

A I Nº - 207104.0200/06-0
AUTUADO - SERRANA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - LUIZ GONZAGA ALVES DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 27.12.07

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0388-04/07

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Diligência fiscal comprovou que parte das operações se referem a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e tiveram o imposto pago por antecipação. Refeito os cálculos, o que resultou em redução do débito. Infração caracterizada em parte. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre as alíquotas interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, foi lavrado em 29/09/06, exige ICMS no valor de R\$35.894,44 acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

- 01 – Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, apurado nas vendas realizadas através de ECF - R\$30.485,49;
- 02 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização - R\$5.408,95.

O autuado na defesa apresentada às fls. 124 a 131, por meio de advogadas legalmente constituídas, inicialmente reconhece integralmente a infração 02 e parcialmente a infração 1, conforme documento de comprovação de pagamento que junta às fls. 145/146.

Quanto à infração 01, reconhece como devido o valor de R\$24.820,17. Esclarece que compra produtos pelo depósito central, o qual usufrui dos benefícios concedidos pelo Dec. 7.799/00, sendo obrigado a fazer a antecipação tributária prevista no art. 371, das mercadorias relacionadas no Anexo 88, tudo do RICMS, sendo as mercadorias transferidas para outros estabelecimentos, que é o caso do estabelecimento autuado, com o imposto já pago por antecipação, conforme escriturado nos seus livros fiscais e contábeis.

Relaciona às fls. 129/131 os equívocos cometidos pelo autuante no levantamento fiscal:

- a) Sucrilho e Cereal com pesos diversos, da marca Kelloggs – ICMS antecipado (depósito);
- b) Kit limpeza cabeçote Philips SCBV200 – mercadoria sujeita à substituição tributária, a exemplo da nota fiscal 26687;

- c) Deocolônia Seiva Alfazema e Lavandíssima; Desodorante Floral Alfazema - estes produtos com NCM 3303.0010 e 3303.0020 não se incluem entre os tributados em 25% previstos no art. 51, II, “h” do RICMS/BA;
- d) Mape Pescato; Filé Abadejo, Vermelho e Salmão; Sarnambi Pescato – estes produtos são contemplados com redução de 100% nas vendas internas, de acordo com os Dec. 7.577/99 e 8.665/03;
- e) Presunto Parma Sadia, peito de peru e Tender Sadia e Perdigão – são produtos sujeitos à substituição tributária, a exemplo das notas fiscais 174693 e 634358;
- f) Roleta Astra papel higiênico, bate porta, grelha e gralha, carregador de bateria e trava de volante - são produtos sujeitos à substituição tributária, a exemplo das notas fiscais 925640, 17693 e 18769;
- g) Album de bebê da marca Tilibra – produto que goza de imunidade, nos termos do art. 150, VI, “d” da Constituição Federal. Cita definição de livro inserida de autoria de Plácido e Silva (Vocabulário Jurídico, 14. Ed, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 499): coleção de cadernos, impressos, manuscritos ou em branco, isto é, sem qualquer escrito, ligados entre si por uma costura ou por outro método, protegido exteriormente por duas capas;
- h) Tesoura poda Tram – trata-se de insumo agropecuário, nos termos do art. 77, II do RICMS/BA, de forma que a base de cálculo para que a carga tributária final seja de 5,6%.

Por fim, requer revisão fiscal para corrigir as imperfeições apontadas e requer a procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante na informação fiscal prestada às fls. 230 a 232, inicialmente discorre sobre as infrações, ressalta que não há discordância com relação à segunda infração e diz que em relação às alegações defensivas da infração 1, assiste alguma razão ao autuado.

Reconhece que não cabe a exigência de ICMS nas vendas internas de pescado destinados ao consumidor final; as colônias e deocolônias à base de lavanda e seiva de alfazema são tributadas pela alíquota de 17%; sucrilhos e cereais da marca Kellogs, bem como presuntos e kit para limpeza de cabeçote Philips, tiveram o imposto pago por antecipação.

Com relação às entradas de achocolatados em pó, afirma que os mesmos não se incluem entre as bebidas lácteas relacionadas no item 3.4 do art. 353, II ou item 6 do Anexo 88 do RICMS/BA e estão submetidos à tributação normal. Ressalta que não há imposição ao depósito centralizador, fazer antecipação total do ICMS de operações não previstas na legislação do imposto e que na defesa não foi comprovado que os produtos achocolatados em pó foram recebidos com antecipação total do ICMS, não cabendo ao contribuinte adotar procedimentos alternativos.

Diz que refez os cálculos iniciais e concluiu que o valor da infração 1 deve ser reduzido para R\$26.208,87, conforme demonstrativo às fls. 233 a 278, e de débito à fl. 279.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal, tendo o mesmo se manifestado às fls. 283 a 286, ressaltando que o autuante acatou parte das alegações defensivas, porém resta uma diferença de R\$1.388,70 que se refere ao produto achocolatado em pó, tendo reconhecido R\$24.820,17 e o autuante reduziu o débito da infração 1 para R\$26.208,87.

Afirma que a diferença entre o valor acatado pelo autuante e o reconhecido na defesa, refere-se justamente ao achocolatado em pó Toddy vit de 200 g e 400 gr, a exemplo das notas fiscais 360147 e 356951 que foram juntadas com a impugnação, cujo imposto foi pago por antecipação pelo depósito central, previsto no art. 371 do RICMS/BA, por se enquadrar no item 6 do Anexo 88 (Refrescos, néctares, bebidas alimentares à base de leite ou de cacau, inclusive iogurte).

Salienta que o achocolatado em pó é bebida alimentar, não importando se em pó ou líquido, ressaltando que o item 7 do Anexo 88 que foi revogado tinha como redação “sucos de frutas industrializados, em líquido, concentrado ou não”, incluindo todas as bebidas alimentares à base de cacau e estando o produto achocolatado em pó sujeito à antecipação total do ICMS.

Afirma que o depósito procedeu à antecipação e transferiu para o estabelecimento autuado como mercadorias outras, conforme registrado nos livros fiscais, cujos documentos foram entregues ao autuante para análise, sendo que “o equívoco nos estudos destes documentos e na interpretação das normas legais resultou nos erros acima apontados”. Conclui requerendo a procedência parcial da infração 1, na forma que foi impugnada.

O autuante prestou nova informação fiscal (fls. 291 e 292), contestando o argumento defensivo de que o produto achocolatado em pó é enquadrado no regime de substituição tributária, esclarecendo que no período em questão, os produtos com estas características não se encontram em estado líquido e não se enquadravam na classificação de “bebidas alimentares à base de leite ou cacau” que estavam sujeitas à antecipação do imposto até setembro/05 (item 3.4 do art. 353, II do RICMS/BA) ou item 6 do Anexo 88, motivo pelo qual incluiu no levantamento dos produtos que haviam saído do estabelecimento autuado sem débito do imposto.

Chama a atenção que em junho/06, o autuado consciente do equívoco do seu procedimento, formulou consulta por meio do processo nº 087097/2006-1 à SEFAZ/BA, indagando o tratamento fiscal a ser atribuído a estes produtos, cuja resposta concedida se coaduna com o seu entendimento, conforme cópia do documento juntado à fl. 293.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da nova informação fiscal, tendo o autuado se manifestado às fls. 298 a 300. Contesta o argumento do autuante, afirmando que não se pode entender que, apenas por ser comercializado em pó, o achocolatado não pode ser classificado como bebida alimentar à base de leite ou cacau, tendo que a propaganda do produto no site da Nestlé mostra um bovino com um copo na mão e descreve o modo de preparo, o que configura que se trata de bebida alimentar e sujeita à substituição tributária (item 6 do Anexo 88 do RICMS/BA).

Quanto ao resultado da consulta, afirma que tendo sido dada resposta contrária ao seu procedimento, deve ser entendido que deva adotar para os fatos ocorridos em datas posteriores ao da consulta e não retroagir a fatos anteriores, para obrigá-lo a recolher tributo de acordo com a resposta dada pelo Fisco. Requer a procedência parcial da infração 1.

O autuante manifestou-se à fl. 304, dizendo que mantém o seu entendimento de que o produto achocolatado em pó, código NCM 1806.90.00, não se enquadra nas hipóteses de substituição tributária prevista no item 3.4 do art. 353, II, do RICMS/BA e está sujeito à tributação normal, conforme parecer à fl. 293, salvo melhor juízo.

A Secretaria do CONSEF juntou às fls. 307 a 310, detalhes do pagamento dos valores reconhecidos pelo contribuinte, conforme dados constantes no sistema SIGAT.

Esta 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência para que o autuado fosse intimado para apresentar as notas fiscais de aquisição do produto Achoc Toddy Vit 200 e 400 Gr, pela filial de Pirajá, para verificar se consta NCM prevista para produtos enquadrados no regime de substituição tributária e caso positivo, fosse refeito o levantamento fiscal com a exclusão dos valores exigidos relativo àquele produto.

A diligente no Parecer ASTEC 137/07, afirmou que em cumprimento da diligência determinada pela JJF, constatou que conforme cópias das notas fiscais juntadas às fls. 318 a 351, restou comprovado que as notas fiscais do produto em questão, indicam NCMs 1806.90.00 e 2202.90.00 que são enquadrados no regime de substituição tributária. Refez o demonstrativo, conforme documento à fl. 315, resultando em valor devido de R\$25.035,61 para a infração 1.

O autuado foi intimado para tomar conhecimento do resultado da diligência (fl. 355), tendo sido concedido prazo de dez dias para se manifestar, mas não o fez no prazo legal. Da mesma forma, o autuante foi cientificado do resultado da diligência (fl. 357) e não se manifestou.

A Secretaria do CONSEF acostou às fls. 359 a 362, detalhes do pagamento constantes no SIGAT.

VOTO

O Auto de Infração trata de exigência de ICMS recolhido a menos em razão de erro na aplicação da alíquota cabível e da falta de recolhimento do imposto por antecipação parcial.

Na defesa apresentada o autuado reconheceu parte da autuação e se insurgiu contra a exigência do ICMS relativo a produtos adquiridos pelo depósito central, relativo à infração 1, que afirmou ter procedido a antecipação tributária e que foram transferidos para o estabelecimento autuado, conforme relação própria juntada com a impugnação.

Na informação fiscal prestada às fls. 230 a 232, o autuante concordou com a exclusão dos valores relativos a pescado destinados ao consumidor final; as colônias e deocolônias à base de lavanda e seiva de alfazema tributadas pela alíquota de 17%; sucrilhos e cereais da marca Kellogs, bem como presuntos e kit para limpeza de cabeçote Philips, que tiveram o imposto pago por antecipação, tendo discordado quanto aos achocolatados em pó, que afirmou não se incluírem entre as bebidas lácteas relacionadas no item 3.4 do art. 353, II ou item 6 do Anexo 88 do RICMS/BA, entendendo estarem submetidos à tributação normal, o que foi contestado pelo recorrente na manifestação feita acerca da informação fiscal. O autuante prestou nova informação fiscal e manteve o seu posicionamento, inclusive citando resultado de consulta formulada pelo recorrente.

Em atendimento a diligência determinada por esta 4ª JJF, a diligente afirmou no Parecer ASTEC 137/07, que constatou que as notas fiscais de aquisição dos produtos achocolatados em pó Toddy vit de 200 g e 400 gr, feitas pelo depósito central do autuado, indicam NCMs 1806.90.00 e 2202.90.00 que são enquadrados no regime de substituição tributária. Verifico que as cópias das notas fiscais de compras juntadas pela diligente às fls. 318 a 351, constam indicação do fabricante o código fiscal com as NCMs 1806.90.00 e 2202.90.00, as quais estão relacionadas nos itens 3.5 (bebidas energéticas e isotônicas) e 8.5 (chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de outras preparações de confeitaria, recheados ou não, desde que prontas para o consumo).

Pelo acima exposto, restou comprovado que assiste razão ao recorrente, motivo pelo qual acato o demonstrativo de débito apresentado pela diligente à fl. 314 e considero devido o valor de R\$25.035,61 para a infração 1.

Com relação à infração 02, a mesma foi reconhecida integralmente pelo impugnante, tendo inclusive juntado ao processo documento de comprovação de pagamento às fls. 145/146, e deve ser mantida, já que não há qualquer discordância em relação à mesma.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207104.0200/06-0**, lavrado contra **SERRANA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$30.444,56**, acrescido da multa de 60 %, prevista no art. 42 inciso II, “a” e “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de dezembro de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR