

A.I. Nº - 269133.0010/17-7
AUTUAD - VIEIRA & MALTA LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ CÍCERO DE FARIAS BRAGA
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/06/2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0073-01/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. Aquisição interestadual de mercadorias tributada com benefício em desacordo com a Lei Complementar nº 24/75, Lei Complementar nº 160/17 e Convênio ICMS 190/17 estabeleceram a remissão dos referidos créditos tributários. Infração 1 improcedente. 2. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. RECOLHIMENTO A MENOS. Afastada a exigência sobre operações com álcool para limpeza durante o mês de janeiro de 2015, pois o produto ainda estava sujeito à substituição tributária. Infração 2 procedente em parte. 3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOS. 4. EFD. FALTA DE ENTREGA. Autuado reconheceu as infrações 3 e 4. Itens subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/09/2017, formaliza a exigência de ICMS e multa no valor de R\$42.933,69 em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

INFRAÇÃO 1 (01.02.96) – utilização indevida de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75, ocorrido em fevereiro de 2015 e de maio a dezembro de 2015, sendo exigido o valor de R\$5.743,54, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 2 (03.02.02) - recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, ocorrido de janeiro a dezembro de 2015, sendo exigido o valor de R\$12.343,60, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea "a" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

Infração 3 (07.15.02) - recolheu a menor ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, ocorrido de janeiro a dezembro de 2015, sendo exigido o valor de R\$16.566,55, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea "d" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 4 (16.14.04) – entregou os arquivos eletrônicos da escrituração fiscal digital (EFD) contendo apenas as informações dos registros de aberturas e encerramentos dos blocos da EFD e dos registros 0005 (dados complementares da entidade) e 0100 (dados do contabilista), ocorrido de janeiro a junho de 2015, sendo exigido multa no valor de R\$8.280,00, prevista na alínea "l" do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 65 a 67. Contestou em parte a infração 1, pois realmente usou em alguns casos a alíquota destacada na nota fiscal quando o correto era usar com redução de 91,81% do crédito destacado, já que tais Empresas atacadistas do Espírito Santo possuem Cadastro de Competitividade, nos termos do artigo 530 L-R-K, do RICMS/ES. Porém, a parte em que contestou são de empresas que não se beneficiaram do Cadastro de Competitividade, o que permite o aproveitamento do crédito destacado em nota, como por exemplo, as empresas:

Comercial Diskpan Ltda., SP Produtos Ltda., Comercial de Alimentos Novo México Ltda., Cadis Campineira Dist. De Prod. Alimentícios Ltda.

Em relação à infração 2, o autuado contestou que alguns produtos foram enquadrados erroneamente como tributados, pois a mudança de tributação ocorreu no decorrer do ano de 2015. Os produtos que entendeu como não tributados foram: 1 - *Material de Limpeza, revogado pela Alteração nº 28, Decreto nº 15.807, de 30/12/2014, DOE de 31/12/2014, efeitos a partir de 01/02/2015:*

1.1 - ALCOOL, NCM: 2207.20.11, Anexo I, item 25.14;

1.2 - CLORO, NCM: 2828.90.11, Anexo I, 25.16;

1.3 - ELIMINADOR DE ODORES, NCM: 3808.94.29, Anexo I, item 25.2;

1.4 - LA DE AÇO, NCM: 7323.10.00, Anexo I, item 25.38;

2 - HAMBURGUER, NCM: 1602.32.10, Anexo I, item 35-A, foi revogado pelo Decreto nº 15.921, de 03/02/2015, DOE de 04/02/2015, efeitos a partir de 04/02/2015, isto posto em 31/01/2015 ainda eram Substituição Tributária;

3 - BOLOS e TORTAS, NCM: 1905.90.90, Anexo I, item 33, Produtos derivados de Farinha de Trigo;

4 - PIPOCA PRONTA YOKI, NCM: 1904.10.00, Anexo I, item 38, Salgados Industrializados.

5 - MEL ABELHA PURO APIS, oriundo de produtor rural, sendo assim ISENTO, conforme Art.265 inc. II Alínea f;

6 - CANJICA de milho, alíquota de 7%, conforme art. 16, Inc. I, alínea a, do RICMS/BA;

Afirmou, ainda, que reconhece o débito das infrações 3 e 4.

O autuante prestou informação fiscal das fls. 104 a 107. Em relação à infração 1, concordou em retirar os créditos indevidos originários da empresa do Espírito Santo: Comercial Diskpan Ltda. com IE 081.967.55-1 e CNPJ 02.691.482/0001-07, visto que foi anexado arquivo em CD (folha 100) da Portaria nº 009-R, e confirmada conforme consulta no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo, a exclusão em vigor a partir de 01/02/2014, por solicitação da empresa, de sua adesão ao Contrato de Competitividade. A Portaria nº 095-R de 05/11/2015, anexada ao CD (folha 100), que trata da confirmação das empresas mantidas no Cadastro de Contrato de Competitividade da Secretaria de Estado de Desenvolvimento, refere-se apenas as empresas que não estavam atendendo a um ou mais dos incisos do parágrafo § 6º do art. 530-L-R-K do RICMS-ES, ou seja, o anexo único desta portaria relaciona apenas as empresas que estavam com pendências em relação benefício, e que posteriormente sanadas estas pendências as mesmas continuaram mantidas no Cadastro de Competitividade, não se tratando no caso de uma relação com todas as empresas beneficiárias.

Assim, fez o demonstrativo da infração 1, passando os valores dos débitos (valor histórico) a serem os seguintes:

Data de Ocorrência	Valor Histórico
30.05.2015	R\$ 1.220,16
31.07.2015	R\$ 397,44
31.08.2015	R\$ 591,40
30.09.2015	R\$ 386,93
31.10.2015	R\$ 250,91

Em relação à infração 2, acatou a retirada do álcool de limpeza, pois até 31/01/2015 ainda se encontrava no Anexo 1 – Mercadorias da Substituição ou Antecipação Tributária - RICMS-BA/2012, logo, no mês de janeiro de 2015 as saídas deste produto não poderiam ser tributadas e do mel de abelha puro apis, visto que o mesmo foi originário do produtor rural (constituído como pessoa jurídica) Apiário Apis Bom Mel Ltda., conforme consulta no sistema INC – Informações do Contribuinte.

Quanto às demais mercadorias, não acatou a retirada da exigência pelos seguintes motivos:

1. Eliminador de odores (ncm 3808.94.29) – No item 25.2 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012, onde constam as mercadorias enquadradas na substituição ou antecipação tributária, o final da NCM

é 19 e não 29;

2. Lã de aço (ncm 7323.10.00) – Este produto encontrava-se relacionado no item 25.38 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012 até 31/01/2015, entretanto no demonstrativo desta infração em janeiro de 2015 o mesmo não consta.
3. Hamburguer (ncm 1602.32.10) – Este produto não se enquadra como enchidos do item 35-A do Anexo 1 do RICMS-BA/2012.
4. Bolos (Fubá, Puba e Aipim) – Não são produtos a base de farinha de trigo, logo não fazem parte do item 33 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012.
5. Tortas (Abacaxi Kg, Banana Kg, Torta Kg, Torta Especial Super Pão 1,5 Kg) – Apesar de possuírem farinha de trigo em sua composição estes produtos não estão enquadrados nos itens 33.1 e 33.2 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012.
6. Pipoca Pronta Yoki (Caramelo, Chocolate e Doce Pipoqueiro) – O item 38 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012, trata salgados industrializados, logo estes produtos não estão enquadrados na substituição ou antecipação tributária.
7. Canjica de milho – Conforme Parecer da DITRI nº 08226/2012, em anexo, canjica de milho não se encontra relacionada no art. 16, I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, devendo ser aplicada a alíquota de 17%.

O autuante refez o demonstrativo da infração 2, passando a ser o seguinte:

Data de Ocorrência	Valor Histórico
31.01.2015	R\$ 2.693,01
28.02.2015	R\$ 5.798,33
31.03.2015	R\$ 378,92
30.04.2015	R\$ 170,11
31.05.2015	R\$ 457,31
30.06.2015	R\$ 317,55
31.07.2015	R\$ 405,34
31.08.2015	R\$ 352,34
31.10.2015	R\$ 387,94
30.11.2015	R\$ 399,55
31.12.2015	R\$ 410,23

VOTO

Inicialmente, verifiquei 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.

O autuado reconheceu a procedência da autuação em relação às infrações 3 e 4, permanecendo a lide sobre as infrações 1 e 2.

Na infração 1, é exigido ICMS em decorrência da utilização indevida de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo nos termo da Lei Complementar nº 24/75.

A Lei Complementar nº 160, de 07 de agosto de 2017, permitiu que, mediante convênio, os Estados e o Distrito Federal deliberassem sobre a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal e a reinstituição das respectivas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais.

Em consequência, foi celebrado o Convênio ICMS 190/17 que estabeleceu os procedimentos e prazos que as unidades federadas deveriam observar para remissão dos créditos tributários decorrentes do uso de isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos

em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, bem como sobre as correspondentes reinstituições.

Em cumprimento ao prazo estabelecido no inciso I da cláusula terceira do Convênio ICMS 190/17, tal como fez o Estado da Bahia em relação aos seus atos normativos vigentes, por meio do Decreto nº 18.270/18, os Estados publicaram, em seus respectivos diários oficiais, relação com a identificação de todos os atos normativos citados no Anexo Único do Decreto nº 14.213/12, visando a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não.

Mais precisamente em relação a esta infração, a relação das empresas remetentes (fl. 20) indica que a glosa se referiu aos itens 2.1 e 4.2 do Anexo Único do Decreto nº 14.213/12. O item 2.1 refere-se a um benefício para o comércio atacadista concedido por meio do art. 75, XIV, “a” do RICMS/MG. Visando a remissão dos créditos tributários, o Estado de Minas Gerais publicou o Decreto nº 47.394, em 26 de março de 2018, indicando, no item 340 do seu Anexo 1, o benefício constante no item 2.1 do Anexo Único do Decreto nº 14.213/12, em atendimento ao comando estabelecido no inciso I da cláusula segunda do Convênio ICMS 190/17.

O item 4.2 do Anexo Único do Decreto nº 14.213/12 refere-se a um benefício para o comércio atacadista concedido por meio do art. 530-L-R-K do RICMS/ES. Visando a remissão dos créditos tributários, o Estado do Espírito Santo publicou a Portaria nº 09-R/18, indicando, no item 66, o benefício constante no item 4.2 do Anexo Único do Decreto nº 14.213/12, em atendimento ao comando estabelecido no inciso I da cláusula segunda do Convênio ICMS 190/17.

Em consonância com a materialização pelas unidades federadas da celebração do referido convênio e do cumprimento dos procedimentos e prazos nele estabelecidos, o Estado da Bahia revogou o Decreto nº 14.213/12, visando a não exigência fiscal sobre as isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais relacionadas em seu anexo único, em alinhamento com a convalidação dos atos instituídos por todas as unidades federadas, nos termos da Lei Complementar nº 160/17 e do Convênio ICMS 190/17.

Desse modo, com base na remissão dos créditos tributários relativos a benefícios instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal, processado nos termos do Convênio ICMS 190/17, voto pela improcedência da infração 1.

Na infração 2, é exigido ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação. O autuado apresentou relação de mercadorias que entendia enquadradas no regime de substituição tributária, motivo pelo qual não teria tributado na saída, além de uma mercadoria que aplicou alíquota inferior à normal.

O autuante analisou todas as mercadorias referidas pelo autuado e apresentou as seguintes justificativas para negar a retirada da exigência fiscal, com as quais concordo integralmente:

“1 - Eliminador de odores (ncm 3808.94.29) – No item 25.2 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012, onde constam as mercadorias enquadradas na substituição ou antecipação tributária, o final da NCM é 19 e não 29;

2 - Lã de aço (ncm 7323.10.00) – Este produto encontrava-se relacionado no item 25.38 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012 até 31/01/2015, entretanto no demonstrativo desta infração em janeiro de 2015 o mesmo não consta.

3 - Hamburger (ncm 1602.32.10) – Este produto não se enquadra como enchidos do item 35-A do Anexo 1 do RICMS-BA/2012.

4 - Bolos (Fubá, Puba e Aipim) – Não são produtos a base de farinha de trigo, logo não fazem parte do item 33 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012.

5 - Tortas (Abacaxi Kg, Banana Kg, Torta Kg, Torta Especial Super Pão 1,5 Kg) – Apesar de possuírem farinha de trigo em sua composição estes produtos não estão enquadrados nos itens 33.1 e 33.2 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012.

6 - Pipoca Pronta Yoki (Caramelo, Chocolate e Doce Pipoqueiro) – O item 38 do do Anexo 1 do RICMS-BA/2012, trata salgados industrializados, logo estes produtos não estão enquadrados na substituição ou antecipação tributária.

7 - Canjica de milho – Conforme parecer da Ditri nº 08226/2012, em anexo, canjica de milho não se encontra relacionada no art. 16, I, alínea “a” da Lei 7.014/96, devendo ser aplicada a alíquota de 17%.”.

Também concordo com o autuante com a retirada da exigência sobre o álcool de limpeza no mês de janeiro de 2015, pois ainda estava incluído no Anexo 1 do RICMS, conforme também alegado pelo autuado.

Por outro lado, não concordo com a retirada da exigência fiscal sobre o mel de abelha, pois a isenção prevista na alínea “f” do inciso II do art. 265 do RICMS somente se aplica nas saídas efetuadas por produtores rurais, suas associações ou cooperativas, e não nas operações subsequentes realizadas por comerciantes.

Desse modo, voto pela procedência em parte da infração 2, alterando a exigência referente ao mês de janeiro com a exclusão da cobrança sobre o álcool, reduzindo o lançamento total da infração para R\$12.225,02, nos seguintes termos:

Data de Ocorrência	Valor Histórico
31.01.2015	R\$ 2.730,30
28.02.2015	R\$ 5.813,82
31.03.2015	R\$ 385,77
30.04.2015	R\$ 178,95
31.05.2015	R\$ 461,73
30.06.2015	R\$ 322,42
31.07.2015	R\$ 416,53
31.08.2015	R\$ 364,20
30.09.2015	R\$ 328,11
31.10.2015	R\$ 398,13
30.11.2015	R\$ 407,19
31.12.2015	R\$ 417,87

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando reduzido o lançamento tributário para R\$37.071,57, com a improcedência da infração 1, procedência em parte da infração 2 e procedência das infrações 3 e 4.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269133.0010/17-7**, lavrado contra **VIEIRA & MALTA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.791,57**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$8.280,00**, prevista no inciso XIII-A, “I”, do mesmo artigo e lei já citados, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 3.956/81.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ– RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO– JULGADOR