

A.I. Nº - 2069260404/14-2  
AUTUADO - VIEIRA & MALTA LTDA.  
AUTUANTE - DELSON ANTONIO BARBOSA AGUIAR  
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04.02.2016

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

**ACÓRDÃO JJF Nº 0017-01/16**

**EMENTA: ICMS. ALÍQUOTAS.** Caracterizada a aplicação de alíquotas diversa da prevista na legislação na maioria das mercadorias. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O auto de infração em lide, lavrado em 15/12/2014, formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$21.702,26 em decorrência de recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (infração 03.02.02) no ano de 2011, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea "a" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa às fls. 37 a 39 contestando a cobrança em relação a algumas mercadorias por entender tratar-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária ou por gozar de isenção do ICMS.

Cita como já submetidas à antecipação tributária as seguintes mercadorias: batata palha, cobertura de chocolate, confeti lacta, confeti mms, massa para pizza, pulverizador, rodo e palito de cebola e rocambole de produção própria. E acrescenta as mercadorias leite, milho verde in natura e massa alimentícia de arroz como isentos do ICMS.

Finaliza requerendo que o auto seja julgado improcedente e insubstancial em parte e protesta pelos demais meios de prova em direito permitido.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 45 a 48 fazendo as seguintes considerações acerca das mercadorias que a autuada contesta a tributação:

1 - batata palha possui NCM 20041001, diversa da prevista no item 29.2 do inciso II do art. 353 do RICMS/97, não estando incluído na substituição tributária;

2 - cobertura top de chocolate não está pronto para consumo e, assim, não deve ser considerado incluído na substituição tributária nos termos do item 8.5 do inciso II do art. 353 do RICMS/97;

3 - confeti ao leite lacta possui NCM 17049020 e não está contemplada no rol de mercadorias sujeitas à substituição tributária conforme item 8.5 do inciso II do art. 353 do RICMS/97;

4 - confeti mms entrou na empresa com NCM 42022100 e também não está contemplada no rol de mercadorias sujeitas à substituição tributária conforme item 8.5 do inciso II do art. 353 do RICMS/97;

5 - massa alimentícia de arroz não possui nenhuma dispensa de ICMS e deve ser tributado normalmente;

6 - massa para pizza e disco de pizza não está enquadrada na substituição tributária e anexa Parecer nº 10723/2009, emitido pela DITRI, atestando sua informação;

7 - pulverizador não está incluído na substituição tributária e entende que o autuado confundiu a mercadoria, que é apenas um objeto vendido sem conteúdo, com outros inseticidas constantes no Protocolo ICMS 171/10;

8 - rodo comercializado pelo autuado tem NCM 96039004 e os constantes no Protocolo ICMS 106/09 possui NCM 96039000, não estando, portanto, na substituição tributária;

9 - palito de cebola entrou no estabelecimento do autuado com NCM 4031000, não sendo de fabricação própria e não se enquadrando nas descrições de salgados constantes no item 29 do inciso II do art. 353 do RICMS/97;

10 - rocambole foi feito na padaria do autuado e retirado do demonstrativo de débito;

11- milho verde é produto isento e foi retirado do demonstrativo de débito;

12 - leite vendido em embalagem plástica tem redução de base de cálculo para 7%, nos termos do inciso XXXV do art. 87 do RICMS/97, e o demonstrativo foi alterado para retificação da alíquota de 17% inicialmente adotada.

Conclui apresentando novo demonstrativo às fls. 49 a 77 onde reduz a exigência do ICMS para R\$18.824,23.

O autuado tomou ciência da informação fiscal apresentada pelo autuante e apresentou manifestação às fls. 80 a 82 com as seguintes declarações:

1 - batata palha está na substituição tributária por ter NCM 20052000 e anexa notas fiscais dos fornecedores e GNRE comprovando os recolhimentos;

2 - cobertura top chocolate está na substituição tributária e apresenta nota fiscal do fornecedor com documento de arrecadação comprovando recolhimento da ST;

3 - confeti lacta possui NCM 18069000 e apresenta cópia da nota fiscal do fornecedor com a retenção do ICMS;

4 - confeti mms possui NCM 18069000 e anexa cópia da nota fiscal em que o fornecedor faz retenção do ICMS;

5 massa alimentícia arroz está na ST mas não apresenta qualquer documento;

6 - massa para pizza e disco para pizza estão na ST por não estarem prontos para consumo e por não estarem nem cozidos nem recheados;

7 - pulverizador está na ST.

8 - rodo está na ST pois consta expressamente na redação do item 25.40 do inciso II do art. 353 do RICMS/97 com a NCM 9603.9;

9 - palito de cebola está na ST por ser biscoito e não por ser salgadinho;

10 - leite comercializado em sacos plásticos são isentos nos termos do Convênio ICMS 25/83.

Em seguida o autuado apresenta demonstrativo à fl. 83 em que reconhece como devido o valor de R\$ 15.061,94.

O valor reconhecido como devido pelo autuado foi objeto de parcelamento conforme consta nos documentos anexos às fls. 110 a 113, extraídos do SIGAT, no valor de R\$ 15.061,92.

Para afastar as dúvidas restantes acerca tributação das mercadorias vinculadas ao valor R\$3.723,31 ainda em lide, a 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal encaminhou diligência para que o autuante:

1 - anexasse aos autos cópias das notas fiscais de aquisição da mercadoria "palito de cebola" para que ficasse caracterizado tratar-se de mercadoria adquirida de terceiro para comercialização;

2 - anexasse aos autos documentos que definam o tipo de leite comercializado pelo autuado para que se pudesse ter certeza do correto tratamento fiscal que devia ser dado às saídas realizadas pelo autuado;

3 - refizesse o demonstrativo de débito para: 3.1 - retirada da mercadoria "rodo", por estar enquadrada no regime de substituição tributária; 3.2 - retirada da mercadoria "palito de cebola", caso não fique caracterizado tratar-se de mercadoria adquirida de

terceiro para comercialização; 3.3 - retirada da mercadoria "leite em saquinho mais vida", caso fique caracterizado tratar-se de leite do tipo previsto no inciso XII do art. 14 do RICMS/97.

Em cumprimento à diligência, o autuante afirmou à fl. 123 que não encontrou notas fiscais de aquisição de "palito de cebola", concluindo tratar-se de mercadoria de fabricação própria e sendo retirado da exigência fiscal. À mesma conclusão chegou o autuante em relação às mercadorias "rodo" e "leite em saquinho mais vida", retirando da exigência fiscal. O primeiro por estar na substituição tributária e o segundo por ser isento do ICMS. Desta forma, apresenta novo demonstrativo fiscal, reduzindo a exigência fiscal para R\$ 17.842,60, conforme documento à fl. 124.

O autuado apresenta das fls. 138 à 142 nova manifestação fiscal reiterando que o leite em saquinho mais vida é isento de ICMS e que as mercadorias batata palha, cobertura top chocolate, confeti lacta, confeti MMS, massa alimentícia de arroz, massa para pizza, pulverizador guarany e disco de pizza estão enquadradas na substituição tributária. Considera como devido o valor de R\$ 15.061,94, conforme demonstrativo à fl. 142.

O parcelamento efetuado no valor de R\$ 15.061,92 foi totalmente quitado em 18/12/2015 com a utilização do benefício da Lei nº 13.449/2015, conforme documento extraído do SIGAT à fl. 145.

## VOTO

Não foi apresentado pelo autuado nenhuma argüição de nulidade ao auto de infração. Verifiquei ainda que foram observados todos os requisitos que compõe o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

No presente auto de infração havia a exigência de ICMS inicial no valor de R\$ 21.702,26, acrescidos de multa de 60%. Após considerações do autuado, o autuante refez o demonstrativo de débito reduzindo a exigência inicial para R\$ 18.824,23. Após diligência enviada pela Junta de Julgamento Fiscal, o autuante fez novas reconsiderações, reduzindo a exigência fiscal para R\$ 17.842,60.

O autuado reconheceu como devido o valor de R\$ 15.061,92 e efetuou um parcelamento para pagamento do débito que posteriormente foi quitado com o benefício da Lei nº 13.449/2015, restando a discussão do valor de R\$ 2.780,68 acrescido da multa de 60%.

Para que uma mercadoria seja considerada como enquadrada no regime de substituição tributária é necessário que a descrição esteja clara no dispositivo regulamentar. Não basta que a mercadoria possua a NCM descrita em algum item do dispositivo regulamentar que trata das mercadorias enquadrada na ST. Se a descrição não corresponder à mercadoria em que se busca o enquadramento, ainda que possua a mesma NCM, não poderá ser considerada como enquadrada no regime de substituição tributária. Logo, o relevante é a descrição, ficando o código da NCM como mais um elemento identificador da mercadoria que pode servir como referência para considerar incluído ou não na ST.

Eventuais retenções ou antecipações indevidas não podem servir de prova de que uma mercadoria está na ST. Comprovado o recolhimento indevido, deverá o contribuinte requerer a restituição do indébito na forma prevista na legislação.

Da relação das mercadorias em que resta a lide acerca da tributação, de acordo com relação apresentada pelo autuado das fls. 138 a 141, entendemos que:

1 - batata palha não é mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. Não é considerado como salgado, nos termos do item 29 do inciso II do art. 353 do RICMS/97. Neste item entende-se como salgados aqueles que são consumidos diretamente;

2 - cobertura top chocolate não é mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. Não é uma mercadoria que esteja pronta para o consumo, como exige o item 8.5 do inciso II do art. 353 do RICMS/97;

3 - confeti lacta e confeti mms não são mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. O código NCM dessas mercadorias é 17049020 e não estão contemplados no item 8.5 do inciso II do art. 353 do RICMS/97;

4 - massa alimentícia de arroz não é mercadoria com isenção do ICMS. A isenção prevista para as saídas com arroz não alcançam as saídas de outras mercadorias produzidas com a utilização de arroz como insumo;

5 - massa para pizza e disco de pizza não são mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Não constam no item 11 do inciso II do art. 353 do RICMS/97;

6 - pulverizador não é mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. Trata-se de objeto vendido sem conteúdo. Não existe item no inciso II do art. 353 do RICMS/97 em que a mercadoria possa ser enquadrada;

7 - leite de saquinho da marca Mais Vida foi retirado pelo autuante do demonstrativo de débito.

Voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, ficando reduzido o lançamento tributário para R\$17.842,59 conforme demonstrativo à fl. 124.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **2069260404/14-2**, lavrado contra **VIEIRA & MALTA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.842,59**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea "a" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2016

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR