

<b>PROCESSO</b>	- A. I. Nº 020747.0103/01-9
<b>RECORRENTE</b>	- INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A
<b>RECORRIDA</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0219-02/02
<b>ORIGEM</b>	- INFAZ BONOCÔ (INFAZ PIRAJÁ)
<b>INTERNET</b>	- 03.10.02

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF Nº 0349-12/02**

**EMENTA:** ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LEITE. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. RETENÇÃO DO IMPOSTO EFETUADA A MENOS. A lei atribui ao fabricante a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo referente à operação subsequente a ser realizada pelos adquirentes neste Estado. Como a retenção foi efetuada a menos, é devido o pagamento da diferença apurada. Corrigido o erro no levantamento. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão Recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

## **RELATÓRIO**

O autuado interpôs tempestivamente, o Recurso Voluntário, na forma prevista no art. 169, II, “b”, do RPAF/99, ao tomar ciência da decisão proferida na 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, através do Acórdão nº 0219-02/02.

A acusação fiscal apurou o valor de R\$65.963,97 de imposto, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Retenção e recolhimento a menor do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes neste Estado, nos exercícios de 1997 a 1999, no valor de R\$63.871,81;
2. Entrada de mercadorias tributadas no estabelecimento, sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$2.092,16.

O autuado, às fls. 237 a 252, na peça defensiva argüi nulidade, sob a alegação de ter a autuante cerceado o seu direito de defesa, ao omitir os levantamentos analíticos que originaram a infração 01. Disse ainda que a autuação abrange o período de 1997 a 1999, mas em relação ao débito apontado em 1999, a defesa teria ficado prejudicada diante da falta de levantamento analítico, não podendo verificar quais os produtos e as notas fiscais consideradas pela autuante.

Cita Resoluções proferidas neste Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), em que se julgou o Auto de Infração Nulo, diante da ausência dos levantamentos analíticos.

No mérito, alegou que operava no ramo de produção e comercialização de laticínios e que os produtos que comercializam tem uma composição, que se não conhecida perfeitamente pode conduzir o profissional a chegar a conclusões equivocadas e por essa razão descreve os produtos que fizeram parte da autuação.

Afirma que o Ministério da Agricultura estabeleceu normas técnicas para classificação dos produtos. Discorreu sobre a composição dos referidos produtos, constantes do Auto de Infração e os critérios de tributação dos mesmos nos países pertencentes do Mercosul.

Acrescenta que o RICMS/97 dispõe sobre a retenção do ICMS nas operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, mas que no art. 353, inciso II, não menciona os códigos 0402.99.00 e 0403.90.00, e por isso entende que somente o **iogurte** teve o tratamento tributário adequado, e que o leite aromatizado e o **valegut** foram indevidamente considerados como produtos substituídos. Elaborou um levantamento depois de proceder os ajustes quanto aos produtos que entendia não estarem sujeitos ao regime da substituição tributária e ressaltou não efetuar no exercício de 1999, porque a autuante não apresentou o demonstrativo analítico do referido exercício. Ao final requereu a nulidade ou se ultrapassada que se julgasse improcedente a acusação fiscal.

A autuante, na Informação Fiscal, rechaçou a nulidade suscitada, e informou que não considerou necessário o demonstrativo analítico de 1999, pelo fato de ter feito constar no rodapé do demonstrativo de fl. 10, e acrescentou ainda que o autuado teria condições de apurar os produtos e as notas fiscais do referido exercício, porque a empresa reteve e apurou o imposto através das notas fiscais só que ao invés de utilizar a MVA de 40%, utilizou 10%, e por esta razão assegura que não houve cerceamento de defesa.

No mérito, alegou que a empresa comercializa produtos derivados do leite, e quanto ao leite achocolatado, este produto consta das notas fiscais da empresa na posição NCM 2202.90.00 e que os produtos estão consignados nos itens 3.3 e 3.4, do inciso II, do art. 353, do RICMS que trata da retenção do imposto pelo substituto tributário. Referente à infração 2, não tendo a defesa impugnado, disse que a mesma ficava ratificada. Concluiu, requerendo a procedência do Auto de Infração.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela diligência à INFAZ de origem para que a autuante fizesse a juntada dos demonstrativos analíticos do exercício de 1999 e a reabertura do prazo de defesa para o autuado, devendo serem fornecidas cópias dos elementos anexados pela autuante, conforme dispõe o § 1º, do art. 18, do RPAF/99.

A autuante, à fl. 317, informa que, com base nas notas fiscais de saída ao aplicar a MVA de 40%, pelo fato da empresa ter utilizado o MVA de 10%, apura o valor anteriormente de R\$44.895,11, que foi alterado para R\$126.496,71, conforme fls. 318 a 537 dos autos.

O autuado foi intimado por AR a tomar ciência da Informação Fiscal, em 05.03.02, não se manifestando.

A decisão de 1ª Instância foi pela Procedência do Auto de Infração cujo teor do voto ora transcrevo:

“ Inicialmente, cabe analisar a preliminar de nulidade apresentada pela defesa do autuado, haja vista que foi alegado cerceamento do direito de defesa pela falta de demonstrativo analítico referente ao exercício de 1999, relativamente ao primeiro item do Auto de Infração.

Observo que a falta de demonstrativos analíticos referentes ao exercício de 1999, alegada pelo defendente, foi objeto de juntada aos autos, pela autuante às fls. 318 a 437, levantamento analítico das mercadorias comercializadas pelo autuado com base nas notas fiscais de saídas, sendo intimado o contribuinte para tomar conhecimento, conforme cópia do termo de fl. 541 do PAF, inexistindo qualquer atendimento pelo defendente. Assim, considerando que a omissão foi regularizada, entendo que não acarreta nulidade de do Auto de Infração, e por isso, fica rejeitada a preliminar apresentada nas razões de defesa.

Quanto ao mérito, observo que de acordo com as razões de defesa, foi impugnado apenas o primeiro item, e por isso, entendo que o autuado considera-se devedor dos valores apurados na infração 02 não contestada. Assim, analisarei a seguir, somente o que foi defendido pelo autuado, considerando procedente o que não foi impugnado, por não existir controvérsia.

Da análise acerca das peças e comprovações que compõem o processo, constata-se que o primeiro item do Auto de Infração trata de substituição tributária, correspondente a operações de saída de LEITE de estabelecimento industrial, considerando que a retenção do imposto foi efetuada a menos.

De acordo com as alegações defensivas, em relação aos produtos objeto do levantamento fiscal, no RICMS/97 não há qualquer menção aos códigos 0402.99.00 ou 0403.90.00, entendendo o defendente que do levantamento fiscal, somente iogurte teve tratamento tributário adequado, apresentando demonstrativo contraditório, após os ajustes que entendeu serem necessários.

Entretanto, observa-se que nas razões de defesa foram relacionados os ingredientes ativos dos produtos questionados pelo defendente, constando que o Leite Achocolatado denominado pela autuante é o Leite UHT, tem como um dos principais ingredientes o leite padronizado a 2,0 – 2.3% de gordura (89,149%) e cacau (0,900%).

VALE GUT – Bebida Láctea com iogurte e polpa de fruta, tendo como ingrediente o leite pasteurizado, 2% de gordura (75,000%), estando consignado no Regulamento Técnico de Identidade e Qualidade de Bebidas Lácteas, documento de fl. 271 do PAF, que se entende por bebida láctea o produto obtido a partir de leite ou leite reconstituído e/ou derivados de leite reconstituídos ou não, com ou sem adição de outros ingredientes.

Pelas descrições e ingredientes dos produtos questionados nas razões de defesa, constata-se que os mencionados produtos são bebidas alimentares à base de leite, estando enquadrados no item 3.4, inciso II, do art. 353, do RICMS/97.

A lei atribui ao fabricante de iogurtes (NCM 0403.10.00) e bebidas alimentares à base de leite ou de cacau (NCM 2202.90.00), a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo referente à operação subsequente a ser realizada pelos adquirentes neste Estado, conforme RICMS/97, art. 353, inciso II, itens 3.3 e 3.4. Como a retenção foi efetuada a menos, é devido o pagamento da diferença apurada.

Vale ressaltar, que em decorrência dos demonstrativos analíticos elaborados pela autuante, referentes ao exercício de 1999, houve agravamento da infração, haja vista que o valor apurado no mencionado exercício passou para R\$126.496,71, conforme informação fiscal de fl. 317 e respectivo levantamento fiscal de fls. 318 a 537. Entretanto, a exigência deste exercício, neste PAF, deve-se limitar ao valor originalmente apurado, de R\$44.895,11, devendo o saldo remanescente, no valor de R\$81.601.60, ser objeto de novo procedimento fiscal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

As razões aduzidas no Recurso Voluntário em síntese foram as seguintes:

1 – que referente a infração 1, o relator considerou que se tratava de substituição tributária, referente a operações de saídas de leite e que estaria enquadrado nos itens 3.3 e 3.4, do inciso II do art. 353, do RICMS/97, mas que discorda do entendimento dos julgadores que reconhecem que os produtos são bebidas obtidas a partir do leite, mas os classificam como se fossem provenientes de água;

2 – diz que os seus esclarecimentos acerca da composição dos produtos não afastaram as dúvidas e que assim provará mais uma vez que os produtos (valegut e leite achocolatado) não estão sujeitos à substituição tributária. Assegura que o sistema harmonizado de designação e codificação de

mercadorias é um método internacional de classificação de mercadorias e que abrange: nomenclaturas, regras gerais de interpretação do sistema harmonizado e notas explicativas.

3 – descreve os elementos que fazem parte da composição dos produtos objeto da autuação, especificando o que compreende laticínios.

4 – Afirma que o cerne da demanda está no enquadramento dos produtos leite UHT, aromatizado e o **valegut**, na tabela do IPI, TIPI (DECRETO nº 4070/2001). Descreve a composição dos produtos e conclui que o leite achocolatado é um produto obtido a partir do leite pasteurizado, e referente ao Valegut diz que corresponde a bebida láctea com iogurte e polpa de fruta.

Conclui, após tecer várias considerações quanto à classificação dos produtos na Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), requerendo reforma da decisão, para que seja o Auto de Infração julgado Improcedente.

A PROFAZ exarou Parecer à fl. 576 dos autos, onde conclui que as mercadorias elencadas pelo recorrente estão no rol das mercadorias sujeitas à substituição tributária, consignado no artigo 353, do RICMS/97, nos itens 3.3 e 3.4, do inciso II, do citado artigo, que determina a responsabilidade pela retenção e recolhimento mas saídas internas para fins de antecipação do imposto ao contribuinte alienante neste Estado, situação a qual se encontra o recorrente. Opinou pelo Não Provedimento do Recurso.

#### VOTO

Constata-se que o autuado irressignado com o julgamento da 1ª Instância recorreu da decisão, respaldado na norma inserta no art. 169, I, "b", do RPAF/99.

Da análise da composição dos produtos constantes dos demonstrativos elaborados às fls. 11 a 166, referente aos exercícios de 1997 e 1998 e fls. 319 a 537 referente ao exercício de 1999, não resta qualquer dúvida quanto à obrigatoriedade do recorrente de reter e recolher o imposto relativo às operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado, consoante dispõe o art. 353, II, itens 3.3 e 3.4, pois o próprio autuado na sua impugnação diz que os produtos que comercializa e constam dos autos são: leite UHT (ultra light temperature) aromatizado, semi-desnatado, sabor chocolate vitaminado (que foi denominado pelo fiscal como leite achocolatado). E acrescentou que segundo o registro do Ministério da Agricultura a sua composição é de leite padronizado de 2,0 – 2.3 % de gordura, açúcar, cacau, amido de milho e mistura de vitaminas (A, B2, B1, C e D), estabilizante fosfato dissódico, espessante carragena e aroma natural de baunilha. E disse que o **valegut** corresponde a bebida láctea com iogurte e polpa de fruta. Assim espanca qualquer dúvida quanto aos produtos em questão serem considerados bebidas alimentares a base de leite ou de cacau que compreende o item 3.4, do inciso II, do art. supra referido.

Deste modo, comungo do entendimento da representante da PROFAZ no Parecer exarado nos autos, de que as mercadorias elencadas pelo autuado estão sujeitas à substituição tributária pelo alienante nas operações de saídas internas antecipando-se o imposto referente às operações subsequentes.

Entretanto, examinando os documentos de arrecadação que foram deduzidos do valor apurado nos demonstrativos de substituição tributária, verifiquei quanto ao valor referente ao mês de agosto que o DAE de fl. 186 cujo código da receita é 1145, que trata-se de ICMS pago por antecipação e o

autuante considerou o imposto recolhido no DAE, cujo código de atividade 0759 se refere ao ICMS normal.

Logo, de ofício, entendo que deve ser corrigido o demonstrativo de fl. 09, referente ao mês de agosto cujo ICMS recolhido deve ser considerado R\$2.084,00 e não o valor de R\$456,42 (ICMS normal), remanescendo o valor de R\$33,98, no aludido mês, e o valor referente ao exercício de 1998 passa de R\$18.907,80 para R\$17.280,22, e o valor do débito de R\$63.871,81 passa para R\$62.244,23.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, reformando a Decisão Proferida na 1ª Instância, para julgar o Auto de Infração Procedente em Parte.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado e modificar a Decisão Recorrida para julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 020747.0103/01-9, lavrado contra **INDÚSTRIA DE LATICÍNIOS PALMEIRA DOS ÍNDIOS S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$62.244,23**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, além da multa no valor de **R\$2.092,16**, atualizado monetariamente, prevista no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Ivone de Oliveira Martins, Ciro Roberto Seifert, José Carlos Boulhosa Baqueiro, José Carlos Barros Rodeiro, Helcônio de Souza Almeida.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros (as) José Raimundo Ferreira dos Santos.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de setembro de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE – REPR. DA PROFAZ