

A. I. N° - 149269.0006/11-2
AUTUADO - DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS SALVADOR NEWS LTDA.
AUTUANTE - LELITA VIEIRA TIGRE DA SILVA
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 04.04.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0071-04/12

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Infração reconhecida. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE RETENÇÃO NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. VENDA A CONTRIBUINTES INAPTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA. Valores reduzidos por: i) Comprovação de alguns destinatários em situação de aptos na data da emissão de algumas notas fiscais; ii) Inclusão indevida de notas fiscais com imposto recolhido na origem; iii) erros na apuração dos valores exigidos. Infrações parcialmente elididas. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração reconhecida. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA SUJEITA AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Valor reduzido mediante comprovação de que parte da mercadoria é sujeita ao regime normal de tributação. Infração parcialmente elidida. 5. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. ENTRADA DE MERCADORIA CUJA SAÍDA SUBSEQUENTE OCORRE COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/08/2011, exige ICMS no valor de R\$ 1.332.714,84, em razão das seguintes infrações:

Infração 01. Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS. Valor: R\$ 10.477,89. Período: outubro 2010. Multa: 60%;

Infração 02. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste estado. Valor: R\$ 20.413,09. Período: janeiro a outubro 2010. Multa: 60%;

Infração 03. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor: R\$ 6.290,33. Período: janeiro a setembro e dezembro 2010. Multa: 60%;

Infração 04. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária. Valor: R\$ 7.034,31. Período: Janeiro, abril e novembro 2010. Multa: 60%;

Infração 05. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Valor: R\$ 3.307,20. Período: fevereiro, março, setembro, outubro e dezembro 2010. Multa: 60%;

Infração 06. Efetuou 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/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Valor: R\$ 1.285.192,02. Período: janeiro a dezembro 2010. Multa: 60%.

O autuado, às fls. 377 a 380 dos autos, impugna o lançamento tributário. Reconhece a procedência total das infrações 01, 03 e 05 e parte das demais infrações, nos seguintes valores: Infração 02, o valor de R\$ 14.318,19; infração 04: R\$ 4.199,15; infração 06: R\$ 1.189.633,23.

Para a infração 02, alega que os seus adquirentes de inscrição estadual 063.251.547 e 064.297.178, estavam aptos quando emitiu as notas fiscais. A primeira, em nome de Wanderlucio Moreira Santos & Cia Ltda está ativa, conforme site da SEFAZ e a segunda, em nome de H.R. Gomes Distribuição e Transporte, consta como inapta a partir de 10/09/2010, depois, portanto, da emissão das notas fiscais. Assim, pede a exclusão de R\$ 6.094,89, relativo às notas fiscais dos clientes citados.

Para a infração 04, diz ter direito ao crédito do ICMS destacado nas notas fiscais de entradas 2829, 2832, 2835 e 2836 emitidas por Chocolates Garoto, totalizando R\$ 2.835,16, pois se trata de aquisição de chocolate em barra para manipulação como cobertura na atividade de confeitoraria, doces, e não consumo imediato. Assim, entende que esse valor deve ser deduzido da infração.

Com relação à infração 06, assim impugna alguns fatos:

Janeiro 2010: O valor de R\$ 684,30, relativo ao ICMS substituído da nota fiscal 759721 emitida por Dori Alimentos foi pago na fonte, conforme nota fiscal e DAE anexo e, por isso, o valor devido nesse mês é R\$ 52.638,61;

Fevereiro 2010: Do mesmo modo, o valor de R\$ 592,20, relativo ao ICMS substituído da nota fiscal 767688, emitida por Dori Alimentos foi pago e, por isso, deve ser excluído, pelo que resta devido desse mês R\$ 8.863,67;

Março 2010: Alega que o autuante utilizou a MVA de 55% para apurar o imposto da NF 59830, emitida pela empresa Kraft, pois entende que a MVA correta é 30%, já que 55% é para salgados. Assim, diz que o valor devido correto para a NF é R\$ 4.543,24 e não R\$ 5.821,96, razão pela qual o valor devido para esse mês deve ser ajustado para R\$ 147.022,63;

Abri 2010: Diz que a fiscalização utilizou a MVA de 55% na apuração do imposto da NF 3243, emitida pela Ind. e Com. de Doces Santa Fé, quando a MVA correta é 45%, já que se trata de Waffer e 55% é para salgados. Assim, o valor exigido de R\$ 5.676,48 deve ser substituído por R\$ 3.812,40. Aduz que as demais notas fiscais constantes no demonstrativo do mês possuem erro quanto aos créditos utilizados, pois se percebe que os créditos utilizados na fórmula da autuante não conferem com os créditos destacados nas notas fiscais (em anexo). Deste modo, entende devido para esse mês R\$ 10.439,04;

Maio 2010: Diz que a fiscalização utilizou a MVA de 40% na apuração do imposto da NF 3371, emitida pela Ind. e Com. de Doces Santa Fé, considerando todos os produtos como chocolate, quando entende que a MVA correta é 45% para Waffer e 40% para chocolate. Além disso, diz existir o mesmo erro com relação ao crédito fiscal no demonstrativo da autuante, pois não confere com os créditos destacados nas notas fiscais. Assim, o valor exigido de R\$ 5.676,48 deve ser substituído por R\$ 3.812,40. Portanto, entende devido para esse mês R\$ 72.288,59;

Junho 2010: Acusa para esse mês o mesmo erro no cálculo dos créditos no demonstrativo da autuante, razão pela qual o valor que reconhece devido é R\$ 65.488,06;

Julho 2010: Fala que a NF 1431, emitida pela Cia Trading é de produto normal, conforme atesta a infração 03. Assim, não é devido ICMS por substituição tributária e o valor que entende devido nesse mês é R\$ 156.918,94;

Agosto 2010: No demonstrativo, o valor de crédito utilizado para a NF 302, emitida por Produtos Alimentícios Crispes (anexa) não confere com o destacado na nota fiscal. Assim, o valor

devido para ela seria R\$ 4.898,88 e não R\$ 5.061,84, razão pela qual o valor que reconhece devido para esse mês é R\$ 180.711,73;

Setembro 2010: Fala que no demonstrativo a fiscalização incluiu a NF 122087 emitida pela Kraft Foods, cujo imposto substituído fora pago na fonte e, por isso, impugna o valor de R\$ 5.415,08. Assim, o valor que reconhece devido para esse mês é R\$ 156.357,96;

Novembro 2010: Diz que a nota fiscal 5326 emitida por Arcor tem origem no NE, mas na planilha o crédito foi calculado com alíquota de 7%. Diz que na planilha da autuante estão incluídas as notas fiscais de entradas 2829, 2831, 2835 e 2836 emitidas por Chocolates Garoto, relativas a aquisição de chocolate em barra para manipulação como cobertura na atividade de confeitoraria, doces, e não consumo imediato. Por isso, entende ter direito ao crédito fiscal, correlacionando essa impugnação ao item 1, pelo que se faz necessário essa contestação tanto nessa como na infração 04. Deste modo, entende devido nesse mês o valor de R\$ 137.534,84.

Em face dos fatos acima apontados, reconhece devido na infração 06 o valor de R\$ 1.189.633,23.

Conclui pedindo sejam reconsiderados os valores autuados para reduzir o principal de R\$ 1.332.714,84 para R\$ 1.228.226,09.

Às fls. 531 a 535 a autuante presta Informação Fiscal. Depois de descrever as infrações e resumir os argumentos defensivos, informa o seguinte:

Infração 02: 1) Confirma que a inscrição estadual 063.251.547, realmente estava ativa no tempo em que a nota fiscal foi emitida; 2) Diz que a inscrição estadual 064.297.178 ficou inapta a partir de 10/09/2010. Por consequência, acata os argumentos defensivos com relação às notas fiscais emitidas antes dessa data, as excluindo do levantamento fiscal, deixando constar apenas as notas fiscais emitidas após a inaptidão; 3) Assim, do valor da infração, excluiu R\$ 5.076,76, restando nela devido o valor de R\$ 15.336,31.

Infração 04: Acata o argumento defensivo excluindo as notas fiscais 2829, 2831, 2835 e 2836, emitidas por Chocolates Garoto, referentes a mercadorias para manipulação e não para consumo direto, pelo que retifica o valor exigido na infração que fica reduzido para R\$ 4.199,15, em face da exclusão de R\$ 2.835,16, como pedido.

Infração 06: Reconhece o direito do autuado acatando as razões defensivas com relação aos equívocos nos cálculos dos créditos e na classificação dos produtos, exatamente na forma e valores expostos na defesa (fls. 379/380).

Conclui elaborando novo demonstrativo de débito da autuação reduzindo o valor total devido de R\$ 1.332.714,84 para R\$ 1.229.244,11.

Intimado para conhecer a informação fiscal com entrega de cópia dos novos demonstrativos, inclusive (fls. 549 e 551), e indicação de prazo para, querendo, sobre ela manifestar, o contribuinte se manteve silente.

Às fls. 553 a 556, constam extratos SIGAT informando parcelamento do valor reconhecido pelo contribuinte na defesa.

VOTO

Não há contestação quanto aos aspectos formais do procedimento fiscal. Neste aspecto, vejo que foi desenvolvido da maneira regulamentada, revestindo-se, portanto, das formalidades legais, pois nele está determinado o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração, indicados os dispositivos legais tidos como infringidos, não estando presente nos autos qualquer dos motivos de nulidade elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

Havendo reconhecimento da total procedência das infrações 01, 03 e 05 pelo impugnante, não tendo reparo a fazer quanto aos aspectos formais do procedimento fiscal e estando as mesmas caracterizadas, devem ser mantidas. Infrações procedentes.

Para a infração 02, originalmente suportada pelo demonstrativo de fls. 13 a 22, o impugnante pediu a exclusão de R\$ 6.094,89, relativo às notas fiscais de venda para os clientes de inscrição estadual 063.251.547 e 064.297.178, sob o argumento de que estavam aptas quando as notas fiscais foram emitidas. Para tanto, juntou à defesa: a) cópia do demonstrativo da infração marcando as notas fiscais emitidas para esses destinatários (fls. 389 a 397); b) informação da situação cadastral dessas inscrições na SEFAZ (fls. 398 e 400).

Por sua vez, considerando que, de fato, a inscrição estadual 063.251.547, estava ativa no tempo em que a única nota fiscal foi emitida, como se vê no novo demonstrativo da infração que elaborou por ocasião da informação fiscal (fls. 539 a 546), acertadamente, a autuante a excluiu da infração. Do mesmo modo, com exceção das notas fiscais 21.958 a 21.960 emitidas em 25/09/2010 (depois da inaptidão processada em 10/09/2010), agiu com relação à inscrição estadual 064.297.178. Desse modo, da infração foi excluído R\$ 5.076,76, restando nela devido o valor de R\$ 15.336,31.

Considerando que esse valor foi levado ao conhecimento do contribuinte autuado e sobre ele não se pronunciou, não observando qualquer irregularidade no ajuste efetuado, com fundamento no art. 140 do RPAF, o acolho como correto, razão pela qual, caracterizada, a infração resta subsistente no valor ajustado de R\$ 15.336,31, e, por isso, é procedente em parte.

A infração 04 exige ICMS sob a acusação de uso indevido de crédito fiscal referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição.

Para essa infração, o impugnante pediu a exclusão das notas fiscais de entradas 2829, 2832, 2835 e 2836 (fls. 434 a 437) emitidas por Chocolates Garoto, cujo ICMS destacado totaliza R\$ 2.835,16, arguindo o direito ao crédito fiscal por se tratar de aquisição de chocolate em barra para manipulação como cobertura na atividade de confeitoraria, doces, e não consumo imediato.

Como bem acolhido pela autuante por ocasião da informação fiscal, o pedido do autuado é pertinente, pois além de o imposto não ter sido pago por substituição tributária, conforme a disposição do art. 353, II, item 8.5, por não ser chocolate pronto para o consumo, a mercadoria constante das notas fiscais citadas não está sujeita à substituição tributária. Portanto, é legal o uso do crédito fiscal decorrente da operação de sua aquisição.

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

8.5 - chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitoraria, recheados ou não, desde que prontas para o consumo - NCM 1704.90.10, 1806.31.10, 1806.31.20, 1806.32.10, 1806.32.20 e 1806.90.00;

Pelo exposto, a infração resta subsistente no valor de R\$ 4.199,15, em face da exclusão do valor do ICMS destacado nas citadas notas fiscais, tido inicialmente como crédito indevido. Infração procedente em parte.

A infração 06, que trata de recolhimento a menor de ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, inicialmente sustentava-se no demonstrativo de fls. 39 a 47. Sem contestar seu aspecto substancial, pois a reconheceu na quase totalidade, o impugnante limitou-se a apontar alguns equívocos do autuante no que diz respeito à indevida inclusão de algumas notas fiscais que tiveram o ICMS substituído na origem, equívocos na apuração do ICMS exigido em face de incorreção na MVA para algumas mercadorias e indevida inclusão de notas fiscais de mercadorias não sujeitas à antecipação tributária por substituição. Essas incorreções estão destacadas no demonstrativo de fls. 439 a 447 e, corretamente, a autuante ajustou a exigência fiscal acatando as razões defensivas na informação fiscal (fls. 533/534), reduzindo a exigência fiscal pela infração de R\$ 1.285.192,02 para R\$ 1.189.633,23, valor que acolho subsistente para a infração.

Assim, considerando todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que passa a ter o demonstrativo de débito de fls. 534 e 535 elaborado pela autuante por ocasião da informação fiscal, devendo ser homologado o valor já recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **149269.0006/11-2**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS SALVADOR NEWS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.229.244,11**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “b”, “e”, “a” e “d”, e VII, “a” e “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de março de 2012.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JORGE INACIO DE AQUINO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR