

A. I. N° - 276473.0606/02-5
AUTUADO - VIEIRA & MALTA LTDA.
AUTUANTE - ROSAMARIA BARREIROS FERNANDEZ
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 16.11.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0418-02/04

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infrações parcialmente comprovadas. **b)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infrações comprovadas. **c)** SAÍDAS ISENTAS. Infração não elidida. **d)** DOCUMENTO FISCAL EM DUPLICIDADE. **e)** IMPOSTO NÃO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. **b)** RECOLHIMENTO A MENOR. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL Infração comprovada. **b)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA. A descrição fática não tem pertinência com a multa aplicada. Infração anulada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 28/06/2002, exige ICMS no valor de R\$ 19.126,17 e multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de R\$ 4.334,14, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária. ICMS de R\$ 1.770,41 e multa de 60%.
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por antecipação tributária. ICMS de R\$ 4.486,83 e multa de 60%.
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no (s) documentos (s) fiscal (is). Erro de 10% na alíquota. ICMS de R\$ 439,65 e multa de 60%.
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no (s) documentos (s) fiscal (is). Erro de 5% na alíquota. ICMS de R\$ 151,47 e multa de 60%.
5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subseqüentes beneficiadas com isenção do imposto. ICMS de R\$ 1.060,85 e multa de 60%.
6. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no (s) documentos (s) fiscal (is). Erro de base de cálculo. ICMS de R\$ 83,09 e multa de 60%.
7. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento (s) fiscal (is) em duplicidade. ICMS de R\$ 108,81 e multa de 60%.
8. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento (s) fiscal (is). Empresa SIMBAHIA. ICMS de R\$ 237,15 e multa de 60%.

9. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. ICMS de R\$ 10.705,57 e multa de 60%.
10. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento do imposto por antecipação tributária. Multa de 10% no valor de R\$ 4.125,76.
11. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de R\$ 208,38.
12. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por antecipação tributária. ICMS de R\$ 82,34 e multa de 60%.

O autuado ingressa com defesa, fls. 238/241, sob os seguintes argumentos:

1. Contesta em parte a infração 01, pois o autuante confundiu as mercadorias café solúvel, café a vácuo, café Melita, Nescafé, Colorífico, xarope de Groselha, refresco em pó, água oxigenada cremosa, que não são produtos enquadrados na substituição tributária.
2. Reconhece em parte o cometimento da infração 02, e utiliza os mesmos argumentos da infração 01, para elidir alguns itens da autuação.
3. Na infração 08, diz que o crédito utilizado corresponde a EPP indústria, e que se beneficia do inciso IX, do art. 97 do RICMS/97.
4. Infração 09 – Diz que as mercadorias café solúvel, café á vácuo, café Melita, Nescafé, Colorífico, xarope de Groselha, refresco em pó, água oxigenada cremosa, que não são produtos enquadrados na substituição tributária. Também que o autuante errou ao lançar em duplicidade a nota fiscal nº 56720, no dia 09/04/2001. Verificou que a autuante não considerou a pauta fiscal para encontrar os valores da base de cálculo da antecipação tributária, e todos os fornecedores estavam seguindo a pauta fiscal. Sustenta esta tese com base na Instrução Normativa n/ 08/01, de 28/01/2001, de acordo com o art. 73, § 1º do RICMS/97. Quanto ao recolhimento do mês de novembro de 2001, este foi recolhido sendo que o DAE foi preenchido incorretamente com o código de receita 0759, mas já solicitou à Inspetoria para fazer a correção, conforme cópia dos documentos anexos (DAE e Protocolo), tendo como prova a cópia da DMA entregue e protocolada em 13/12/2001 e cópia do DAE de ICMS.
5. Na infração 10 e na 11, contesta pelo enquadramento tendo em vista o fato de que outras empresas podem emitir notas fiscais em nome de empresas idôneas, utilizando outros endereços para descarregar as mercadorias, sem que sejam percebidas e punidas.
6. Contesta em parte a infração 12, pois a autuante não observou que a mercadoria para antecipação é álcool comum líquido, que não está relacionado no Artigo 353, II do RICMS/97.
7. Anexa cópias de documentos e pede a procedência parcial do Auto de Infração.

A autuante presta a informação fiscal de fls. 291/292, e aborda os seguintes pontos:

Infração 01 – O café torrado ou moído, é mercadoria enquadrada na substituição tributária. As marcas Melita, Nescafé, comercializam tais produtos. O tipo de embalagem a vácuo não descaracteriza o produto, assim como o fato de ser solúvel. O colorífico está descrito no artigo 353, subitem 16.16.2. O xarope de groselha, a água oxigenada e o refresco dependem das notas fiscais de entradas que não foram anexadas ao processo tornam inviável a sua análise.

Infração 02 e infração 08 – O contribuinte não anexou notas fiscais de entradas ao processo, tornando inviável a sua análise.

Infração 09 – Com relação ao valor recolhido a menor, o contribuinte não anexou tais notas fiscais de entradas ao processo, tornando inviável a sua análise.

Com relação à nota fiscal nº 56.720, houve realmente lançamento em duplicidade, devendo desconsiderar o valor de ICMS. Deve ser deduzido o valor de R\$ 66,98, de 04/2001.

O valor da antecipação tributária refere-se ao valor comercial da operação ou seja, o valor destacado em nota fiscal.

Com relação ao DAE pago com código errado, deve-se abater o valor pago erroneamente. Não há portanto, valor a pagar.

Infração 10, 11 e 12 – Mantém o valor integral da infração, pois nada foi provado em relação a estes itens.

Com relação às notas fiscais anexas ao processo:

NF 278178 antecipação realmente devida do óleo de peroba, como descrito no art. 353, subitem 16.7.3

NF 4395 antecipação de chocolate em barra. Como a empresa só comercializa doces, realmente houve cobrança indevida da antecipação. Valor a ser deduzido R\$ 19,19, em 07/2000, o que perfaz o total de R\$ 140,80.

NF 232492 – antecipação do suco e do amendoim salgado.

O autuado ao ser cientificado da informação fiscal, vem ao PAF fls. 295/297, e anexa cópias das notas fiscais, para serem analisadas, (fls. 299/532), e do Livro de Entradas, fls. 533/593, reconhece o valor do débito no montante de R\$ 4.669,14 e requer o Benefício da Lei nº 8.359/02.

A 2ª JJF deliberou que o presente PAF fosse diligenciado à Infaz de origem, com vistas à produção de nova informação fiscal, face a juntada de novos documentos pelo impugnante.

A autuante presta a 2ª informação fiscal, de fls. 614/615, na qual retifica o lançamento, com a manutenção dos valores como segue:

Infração	Valor do ICMS
01	1.611,60
02	4.335,84
03	439,65
04	151,47
05	1.060,85
06	83,09
07	108,81
08	237,15
09	10.214,06
10	2.893,72
11	208,38
12	67,30
Total	21.411,92

O autuado ao ser cientificado da informação fiscal acima, vem aos autos, e contesta os valores abaixo, já abatidos dos valores reconhecidos como indevidos pela autuante:

Infração 01 - R\$ 309,55.

Infração 02 - R\$ 215,97.

Infração 09 - R\$ 4.338,84.

Infração 10 - R\$ 2.224,07

Infração 11 - R\$ 13,50

Infração 12 - R\$ 65,71

Assim, pede a improcedência parcial das infrações e informa que além do valor de R\$ 10.745,42, reconheceu o valor de R\$ 4.669,14, totalizando R\$ 15.414,57. Anexa cópia do DAE no valor de R\$ 4.669,14.

Nova diligência é requerida pela 2ª JF, em vista dos documentos fiscais da empresa, para que a partir dos valores constantes da informação fiscal, de fls. 614 e 615, o real montante das infrações 01, 02, 09, 10 e 12 do Auto de Infração, após a exclusão das notas fiscais relativas aos produtos não sujeitos à substituição tributária, a exemplo de café solúvel, nescafé, água oxigenada, etc.

Estranho ao feito, emite o parecer ASTEC nº 154/2004, fls. 630/631, no qual tece as seguintes considerações:

- Após a primeira informação fiscal, o autuado juntou ao processo 303 novos documentos fiscais, pedindo que a autuante analisasse;
- A segunda informação fiscal da autuante (fls. 614 a 619), a partir da qual se deve considerar os valores, é bastante sucinta a ponto de, tendo retificado o lançamento, não conter as razões do acatamento de parte dos documentos, nem as razões da não aceitação dos outros, além de ter sido prestada, com prejuízo do disposto no § 6º do art. 127 do RPAF.
- O pedido de diligência pede trabalho a ser feito a partir dos documentos fiscais da empresa, indicando exclusão de notas fiscais relativas aos produtos não sujeitos à substituição tributária.

Tendo em vista que a autuante deve possuir a memória magnética dos autos e o fato de que o Sr. Relator reconhece que o melhor indicado para atender seu pedido é a autuante, retorna o processo para providências.

A autuante manifesta-se à fl. 635, no sentido de que não mais possui os arquivos com as informações incluídas na segunda informação fiscal, devido a problema ocorrido na CPU do computador da inspetoria.

Esclarece que refez o levantamento com notas fiscais já existentes, e as incluídas no processo administrativo, de forma a verificar, consoante a mercadoria de cada nota fiscal, se era procedente ou não a cobrança da antecipação. Assim, na planilha de fls. 616 a 619, isto foi feito da seguinte forma:

As mercadorias encontram-se destacadas pelo tipo, na coluna 04, número da nota fiscal, na coluna 01. Na coluna 02, data. Na coluna 03, valor. Na coluna 05, análise do acatamento ou não da defesa.

Se fosse considerada procedente a defesa, o valor do crédito glosado e da antecipação cobrada no Auto de Infração foi somado desta maneira:

Infração 01 – Crédito indevido de mercadoria com alíquota de 7%.

Infração 02 – Crédito indevido de mercadoria com alíquota de 12%.

Infração 12 – Crédito indevido de mercadoria com alíquota de 17%.

Infração 09 – Antecipação indevida de mercadoria com alíquota de origem de 7 e 12%

Reconhece que errou na descrição da infração 10.

As demais infrações foram mantidas e as razões encontram-se na 1ª e na 2ª informação fiscal.

O contribuinte mais uma vez impugna o lançamento, ressaltando que observou na 2ª informação fiscal que a autuante considerou o crédito indevido no auto de infração, em todas as infrações citadas, portanto o débito cobrado pelo mesmo é considerado indevido, e na 3ª informação, a autuante confirma crédito indevido nas infrações 1, 2 e 12 e alega que o débito cobrado por antecipação é indevido, na infração 09. Discorda da multa cobrada na infração 10 e sugere um intercâmbio com o fisco de origem dos emitentes das notas fiscais.

VOTO

Da análise acerca das peças e comprovações que compõem o processo teço as seguintes considerações:

Na infração 01 está sendo exigido o ICMS em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias enquadradas na substituição tributária, com fase de tributação encerrada.

A defesa limita-se a argüir que os produtos café a vácuo, café Melita, não estariam enquadrados na substituição tributária. Este argumento não encontra respaldo, pois o item 10 do inciso II do art. 353 trata especificamente de café torrado ou moído – NCM 0901.21.00 e 0901.22.00. Contudo devem ser excluídos os valores relativos a café solúvel, inclusive Nescafé.

Com relação a colorífico, o subitem 16.16.2 do art. 353 do RICMS/97, lista carotenóides e suas preparações, inclusive para coloração de alimentos – NCM 3204.17.00, portanto as notas fiscais relativas a este item devem permanecer no levantamento.

Os produtos água oxigenada cremosa, xarope de groselha, refresco em pó, também não estão enquadrados na substituição tributária e devem ser excluídos do levantamento de Auditoria de Crédito.

A autuante ao prestar a 2ª informação fiscal, de fls. 614/615, retifica o lançamento, excluindo os itens acima mencionados, e conclui que deve ser exigido o valor de ICMS de R\$ 1.611,60, no que concordo.

Ressalte-se que a planilha de fls. 616/619 explicita os valores que devem permanecer na infração.

Na infração 02 a acusação é semelhante à anterior, apenas os produtos são tributados à alíquota de 12%. O autuado reconhece em parte os valores que lhe estão sendo exigidos, e impugna alguns itens, com base em que os produtos não estariam enquadrados na substituição tributária.

A autuante ao analisar os argumentos da empresa, reduz o valor exigido para R\$ 4.335,84, com o que concordo.

Nas infrações 03 e 04, a acusação versa sobre a utilização de crédito fiscal em valor superior ao destacado no documento fiscal, o que é vedado pela legislação. O autuado não contesta os seus cometimentos, o que implica na aceitação tácita das acusações. Itens procedentes.

Verifica-se que as infrações 05, 06 e 07 também foram silenciadas na peça defensiva. Itens procedentes, não merecendo considerações a respeito.

Na infração 08, o contribuinte alegou que não houve utilização indevida de crédito fiscal, pois o crédito utilizado seria de contribuinte industrial inscrito como EPP, e que se beneficiaria do disposto no art. 97, inciso XI do RICMS/97.

De fato, nas aquisições de mercadorias e serviços efetuadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, é vedado ao contribuinte creditar-se do imposto, contudo tratando-se de aquisições a microempresas e empresas de pequeno porte que se dediquem exclusivamente à atividade industrial é permitida a utilização do crédito fiscal, ressalva contida no art. 97, inciso XI do RICMS/97.

Não obstante a previsão legal acima, constato que o contribuinte não trouxe aos autos as notas fiscais de aquisições de mercadorias para comprovar que as adquiriu de microempresas e de empresas de pequeno porte que se dediquem exclusivamente à atividade industrial.

Infração não elidida.

A infração 09 trata do recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição.

O autuado rebate a acusação, sob o argumento de que algumas mercadorias não estariam enquadradas na substituição tributária. Também que houve lançamento em duplicidade da nota fiscal nº 56.720, fato reconhecido pela autuante, que reduziu o valor de R\$ 66,98 do mês de abril de 2001. A autuante também considerou que o valor pago através de DAE, embora com o código errado, deve ser abatido.

Assim, entendeu a autuante que o valor a ser exigido nesta infração deve ser de R\$ 10.214,06, no que concordo.

Na infração 10, a acusação versa sobre um fato, e a cobrança cinge-se a outro totalmente diverso.

Na realidade a autuante embora tenha aplicado a multa de 10% relativa à entrada no estabelecimento de mercadoria tributável, sem o devido registro na escrita fiscal, descreveu o fato como se tratasse de “ utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento do imposto por antecipação tributária.”

Portanto, como a descrição fática está em desacordo com a penalidade aplicada, entendo que a infração deve ser anulada, para que em nova ação fiscal, seja refeito o lançamento a salvo de erros e de incorreções, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/99.

No que concerne à infração 11, foi aplicada a multa de 1% sobre o valor de mercadoria não tributável que ingressou no estabelecimento sem o devido registro fiscal. Entendo que a multa aplicada deve ser mantida, pois o contribuinte não elidiu a infração.

Na infração 12, o sujeito passivo impugna parte do lançamento, pois álcool comum líquido não estaria relacionado no art. 353, II do RICMS/97.

Verifica-se no Regulamento do ICMS vigente, que o item 33 do inciso II do art. 353, “álcool, exceto para fins carburantes”, foi acrescentado pela Alteração nº 50 (Decreto nº 8868m de 05/01/04, DOE de 06/01/04). Assim, assiste razão à empresa, pois o Auto de Infração em lide não abrange o exercício de 2004. A autuante excluiu o item e retificou o valor exigido para R\$ 67,30.

Deste modo, o valor exigido neste Auto de Infração passa a ser o seguinte:

Infração	Valor do ICMS
01	1.611,60
02	4.335,84
03	439,65
04	151,47
05	1.060,85
06	83,09
07	108,81
08	237,15
09	10.214,06
10	0
11	208,38
12	67,30
Total	18.518,20

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **276473.0606/02-5**, lavrado contra **VIEIRA & MALTA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 18.309,82**, sendo R\$ 5.072,57, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e mais R\$ 13.237,25, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$ 208,38**, sendo R\$ 180,98, atualizado monetariamente, e R\$ 27,40, com os devidos acréscimos legais, prevista no art. 42, XI da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2004.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR