, se encontrava beneficiada com a isenção, visto que o benefício fiscal a que faz referência a norma do RICMS sempre foi interpretada para as operações em que o produto é destinado a uso humano com posterior enquadramento na cesta básica e tributação reduzida. Este item foi excluído da exigência fiscal, considerando inclusive que a empresa se creditou do imposto na etapa de entrada desse produto e procedeu à tributação normal nas subsequentes saídas, não gerando qualquer prejuízo para a Fazenda Estadual. A glosa dos créditos para este item é indevida. Infração 01 insubstancial.

Na Infração 02, relacionada aos créditos indevidos de produtos enquadrados no regime de substituição tributária, as autuanteras, na fase de informação fiscal, procederam ajustes na cobrança do imposto, considerando as contestações apresentadas na inicial defensiva:

Para a mercadoria Corante Guarany da posição NCM 3204.1400 acataram a alegação do contribuinte, pois a previsão de ST somente alcança a NCM 3204.17, conforme item 16.2, e o item 40.10 que foi excluído do Anexo I, do RICMS/12.

O produto lápis de cor da posição NCM 9609.1 não está sujeita do regime da ST, sendo pertinente a alegação do contribuinte de que a mesma se encontra submetida à tributação normal.

A mesma situação se aplica aos produtos Silicone Proauto da posição NCM 3405.9 e Massa para Pastel Mezzani da posição NCM 1902.2000, todos excluídos do regime de antecipação tributária.

Mantida na autuação somente para a mercadoria Massa para Pastel da posição NCM 1902.1, conforme item 11.16 do Anexo I, do RICMS.

Ajustes de enquadramento corretos no Auto de Infração. Exigência fiscal parcialmente mantida.

Na Infração 03, que se refere à cobrança do ICMS por recolhimento a menor do tributo, houve concordância das autuanteras para a exclusão dos produtos Cobertura de Chocolate da posição NCM 1704.9 e 1806.9; itens de Higiene de Toucador da posição NCM 3924; Salgadinhos Aperitivos da posição NCM 2008.1; e, Banha da posição NCM 1501.1, todos eles enquadrados no regime de substituição tributária interna.

Quanto ao produto Brócolis Congelado e Couve Flor Congelada, da posição NCM 07010.8000, a defesa sustentou que são mercadorias isentas conforme art. 265, inc. II, letra “a” do RICMS/Ba. Estes produtos foram excluídos da exigência fiscal considerando o seu enquadramento na norma de isenção e os pareceres da DITRI

citados na peça informativa.

Para a mercadoria Sidra Cereser sem Álcool, da posição NCM 2202.1000 a alegação do contribuinte não procede visto que este produto não se enquadra no item 37 do Anexo I, do RICMS (refrigerantes e extratos concentrados destinados ao preparo em máquinas – pré-mix e post-mix – NCM 2202; 2106.90.1. Item mantido na exigência fiscal.

A Infração 03 também revisada do valor do débito.

No tocante à Infração 04, que contempla a acusação fiscal de recolhimento a menor por erro na determinação da base de imponível, a defesa não apresentou qualquer manifestação de desconformidade com esta cobrança. Item, portanto, não impugnado.

Em decorrência das alterações processadas no lançamento o valor do total débito do Auto de Infração deveria ter sido reduzido. No entanto, conforme planilhas anexadas às fls. 75/76, ocorreu agravamento para todas as cobranças, exceto a Infração 03.

É que as alterações processadas pelas autuantes na fase de informação fiscal resultaram, para algumas situações, em mudança de critério jurídico, implicado ainda em majoração de valores das infrações 01, 02 e 03, visto que a exclusão de uma cobrança resultou no reenquadramento do fato em outra infração.

Em razão dessa desconformidade, o PAF foi convertido em diligência por esta 5ª JJF, conforme Termo juntado às fls. 97/98, 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.

Apresentados novos Demonstrativos de Débito, por mês e ocorrência fiscal, conforme planilhas reproduzidas às fls. 105 a 106 dos autos, de forma que os valores cobrados no Auto de Infração foram reduzidos para os seguintes valores:

Infração 01 – R\$ 0,00;

Infração 02 – R\$ 28.991,59;

Infração 03 – R\$ 3.498,51;

Infração 04 – R\$ 325,29.

Total R\$ 32.815,39

O Contribuinte foi cientificado acerca das alterações processadas na última revisão fiscal das autuantes, reiterando as razões apresentadas na inicial defensiva.

Observo que foram mantidas as exclusões de cobranças das infrações 01, 02 e 03 processadas por ocasião da primeira Informação Fiscal, com a acolhimento das razões apresentadas na inicial defensiva para os produtos: arroz para cães, corante Guarany, lápis de cor, silicone pro auto, massa para pastel Mezzani, cobertura de chocolate, itens de higiene de toucador, salgadinho aperitivo, banha, brocólis congelado e couve flor congelado.

Mantida na autuação as exigências relativas ao produto Sidra sem álcool (NCM 2202.1000), que não se pode ser enquadrada como refrigerante. Também exigível a cobrança do imposto sobre as operações com a mercadoria Massa para Pastel da posição NCM 1902.1, conforme item 11.16 do Anexo I, do RICMS.

Esta relatoria acolhe integralmente as revisões fiscais realizadas pela auditoria e com base nos fundamentos de fato e de direito retro expostos, nosso voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que fica reduzido de R\$56.153,35 para R\$32.815,39.

Irresignado com a decisão de piso, exarada pela 5ª JJF, o Contribuinte impetrou Recurso Voluntário (fls. 157 a 165) combatendo a Decisão recorrida.

Na peça defensiva relaciona todas as infrações, aduzindo que apresentou na fase impugnatória argumentos e farta documentação para arguir os termos das acusações postas.

Preliminarmente pede a nulidade do Auto de Infração ao questionar que houve cerceamento de defesa devido a capitulação de cada uma das acusações foram genéricas o que ofendo aos termos do art. 142 do CTN e 39, III, V, “a”, “b”, “c” e VI do Decreto nº 7.629/99.

No mérito a Impugnante faz a sua defesa em relação as infrações remanescentes (infrações 2, 3 e 4) de duas mercadorias, a saber: Sidra Cereser sem álcool – NCM 2201.1000 e Massa para Pastel – NCM 1902.1. Em sua ótica não haveria óbice na utilização dos créditos do imposto, pois tais mercadoria não se submetiam ao ICMS – ST como mencionado na acusação fiscal.

Protesta nenhuma das mercadorias estão listas no rol do Anexo 1 do RICMS/BA, pedindo que seja cancelado o AI em lide.

Finaliza reclamando da falta de razoabilidade da multa, aduzindo do seu caráter confiscatória citando jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF).

Ao fim a ao cabo pede a nulidade do Auto de Infração.

VOTO

O Recurso Voluntário é tempestivo, atendendo ao que determina o art. 171 do RPAF (Decreto nº 7.629/99), desta forma o acolho.

Preliminarmente é suscitada a questão de nulidade do Auto de Infração por cerceamento do direito de defesa. Não vislumbro quaisquer motivos para a nulidade do feito listados no art. 39 do RPAF/BA, pois foi identificado corretamente o sujeito passivo, o dia, a hora e o local da notificação, a descrição dos fatos considerados na infração, demonstrativo dos débitos de cada fato, a data e a ocorrência do fato gerador, as alíquotas aplicáveis, o percentual de multa, os acréscimos tributários, a fundamentação legal e mais do que tudo quanto descrito, a Autuada, se posicionou em relação a cada uma das Infrações da qual foi acusada. Desta forma, rejeito a preliminar de nulidade.

Inicialmente a lide se assentou em quatro acusações, das quais em fase impugnatória a Infração 1 foi totalmente desonerada e a infração 4 não houve manifestação da defesa, tornando-se subsistente. Desta forma, restaram as Infrações 2 e 3 para serem analisadas e uma decorre da outra.

Face ao exposto o mérito da contenda se restringe a duas mercadorias a Sidra Cereser sem álcool – NCM 2201.1000 (que consta na Infração 3) e Massa para Pastel – NCM 1902.1 (que consta na Infração 2).

No que se refere à Massa para Pastel – NCM 1902.1, consta no Anexo 1 do RICMS/BA (item 16.11) relativo a todo período fiscalizado, desta forma não cabe a pretensão da Autuada em se esquivar dessa acusação fiscal, mantida a cobrança nesse item.

Já a mercadoria Sidra Cereser sem Álcool, da posição NCM 2202.1000 a alegação do contribuinte não prospera, haja visto que este produto não se enquadra no item 37 do Anexo I, do RICMS (refrigerantes e extratos concentrados destinados ao preparo em máquinas – pré-mix e post-mix – NCM 2202; 2106.90.1. Mantendo a cobrança nesse item.

A desproporcionalidade da multa aplicada reclamada pela Autuada não cabe reparo, pois decorreu da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Esse Órgão Julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa ou mesmo a declaração de constitucionalidade da legislação estadual, decorrente de obrigação principal, nos termos do art. 167, I do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Desta forma, Não dou Provimento ao Recurso Voluntário, pugnando pela manutenção da decisão

de piso para considerar PROCEDENTE EM PARTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida para julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279462.0006/19-0, lavrado contra **ATACADÃO S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$32.815,39**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “a”, e inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e dos demais consectários legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FRANCISCO AGUIAR DA SILVA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS