

A. I. Nº - 279468.0054/02-6  
AUTUADO - PARMALAT BRASIL S/A INDÚSTRIA DE ALIMENTOS  
AUTUANTES - SANDRA MARIA S. NOYA, CLAUDIA AZEVEDO SILVA e AUGUSTO R. J. FERRARI  
ORIGEM - IFEP-DAT/METRO  
INTERNET - 22.10.02

**2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0370-02/02**

**EMENTA: ICMS.** 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. SAÍDA DE MERCADORIA PARA MICROEMPRESA COM ALÍQUOTA DE 7%. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. Nas operações de venda a microempresa, realizadas por estabelecimento industrial quando atua como filial atacadista a alíquota devida é 17%. **b)** ERRO NA APLICAÇÃO DA MVA. OPERAÇÕES DE VENDAS A ATACADISTA E A MICROEMPRESA. Infrações caracterizadas. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **b)** MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infrações caracterizadas. 3. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 09/07/2002 e reclama o valor de R\$929.317,63, em decorrência dos seguintes fatos, conforme documentos às fls. 44 a 2000 (06 volumes):

1. Recolhimento a menos do ICMS, no total de R\$361.706,04, no período de janeiro de 1997 a novembro de 1998, em razão de erro na aplicação da alíquota aplicável nas saídas de mercadorias para microempresa. (docs. fls.44 a 1013, 1969 a 2002).
2. Reteve e recolheu a menos o ICMS no total de R\$ 55.140,97, no período de janeiro de 1997 a novembro de 1998, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscritos na condição de microempresa, por erro na aplicação da alíquota. (docs. fls. 44 a 1013, 1969 a 2002).
3. Reteve e recolheu a menos o ICMS no total de R\$ 380.632,20, nos exercícios de 1997 e 1998, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, decorrente da aplicação incorreta da MVA. (docs. fls. 1014 a 1663, 1964 a 1968).

4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, R\$ 121.104,05, no exercício de 1997, referente às mercadorias adquiridas com imposto pago por antecipação tributária. (docs. fls. 2004 a 2008).
5. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, R\$ 1.130,24, nos meses de março, setembro e dezembro de 1997, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. (doc. fl. 2000).
6. Deixou de recolher o ICMS no total de R\$ 9.604,13, no mês de outubro de 1997, devido na importação tributada realizada pelo estabelecimento, referente à DI nº 97/0939253-0, conforme Nota Fiscal de Entrada nº 58194 de 17/10/97. (doc. fl. 2010).

O sujeito passivo através de seu representante legal apresenta recurso tempestivo às fls. 2033 a 2041, onde, preliminarmente, aduzindo que o lançamento das infrações 01 e 02 padece de vício de ilegalidade em decorrência de desobediência às determinações previstas na legislação tributária, argüi a nulidade das referidas infrações, a pretexto de que ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, sob alegação de que os artigos tidos com infringidos não têm relação com os artigos indicados no enquadramento legal, ou seja, não há relação alguma com a descrição dos fatos, e que não sabe quais os documentos e os produtos o autuante se baseou e analisou para fundamentar a autuação. Citou julgamento do TIT de São Paulo acerca de cerceamento de defesa em caso de capitulação incorreta da infração.

No mérito, o sujeito passivo impugnou o lançamento com base no seguinte.

#### Infrações 01 e 02

Discorda da acusação de que teria aplicado incorretamente a alíquota de 7% na revenda de produtos a microempresa, dizendo que se pautou no disposto no artigo 51, inciso I, alínea “c”, do RICMS/97, entendendo que a legislação tributária equiparou a estabelecimento industrial a filial atacadista que exerce o comércio de produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa.

#### Infrações 03, 04 e 05

Informa que optou por efetuar o pagamento destas infrações nos termos do parcelamento nº 723502-0 firmado em 25/07/2002.

#### Infração 06

Considera descabida a exigência fiscal, juntando ao seu recurso cópia xerográfica do DAE no valor de R\$ 9.604,13 recolhido no dia 13/10/97.

Os autuantes ao prestarem a sua informação fiscal às fls. 2.044 a 2.046, argumentam que a preliminar de nulidade deve ser rejeitada, pois os documentos utilizados para o levantamento das infrações 01 e 02 foram as notas fiscais que estão relacionadas nos Anexos 1A e 1B, nos quais, constam os respectivos códigos do produto que demonstram as operações efetuadas pelo estabelecimento autuado.

Quanto ao mérito, contrapondo aos argumentos defensivos, os prepostos fiscais dizem que a equiparação de estabelecimento industrial a filial atacadista que exerce o comércio de produtos industrializados por outro estabelecimento da mesma empresa passou a vigorar a partir de 01/01/99 com a alteração do artigo 51, I, do RICMS/97. Frisam que o contribuinte realizou consulta à DITRI sobre a matéria através do Processo nº 747.376/97, cujo Parecer GECOT nº 0272/98 daquele órgão, concluiu que “não se aplica o disposto no art. 51, I, “c”, do RICMS/97, nas operações de venda a microempresa realizadas por estabelecimento industrial quando atua como filial atacadista. Os autuantes informam que a partir de março de 1998, após a ciência da resposta da referida consulta, passou a tributar corretamente as operações de revenda de seu produtos a microempresa, conforme cópias de notas fiscais acostadas aos autos.

Quanto a infração 06, os autuantes ressaltam que no curso da ação fiscal realmente foi apresentado o DAE no valor de R\$ 9.604,13, contudo o referido não foi acatado por inexistir tal valor no Sistema de Informação da Administração Tributária – SIDAT.

## VOTO

O débito exigido no Auto de Infração objeto da lide contempla as seguintes infrações:

Infração	Ocorrência	Valor do débito
01	Recolhimento a menor do ICMS por erro na aplicação da alíquota nas operações de venda para microempresa.	361.706,04
02	Idem	55.140,97
03	Recolhimento a menor do ICMS por erro na aplicação da MVA nas vendas para atacadista e de microempresa.	380.632,2
04	Crédito fiscal indevido referente a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.	121.104,05
05	Crédito fiscal indevido referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.	1.130,24
06	Falta de recolhimento do ICMS devido na importação realizada pelo estabelecimento através da DI nº 97/0939253-0.	9.604,13

Inicialmente, analisando a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo, observo que em momento algum foi ferido o princípio da ampla defesa e do contraditório, pois a descrição dos fatos de que cuidam as infrações 01 e 02 foi feita de forma satisfatória, deixando claro o enquadramento legal que está indicado na peça vestibular, cujos levantamentos e demonstrativos que instruem a ação fiscal representados em seis anexos (docs. fls. 44 a 2000), encontram-se relacionados analiticamente todos os documentos fiscais evidenciando os códigos dos produtos, merecendo ressaltar que o contribuinte ao adentrar no mérito das questões demonstrou o perfeito entendimento das acusações que lhe foram imputadas. Assim, rejeito o pedido de nulidade por não se enquadrar em nenhum dos incisos do artigo 18, do RPAF/99.

Quanto ao mérito da lide, verifica-se que de acordo com a descrição das infrações 01 e 02 no corpo do Auto de Infração, o débito refere-se a retenção e recolhimento a menos nas operações de vendas para contribuintes inscritos na condição de microempresa, em razão de ter sido utilizada a alíquota de 7% ao invés da alíquota de 17%, conforme previsto no artigo 50, I, “a”, do RICMS/97, cujo

contribuinte autuado, embora não tenha se insurgido quanto aos números, argüiu que tributou as operações corretamente na forma prevista no artigo 51, I “c”, do citado Regulamento.

Portanto, o cerne da questão é se as operações de venda, constantes dos levantamentos, realizadas para microempresa pelo estabelecimento autuado inscrito como filial atacadista sujeitam-se a alíquota de 7% ou de 17%.

Vejamos o que diz a legislação tributária sobre esta questão, na data da ocorrência dos fatos geradores:

“Art. 50 – As alíquotas do ICMS são as seguintes:

I – 17%, exceto nas hipóteses de que cuida o artigo subseqüente:

- a) nas operações e prestações internas, em que os remetentes ou prestadores e os destinatários das mercadorias, bens ou serviços estejam situados neste Estado;

II.....

III.....“

“Art.51 – Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

I – 7% nas operações com:

- a) .....
- b) .....

c) mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado e destinadas a microempresa industriais, microempresas comerciais varejistas ou microempresas ambulantes, quando inscritas no cadastro estadual, bem como nas operações subseqüentes com as mesmas mercadorias realizadas por microempresas comerciais varejistas ou microempresas ambulantes, exceto em se tratando das mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária (art. 353, II, III e IV) e das mercadorias consideradas supérfluas (alíneas “a” a “j” do inciso II do presente artigo)“.

Considerando que embora as operações de saídas consignadas nos levantamentos da autuação tenham sido efetuadas para microempresas, contudo, sendo o autuado um estabelecimento industrial que atua como filial atacadista que comercializa mercadorias recebidas de outras filiais, tomando-se por base a resposta da consulta que foi formulada pelo próprio autuado à DITRI através do Parecer GECOT nº 0272/98, não aplica ao caso o disposto no artigo 51, I, “c”, do RICMS/97 acima transcrito. Assim, concluo pela procedência destes itens da autuação.

Com relação ao débito das infrações 03, 04 e 05 o autuado o reconheceu como devido, tendo declarado que optou por efetuar o pagamento nos termos do parcelamento nº 723502-0 firmado em 25/07/2002.

Quanto a infração 06, conforme pesquisa que realizei no SIDAT, inexiste o recolhimento que o autuado efetuou no dia 13/10/97, no valor de R\$9.604,13 (doc. fl. 2042). Desta forma, considero que não deve ser aceito o referido documento para comprovar o recolhimento referente a importação realizada pelo estabelecimento através da DI nº 97/0939253-0, o que torna subsistente o reclamo fiscal.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279468.0054/02-6, lavrado contra **PARMALAT BRASIL S/A INDÚSTRIA DE ALIMENTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$929.317,63**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a”, “e” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2002.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – JULGADOR