

PROCESSO - A. I. Nº 279462.0007/19-6
RECORRENTE - ATACADÃO S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0073-05/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 31/05/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0122-12/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração 01. Item parcialmente mantido, com a exclusão de produto não sujeito à ST nos meses objeto da cobrança. 2. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA E DA BASE DE CÁLCULO. Infrações 02, 03 e 04. As ocorrências 02 e 03 foram parcialmente impugnadas pelo sujeito passivo. Ambas foram objeto de revisão fiscal. Exclusão das mercadorias beneficiadas com isenção do imposto ou 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, implicando em mudança de critério jurídico. Infração 04 não impugnada. 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

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra a Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 05/09/2019, no valor de R\$ 87.607,60, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 01.02.06 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$27.370,57, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96. Infração parcialmente subsistente, é objeto do Recurso Voluntário.

Infração 02 - 03.02.02 – Recolheu a menor ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$12.431,08, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96. Infração parcialmente subsistente, é objeto do Recurso Voluntário.

Infração 03 - 03.02.02 - Recolheu a menor ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$47.590,04, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96. Infração parcialmente subsistente, é objeto do Recurso Voluntário.

Infração 04 - 03.02.05 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de outubro a dezembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$215,91, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96. Infração não contestada, não é objeto do Recurso Voluntário.

A 5ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0073-05/21-VD (fls. 138 a 146), com base no voto a seguir transcrito:

“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 impositiva e cálculo do imposto apurados e demonstrados pelas autuantes em atendimento aos 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 a tipificação 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 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 e/ou perícias técnicas considerando que estão presentes no processo elementos fático-probatórios suficientes para a 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** relacionada aos créditos indevidos de produtos enquadrados no regime de substituição tributária, as autuantes, na fase de informação fiscal, procederam ajustes na cobrança do imposto, considerando as contestações apresentadas na inicial defensiva:*

- Em relação às aquisições da mercadoria **Massa para Pastel**, da posição NCM 1902.1, item 11.16 do Anexo I do RICMS, as alegações empresariais não procedem, visto se tratar de produto que está enquadrado no regime de substituição tributária, derivado de farinha de trigo. Portanto, procede a manutenção da glosa dos créditos fiscais, considerando ainda que as saídas subsequentes desse produto foram sem tributação do ICMS;*
- Para o segundo item – **Banha** da posição NCM 1501.1000 – as alegações empresariais procedem. Houve retificação da situação tributária deste item, que passou a ser tributado pelo regime da Substituição Tributária somente a partir de 01/06/16, conforme item 11.31.1, do Anexo I do RICMS/12.*

*Nas **Infrações 02 e 03**, que se referem à cobrança do ICMS por recolhimento a menor do tributo nas saídas acobertadas por nota fiscal e cupom fiscal ECF, houve concordância das autuantes para a exclusão dos produtos **Cobertura de Chocolate** da posição NCM 1704.9 e 1806.9; **Salgadinhos Aperitivos** da posição NCM 2008.1; e, **Banha** da posição NCM 1501.1, todos eles enquadrados no regime de substituição tributária interna, por força de previsão expressa no Anexo I do RICMS/12. Procedem os argumentos da defesa.*

*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. Procedem aqui também os argumentos empresariais.*

*No que se refere aos itens **Cachaça do Brasil e Sidra Felicidade**, foram acolhidas as alegações defensivas, considerando que estes produtos estavam inclusos no regime de antecipação tributária total, no período alcançado pela autuação, de acordo com o item 11.31.1, do Anexo I, do RICMS/12.*

*Em relação a mercadoria **Coqueteleira Unicasa Inox**, a Auditoria também acatou os argumentos defensivos, visto que este item não é bebida alcoólica, estando sujeito ao regime de tributação normal. Razões defensivas, portanto, acolhidas.*

*Para o produto **Macarrão Urbano Arroz**, da posição NCM 1902.1100, as autuantes afirmaram que também assiste razão ao contribuinte, visto se tratar de produto sujeito à tributação pela alíquota de 7% (Cesta Básica), conforme art. 16, inc. I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96. Cobrança pelas alíquotas normais de 17% ou 18%, portanto, indevida.*

*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.*

*O mesmo se aplica à mercadoria **Cola Instantânea Super Bonder**, da posição NCM 3506, produto que foi excluído do regime da Substituição Tributária quando o item 24.92 deixou de constar do Anexo I do RICMS/12. Alegação empresarial não acolhida.*

*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 na sua totalidade. No entanto, conforme planilhas anexadas às fls. 76/77, ocorreu agravamento da cobrança no item 01 da peça de lançamento.

As alterações processadas pelas autuantes na fase de informação fiscal resultaram em mudança de critério jurídico, 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. 95/96, para que as autuantes fizessem os ajustes e exclusões necessárias no levantamento fiscal, com a subsequente ciência ao autuado.

Em atendimento ao quanto solicitado no Termo de 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 o lançamento 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\$26.707,61;
Infração 02 – R\$3.714,62;
Infração 03 – R\$4.140,25
Infração 04 – R\$215,91.
Total **R\$34.778,39.**

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

*Observe que foram mantidas as exclusões de cobranças das infrações 01, 02 e 03 processadas por ocasião da primeira Informação Fiscal, com o acolhimento das razões apresentadas na inicial defensiva para os produtos: **banha, cobertura de chocolate, salgadinho aperitivo, brócolis congelado e couve flor congelado, cachaça do Brasil e sidra Felicidade, coqueteleira e macarrão.***

*Remanesceram na autuação as exigências relativas ao produto **Sidra sem álcool** (NCM 2202.1000), que não 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, enquadrado no item 11.16 do Anexo I do RICMS/12, por se tratar de produto derivado de farinha de trigo, e, as cobranças relativas à mercadoria **Cola Instantânea Super Bonder**, da posição NCM 3506, produto a que foi excluído do regime da Substituição Tributária, sujeito, portanto, à tributação normal. Quanto aos demais produtos não houve contestação das cobranças por parte do contribuinte.*

*Considerando o acima exposto, esta relatoria acolhe integralmente as sucessivas revisões fiscais realizadas 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\$87.607,60** para **R\$34.778,39.**”*

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 157 a 161-verso), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, onde, preliminarmente, suscitou a nulidade da autuação por cerceamento de defesa, por não tipificar a infração imputada com a exatidão que a lei impõe, indicando apenas os artigos e

omitindo os incisos, alíneas e parágrafos supostamente associados e aplicáveis, violando o Art. 142 do CTN e o Art. 39, II, V e VI do RPAF/99.

Em relação à Infração 01, disse ter demonstrado em sua Defesa que os produtos arrolados não estavam sujeitos ao regime de substituição tributária, a exemplo dos produtos MASSA PASTEL MEZZAN APERITIVO e BANHA SADIA 1X30 1KG (incluída na ST apenas a partir de 01/01/2016).

Em relação às Infrações 02 e 03, falou que estavam sujeitos a situações que afastavam a incidência do ICMS, como o ICMS ST, ou eram alcançados por alíquotas e/ou cargas tributárias menores das indicadas na autuação, citando como exemplo os produtos SIDRA CERESER S/ALCOOL GFA 1X1 e COBERT. CHOC. HARALD (Infração 02) e AMENDOIM S. HELENA CROKISSIMO NAT. e COLA INST. SUPER BONDER POWER FLEX (Infração 03).

Acrescentou que, após Diligência, foram excluídas as exigências relativas aos produtos BANHA, AMENDOIM DORI, AMENDOIM S. HELENA, COBERTURA DE CHOCOLATE, BRÓCOLIS DAUCY CONGELADO, COUVE FLOR DAUCY, CACHAÇA DO BRASIL, SIDRA FELICIDADE, COQUETEIRA UNICASA INOX e MAC. URBANO ARROZ, mas permaneceram itens que possuem causas jurídicas autônomas capazes de serem afastados de qualquer tributação complementar, como SIDRA CERESER S/ALCOOL e COLA INST. SUPER BONDER POWER FLEX.

Destacou que os produtos mantidos foram devidamente planilhados com as justificativas particulares quanto ao seu direito, remetendo à farta documentação juntada aos autos.

Discorreu sobre a desproporcionalidade entre a infração cometida e as multas aplicadas no percentual de 60%, as quais atribuiu natureza confiscatória, citando julgados do STF.

Requeru o cancelamento do lançamento por sua insubsistência.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra a Decisão que julgou pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS e multa em razão de 4 infrações, sendo objeto do Recurso Voluntário as Infrações 01, 02 e 03, em razão da utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária e de recolhimento a menor do imposto em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação.

De logo, ressalto que esta Câmara não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, não cabendo também a este órgão julgador a declaração de ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do Art. 167, I e III do RPAF/99.

Esclareço ainda, que as multas aplicadas, todas no percentual de 60%, estão previstas no Art. 42, II, “a”, e VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

Preliminarmente, verifico que não se encontra no presente processo nenhum motivo elencado na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração, tendo o lançamento sido efetuado de forma compreensível, indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada, bem como não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, com o imposto e sua base de cálculo apurados conforme os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Não vislumbro vício no enquadramento das infrações, pois em todas estão indicados os incisos e parágrafos que podem ser tipificados, senão vejamos:

Infração 01: foram indicados os Arts. 9º e 29, §4º, II da Lei nº 7.014/96, c/c o Art. 290 do RICMS/12 – neste caso, está detalhada a indicação dos dispositivos infringidos, em que é vedado o creditamento relativo às mercadorias sujeitas à substituição tributária;

Infrações 02 e 03: foram indicados os Arts. 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96 – são os dispositivos que definem as alíquotas aplicáveis a cada produto, de acordo com cada inciso. São diversos produtos, cada um com sua alíquota específica, relacionados em 52 folhas na Infração 02 e 15 folhas na Infração 03, não tendo como indicar cada inciso infringido.

Além disso, não teria resultado em nulidade o erro na indicação, o que não ocorreu, já que restou indubitável a infração cometida e o seu enquadramento legal, conforme estabelece o Art. 19 do RPAF/99, *in verbis*:

“Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.”

E, conforme demonstrado na Defesa e no Recurso Voluntário, o Autuado compreendeu as acusações que lhe foram imputadas, e se manifestou de forma clara quanto ao mérito da autuação, não tendo nenhuma dificuldade para apresentar seus argumentos, o que, com base no princípio *pas de nullité sans grief*, inserto no §2º, do Art. 18 do RPAF/99, e no parágrafo único do Art. 283 do novel CPC, não implica em nulidade.

Ante o exposto, rejeito a nulidade suscitada.

No mérito, verifico que o Acórdão recorrido somente não acolheu as alegações relativas aos produtos MASSA P/ PASTEL, na Infração 01, e SIDRA CERESER S/ ALCOOL e COLA INST. SUPER BONDER, nas Infrações 02 e 03.

No tocante ao produto MASSA P/ PASTEL, não há reparo a fazer na Decisão recorrida. Este produto possui a NCM 1902.19, que relaciona as massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo, que não contenham ovos, enquadrado na substituição tributária no item 11.16 do Anexo 1 do RICMS/12.

Quanto ao produto SIDRA CERESER S/ ALCOOL, não há como classificar este produto como refrigerante, afinal não é porque o produto foi fabricado sem álcool, que ele se tornou um refrigerante. Em outro exemplo, a cerveja sem álcool não passa a ser um refrigerante só porque não tem álcool. Ademais, uma característica dos refrigerantes é não utilizar fermentação no seu processo produtivo, e a SIDRA CERESER S/ ALCOOL é um fermentado de maçã. Portanto, mantenho a Decisão recorrida quanto a este produto.

Quanto ao produto COLA INST. SUPER BONDER, NCM 3506.10.10, não estava incluído no regime de substituição tributária no exercício de 2016. O item 11.31.1 do Anexo 1 do RICMS/12, indicado pelo Autuado em seu Recurso, se refere a *“carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves e de suínos”*. Logo, mantenho a Decisão recorrida quanto a este produto.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279462.0007/19-6**, lavrado contra **ATACADÃO S.A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 34.778,39**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, incisos II, “a” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de abril de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS