

A.I. Nº - 2764731201/14-2
AUTUADO - VIEIRA & MALTA LTDA.
AUTUANTE - ROSAMARIA BARREIROS FERNANDEZ
ORIGEM - INFAS TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10.062016

2º JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

AÓRDÃO JJF Nº 0066-02/16

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Autuante refez demonstrativo para exclusão de exigências indevidas. Infração caracterizada em parte. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. RERCOLHIMENTO A MENOS. Infração caracterizada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração caracterizada. 4. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO DE CRÉDITO FISCAL VINCULADO A SAÍDA SUBSEQUENTE NÃO TRIBUTADA. Infração caracterizada. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 17/12/2014, formaliza a exigência de ICMS no valor de R\$39.085,64 em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 01 (03.02.02) - recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias registradas em ECF regularmente escrituradas, no ano de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$27.616,35, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea "a" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 (03.02.02) – recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias registradas em notas fiscais eletrônicas, no ano de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.142,65, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea "a" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 (07.15.02) – recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, no ano de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 763,87, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea "d" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 04 (07.01.02) – 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, no ano de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.081,33, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea "d" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 05 (01.02.26) – utilização indevida de crédito fiscal do ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, no ano de 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 8.481,44, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea "d" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 53 a 56 contestando a cobrança da infração 01 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: granulado colorido Visconti, granulado brinkfest, creme nutela, disquete dori, confeito de chocolate oetker, deliket dori, diqueti love, mini confetis brinkfest, macarrão caseiro talharim pura massa, massa fresca talharim massa leve, bolo pronto renata, massa para lasanha, palito liane de chocolate (biscoito com cobertura de chocolate), confeti lacta, confeti mms, massa para pizza e pulverizador. Além das seguintes mercadorias de produção própria feitos à base de farinha de trigo: tortas especiais, bolo de aipim, torta de banana e abacaxi, farinha de rosca e discos de pizza. E acrescenta as mercadorias massa alimentícia de arroz, castanha de caju, castanha do pará e sal grosso como isentos do ICMS e o leite em pó como sujeitos à redução de base de cálculo.

Em relação à infração 02, discorda da cobrança nas saídas para industrialização (CFOP 5901) e saídas para uso próprio (COP 5557). Em relação à infração 03, discorda da cobrança e apresenta DAE's com a relação das notas questionadas pelo fisco e livro de registro de entradas. Em relação à infração 04, também discorda da cobrança e apresenta DAE's referente às notas questionadas pelo fisco, ressaltando que as que não constam relacionadas no verso dos DAE's foi porque a responsabilidade era do remetente. O autuado reconheceu como procedente a infração 05.

O autuante prestou informação fiscal das fls. 78 a 82 fazendo as seguintes considerações acerca das mercadorias contestadas nas infrações 01 e 02, mas que entende ser devida a tributação normal:

- 1 – leite em pó – não se trata de leite em pó, mas de fórmulas infantis e compostos lácteos;
- 2 - granulado colorido Visconti, granulado brinkfest, disquete dori – são confeitos de açúcar colorido (NCM 1704.9020) e não chocolate;
- 3 – creme nutela - trata-se de creme de avelã com cacau e não de chocolate;
- 4 – confeti mms e confeti lacta – não foi cobrado na planilha;
- 5 - confeito de chocolate oetker – confeito de bolinhas com chocolate, cereal de arroz e cacau, açúcar, leite em pó e cacau em pó, não é chocolate;
- 6 – deliketi dori – bala de goma, não é chocolate;
- 7 – disquette love – confeito com açúcar, massa de cacau e gordura vegetal, não é chocolate;
- 8 - mini confetis brinkfest – confeito com cobertura ao leite, não é chocolate;
- 9 - massa alimentícia de arroz - não possui nenhuma dispensa de ICMS, não é derivado do trigo e deve ser tributado normalmente;
- 10 - macarrão caseiro talharim pura massa, massa fresca talharim massa leve, massa para lasanha, massa para pizza e disco de pizza – são massas frescas pré-cozidas que não se enquadram no item 11.4.1 do inciso II do art. 353 do RICMA/97. Apresenta fotos dos produtos;
- 11 – pulverizador – pulverizador usado em jardim, carro e escritório;
- 12 – bolo de aipim, torta de banana, torta de abacaxi – não leva farinha de trigo na composição;
- 13 – farinha de rosca – reutilização de sobras de pão seco assado e triturado. Sua venda está desvinculada da do pão;
- 14 – castanha do pará – não é salgado preparado a base de castanha de caju nem amendoim;

Por outro lado, o autuante concordou com a retirada da exigência fiscal em relação a palito liane chocolate, castanha de caju e sal grosso, refazendo a planilha da infração 01.

Em relação à infração 02, o autuante concordou com as alegações do autuado e retirou a exigência fiscal das operações com CFOP 5901 e 5557, refazendo a planilha.

Em relação à infração 03, o autuante afirma que o autuado não apresentou nenhum fato novo em relação aos valores apurados mensalmente. Os recolhimentos apresentados foram considerados

na planilha como ICMS recolhido (DAE 2175) e foram abatidos dos valores apurados. Mantém a exigência.]

Em relação à infração 04, o autuante afirma que o autuado não apresentou nenhum fato novo em relação aos valores apurados mensalmente. Os recolhimentos apresentados foram considerados na planilha como ICMS recolhido (DAE 1145) e foram abatidos dos valores apurados. Mantém a exigência.

O autuado apresentou manifestação fiscal das fls. 119 a 122, mantendo as argumentações apresentadas na defesa em relação às mercadorias que o autuante insiste em manter a exigência fiscal na infração 01.

Em relação à infração 03, diz que a diferença refere-se a produtos sujeitos à substituição tributária, como cobertura de chocolate frutigel e choc cob ao leite, não estando, portanto, sujeitos à antecipação tributária parcial.

Em relação à infração 04, afirma que as mercadorias detergente minuano, sabão em pó omo, lã de aço Bombril, desinfetante minuano, e outros não estavam sujeitas à substituição tributária em 2012.

Em sessão realizada dia 29/09/2015, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou pela remessa deste processo em diligência para o autuante incluir no demonstrativo de débito da infração 01 o produto castanha de caju, para retirar do demonstrativo de débito da infração 01 a farinha de rosca, a torta de banana e a torta de abacaxi e para refazer o demonstrativo de débito da infração 01 para tributar massa fresca, macarrão caseiro talharim pura massa, talharim massa leve, lasanha petybom, lasanha renata e lasanha massa leve pela alíquota de 7% nas operações realizadas a partir de 01/04/2012.

Em cumprimento à diligência, o autuante apresentou novo demonstrativo de débito relativo à infração 01 com as alterações solicitadas, conforme documento à fl. 145.

O autuado obteve o parcelamento parcial deste auto de infração no valor de R\$27.698,84, relativamente aos débitos informados das fls. 165 a 167, conforme extrato do SIGAT à fl.171, restando em lide a importância histórica de R\$11.386,50.

Intimado para tomar ciência da diligência, conforme documento à fl. 161, o autuado apresentou nova manifestação idêntica a anterior sob a alegação de que não foi explicado o que foi aceito ou não na defesa apresentada.

O autuante prestou nova informação à fl. 184 repetindo o demonstrativo apresentado em cumprimento à diligência sem acrescentar nada ao processo em decorrência da falta de fato novo manifestado pelo autuado.

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\$39.085,64, acrescidos de multa de 60%. Após cumprimento da diligência enviada pela Junta de Julgamento Fiscal, o autuante refez os demonstrativos de débito, reduzindo a exigência fiscal para R\$37.600,72.

O autuado reconheceu como devido o valor de R\$ 27.698,84 e efetuou um parcelamento para pagamento do débito, conforme extrato do SIGAT à fl. 171, restando a discussão do valor de R\$9.901,88 acrescido da multa de 60%.

Da relação das mercadorias em que resta a lide acerca da tributação da infração 01, de acordo com relação apresentada pelo autuado, entendemos que:

- 1 – fórmulas infantis e compostos lácteos – não se aplica a redução de base de cálculo, pois não se trata de leite em pó, deve ser tributado normalmente. Foto fl. 83;
- 2 - granulado colorido Visconti, granulado brinkfest, disqueti dori – não se enquadra como chocolate nos termos do item 8.5 do inciso II do art. 353 do RICMS/97 e no item 11 do Anexo 1 do RICMS/2012. Deve ser tributado normalmente;
- 3 – creme nutela - trata-se de creme de avelã com cacau e não se enquadra como chocolate nos termos do item 8.5 do inciso II do art. 353 do RICMS/97 e no item 11 do Anexo 1 do RICMS/2012. Deve ser tributado normalmente;
- 4 - confeito de chocolate oetker – confeito de bolinhas com chocolate, cereal de arroz e cacau, açúcar, leite em pó e cacau em pó, não se enquadra como chocolate nos termos do item 8.5 do inciso II do art. 353 do RICMS/97 e no item 11 do Anexo 1 do RICMS/2012. Deve ser tributado normalmente;
- 5 – deliketi dori – bala de goma, não se enquadra como chocolate nos termos do item 8.5 do inciso II do art. 353 do RICMS/97 e no item 11 do Anexo 1 do RICMS/2012. Deve ser tributado normalmente;
- 6 – disqueti love – confeito com açúcar, massa de cacau não é gordura vegetal, não se enquadra como chocolate nos termos do item 8.5 do inciso II do art. 353 do RICMS/97 e no item 11 do Anexo 1 do RICMS/2012. Deve ser tributado normalmente;
- 7 - mini confetis brinkfest – confeito com cobertura ao leite, não se enquadra como chocolate nos termos do item 8.5 do inciso II do art. 353 do RICMS/97. Deve ser tributado normalmente;
- 8 - massa alimentícia de arroz - não possui nenhuma dispensa de ICMS, não é arroz nem é derivado do trigo e deve ser tributado normalmente;
- 9 - macarrão caseiro talharim pura massa, massa fresca talharim massa leve, massa para lasanha, massa para pizza e disco de pizza – não estão incluídas no regime de substituição tributária. São massas frescas ou pré-cozidas e estavam excluídas expressamente da aplicação da alíquota de 7% até 31/03/2012, conforme § 3º do art. 51 do RICMS/97. Como a ressalva deixou de existir no RICMS/12, o autuante considerou a aplicação da alíquota de 7% a partir de 01/04/2012 em atendimento à diligência à fl. 141.
- 10 – pulverizador – mercadoria não incluída no regime de substituição tributária. Deve ser tributado normalmente;
- 11 – bolo de aipim - produto não leva farinha de trigo na composição. Deve ser tributado normalmente;
- 12 – castanha de caju e do pará – não existe previsão de isenção do ICMS na legislação nem estão sujeitas ao regime de substituição tributária. A castanha de caju somente é isenta nas saídas efetuadas por produtores rurais, suas associações ou cooperativas, conforme inciso XIX do art. 14 do RICMS/97 e alínea “f” do inciso II do art. 265 do RICMS/12. Deve ser tributado normalmente.
Assim, fica a infração 01 procedente em parte, e a exigência fiscal reduzida para R\$ 27.171,88, conforme demonstrativo à fl. 145.
A infração 02 não restou lide após o acatamento pelo autuante das considerações apresentadas pelo autuado, ficando o lançamento tributário reduzido para R\$ 102,20, conforme demonstrativo à fl. 115. Esse valor constou no parcelamento de débito, conforme documento à fl. 167.
Em relação à infração 03, os valores pagos pelo autuado e anexados das fls. 57 a 62 foram considerados no cálculo do imposto devido, conforme se verifica nas linha de totalização de cada período de apuração do demonstrativo das fls. 30 à 33. Posteriormente, o autuado faz novas alegações que existem coberturas de chocolate na relação do demonstrativo de débito e que esses produtos são sujeitos ao regime de substituição tributária, inviabilizando a cobrança de

antecipação parcial. Entretanto, as mercadorias referidas na manifestação do autuado não estão enquadradas na substituição tributária. Mantenho a exigência fiscal da infração 03.

Em relação à infração 04, os valores pagos pelo autuado e anexados das fls. 63 a 70 foram considerados no cálculo do imposto devido, conforme se verifica nas linha de totalização de cada período de apuração do demonstrativo das fls. 35 a 44. Posteriormente, o autuado faz novas alegações que existem detergentes, sabão em pó e desinfetantes na relação do demonstrativo de débito e que esses produtos não estavam sujeitos ao regime de substituição tributária, inviabilizando a cobrança. Entretanto, as mercadorias referidas na manifestação do autuado estavam enquadradas na substituição tributária, conforme item 36 do inciso II do art. 353 do RICMS/97 e item 25 do anexo 1 do RICMS/12. Mantenho a exigência fiscal da infração 04.

A infração 05 foi reconhecida pelo autuado e incluída no parcelamento de débito, conforme documento à fl. 165. Mantenho a exigência fiscal.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando reduzido o lançamento tributário para R\$37.600,72.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 2764731201/14-2, lavrado contra **VIEIRA & MALTA LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$37.600,72**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea "a", inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já incluídos no parcelamento efetuado pelo autuado.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de maio de 2016.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA