

A. I. Nº - 281077.0028/17-8
AUTUADO - SUPERMERCADO EFCE PEREIRA LTDA.
AUTUANTE - ANDREA FALCÃO PEIXOTO
ORIGEM - INFAZ CRUZ DAS ALMAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/12/2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0185-01/18

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOR. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Após revisão fiscal através de diligência, foi feito o demonstrativo identificando e excluindo as exigências referentes às saídas efetivas de Jerked Beef, mantendo a exigência de recolhimento a menor em razão de utilização indevida de redução da base de cálculo apenas sobre as saídas efetivas de charque, em que foi constatado erro na apuração do imposto devido para o exercício apenas de 2014. Infração 1 parcialmente subsistente. 2. MULTA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Aplica-se multa percentual de 60% sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, relativo às operações de entradas do produto “Jeeked Beef”, na forma do §1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, estando devidamente constituída a imputação. Infração 2 subsistente. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Vencido o voto do relator em relação à infração 2. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 29/09/2017, formaliza a exigência de ICMS e multa no valor total de R\$47.022,00, em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

INFRAÇÃO 1 (03.02.06) - recolheu a menor o ICMS em razão da utilização indevida de benefício da redução de base de cálculo em operações de vendas de jerked beef, ocorrido nos meses de janeiro e fevereiro de 2012 e de abril de 2012 a novembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$36.185,01, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 2 (07.01.03) – multa percentual sobre o imposto que deveria ser pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (jerked beef), e devidamente registrada na escrita fiscal com saída posterior tributada normalmente, ocorrido nos meses de janeiro, abril, maio, junho, julho, agosto, novembro de dezembro de 2012 e fevereiro, maio, junho, julho e agosto de 2013, no valor de R\$10.836,99, prevista na alínea “d” do inciso II do art. 42 e no § 1º da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 23 a 26. Afirmou que o produto “Jerked Beef”, apesar de bastante semelhante, não se confunde com o “charque”. Ressaltou que o primeiro passa por um processo industrial com a adição de componentes químicos, tais como, nitrito e/ou nitrato de sódio ou potássio, que agem como fixadores da cor e bacteriostáticos; já o segundo, sofre um processo natural, com a adição apenas de sal e a exposição à luz solar.

Com relação à classificação do NCM, confirmou que ambos os produtos são vinculados ao NCM 0210.20.00 e são tributados à alíquota zero para PIS e COFINS, conforme a Lei nº 10.925, de 23 de 2004, inciso XIX, alínea “a”.

Lembrou que o Regulamento da Inspeção Industrial e Sanitária de Produtos de Origem Animal – RIISPOA (1952), em seu artigo 431 define charque como carne bovina salgada e dessecada, e que a Instrução Normativa Nº 22, de 31 de Julho de 2000, do Ministério da Agricultura, define JERKED

BEEF como carne bovina salgada curada dessecada.

Reconheceu que o “Jerked Beef” estava, à época dos fatos geradores, enquadrado no regime da substituição tributária, no item 34 do Anexo 1 do RICMS/12.

Informou, ainda, que o produto JERKED BEEF somente foi excluído do regime de substituição tributária a partir de 01/12/14, porém com carga tributária de 12%. Concluiu que antes desta data deve ele ser considerado Substituto Tributário e, portanto, indevido o ICMS cobrado deste produto.

Requeru que o auto de infração seja considerado nulo e que, no mérito, seja julgado o auto totalmente improcedente em face das argumentações já apresentadas.

Acrescentou que a inexistência de dolo, como demonstrado acima, autoriza o E. Conselho de Fazenda – CONSEF, a dispensar ou reduzir a multa aplicada, nos termos dos Arts. 23 a 25 do Regimento Interno, aprovado pelo Decreto nº 7592/99.

Em relação à infração 2, alegou que as mercadorias cujo imposto foi creditado indevidamente, a despeito da previsão de isenção do imposto nessas operações, foram devidamente tributadas quando de sua posterior saída interna, o que significa dizer que embora, por um lapso, tenha se creditado do imposto em relação às mercadorias cuja saída é isenta ou sujeita à substituição tributária do imposto, o tributo foi devidamente recolhido por ocasião da posterior saída da mercadoria.

A autuante apresentou informação fiscal às fls. 32 e 33. Estranhou que a defesa do autuado só comprovou as infrações cometidas que acarretaram na lavratura do Auto de Infração. Ressaltou que o autuado adquiriu JERKED BEEF em operações interestaduais realizadas entre 01/01/2012 e 30/11/2014, e escriturou na EFD como aquisição de CHARQUE. Não recolheu a antecipação total. Creditou-se pela entrada do produto e destacou no documento fiscal de salda imposto com alíquota de 17%, utilizando a redução da base de cálculo aplicada a CHARQUE.

Concluiu que a Infração 1 é procedente por ter recolhido a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo e procedente a Infração 2, multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativo a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

Em sessão de julgamento, diante da divergência verificada entre a quantidade de Jerked beef (44.594 kgs), cuja saída lhe foi atribuída a utilização indevida de redução da base de cálculo como se fosse charque (infração 1), e a quantidade de jerked beef (12.990 kgs) sobre a qual foi exigida multa pela falta de antecipação tributária (infração 2), os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal deliberaram por unanimidade pela conversão do processo em diligência à inspeção de origem para que a autuante:

1. apresentasse arquivo exclusivamente com a relação de notas fiscais de aquisição de jerked beef, com a totalização das quantidades;
2. relacionasse os documentos fiscais de saídas emitidos pelo autuado, constantes no arquivo denominado “Demonstrativo Recolhimento a Menor do ICMS – Infração 03.02.06”, em CD à fl. 16, às notas fiscais de aquisição referidas no item 1 desta diligência.

A autuante apresentou informação fiscal em atendimento à diligência à fl. 41. Disse que constatou que a mercadoria registrada na escrita fiscal do autuado como “charque PA” não se refere a jerked beef. Assim, refez o demonstrativo de débito da infração 1 que passou a ser de R\$8.706,59.

O autuado foi intimado a se manifestar acerca da informação fiscal produzida pela autuante (fls. 45 e 46), mas não se pronunciou.

VOTO (Vencido quanto à infração 2)

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de

infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

A infração 1 consiste na exigência de ICMS recolhido a menor em razão de utilização indevida do benefício de redução da base de cálculo nas saídas internas de jerked beef. De acordo com o arquivo denominado “Demonstrativo Recolhimento a Menor do ICMS – Infração 03.02.06”, em CD à fl. 16, estão identificadas todas as notas fiscais de saída, pelo número e pela chave de acesso, em que o autuado supostamente registrou a saída de jerked beef como se fosse charque, reduzindo indevidamente a base de cálculo.

A infração 2 exige multa de 60% do valor do imposto que deixou de ser pago por antecipação tributária nas aquisições interestaduais de jerked beef, sendo constatada a saída subsequente tributada, nos termos do § 1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O jerked beef diferencia-se do charque em razão de ocorrer em seu processamento a adição de produtos químicos como o nitrato e nitrito de sódio durante o seu preparo. No período de ocorrência dos fatos geradores das duas infrações, o jerked beef estava sujeito ao regime de substituição tributária, nos termos do item 34, do Anexo 1 do RICMS, e não gozava de qualquer benefício que lhe permitisse a redução da base de cálculo, devendo, assim, ter sido tributado pela carga de 17%.

A autuante jamais poderia exigir imposto por utilização indevida de redução da base de cálculo na saída de mercadoria que está sujeita ao regime de substituição tributária, como fez na infração 1 em relação ao Jerked Beef. Entretanto, após diligência fiscal, a autuante refez o demonstrativo fiscal identificando e excluindo as exigências referentes às saídas efetivas de Jerked Beef, mantendo a exigência de recolhimento a menor em razão de utilização indevida de redução da base de cálculo apenas sobre as saídas efetivas de charque, em que foi constatado erro na apuração do imposto devido para o exercício apenas de 2014, conforme demonstrativo da fls. 51/53. Assim, reconheço como subsistente em parte a infração 1, no valor de R\$3.411,30.

Em relação à infração 2, entendo que se mostra indevida a exigência da multa, com base no § 1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, pois o autuado não pagou o imposto na operação subsequente das saídas efetivas com Jerked Beef, conforme demonstrativo apresentado pela autuante em CD à fl. 16, e no demonstrativo em cumprimento à diligência, no CD à fl. 42.

No demonstrativo em CD à fl. 42, a autuante retira da exigência fiscal na infração 1, os itens em que foi reconhecido que se tratavam de Jerked Beef (linhas 17 a 75 do arquivo em excel, denominado “Relação dos documentos de saída com aquisição de jerked”). Nessas linhas, ficaram demonstradas que as saídas de jerked beef ocorreram com redução indevida da base de cálculo, justamente no período em que está sendo exigida a multa da infração 2 (janeiro de 2012 a agosto de 2013).

Desse modo, não é admissível que se aplique apenas a imposição da multa, pois não ocorreu o pagamento integral do imposto na saída subsequente. A ação fiscal deveria ter sido feita para exigência do imposto por antecipação tributária. Assim, considero nula a infração 2. Decisão que se coaduna com a da infração 1, em retirar a exigência de recolhimento a menor nas saídas de jerked beef por se tratar de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária.

Desse modo, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando a exigência fiscal da infração 1 reduzida para R\$3.411,30, nos termos do demonstrativo apenas para o exercício de 2014 das fls. 51/53, e nula a infração 2.

VOTO VENCEDOR (Infração 2)

Primeiramente quero manifestar meu respeito ao voto do Ilustre Relator, frisando que dele divirjo apenas quanto ao seu entendimento relacionado aos termos da Infração 2, quando aduz que se mostra indevida a exigência da multa percentual de 60% sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do sujeito passivo, com base no § 1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, pois, à luz do seu entendimento, o autuado não pagou o imposto na

operação subsequente das saídas efetivas com “Jerked Beef,” conforme demonstrativo apresentado pela autuante em CD à fl. 16 e no demonstrativo, em cumprimento à diligência, no CD à fl. 42.

Primeiro há de se destacar que no CD de fl. 16, têm-se, de fato, o demonstrativo das operações com “Jeeked Beef” em que não houvera sido pago a antecipação devida por substituição tributária à época dos fatos geradores, com todos os elementos necessários à constituição do lançamento fiscal, e que por isso foi aplicado a multa 60% sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do sujeito passivo, com base no § 1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, dado ter sido constatado no desenvolvimento da ação fiscal, que o imposto decorrente das operações subsequentes houvera sido recolhido aos cofres do Estado, como assim observa da leitura do § 1º do citado diploma legal a seguir destacado:

*§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração **deixar de recolher o imposto por antecipação**, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, **comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores**, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, **aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II**”;*

Segundo, não observo no CD de fl. 42 qualquer demonstrativo relacionado à infração 2. Aliás, o referido CD foi gerado em decorrência do pedido de diligência dos membros da 1ª JJF, ao observar os termos da manifestação de defesa em relação à infração 1, que diz respeito a recolhimento a menor do ICMS. Em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, solicitou da autuante que apresentasse arquivo exclusivamente com as notas fiscais de aquisição de “Jerked Beef”, e se fosse o caso, novo demonstrativo da infração 1, que assim foi atendido, conforme os arquivos constantes do citado CD.

Na realidade, tal pedido foi motivado diante do entendimento dos membros da 1ª JJF, de que, de acordo com o arquivo denominado “*Demonstrativo Recolhimento a Manor do ICMS – Infração 03.02.06*”, foi exigida diferença de ICMS sobre 44.594 Kgs de “Jerked Beef”, cujas saídas foram supostamente efetuadas com a denominação de “Charque”, para a fruição indevida de redução da base de cálculo.

Tal erro foi de fato constatado, o que motivou os membro desta 1ª JJF, em relação a infração 1, que diz respeito a recolhimento a menor do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução de base cálculo, manter a acusação apenas em relação aos produtos com denominação de “Charque”, vez que as operações relacionadas a “Jerked Beef”, não poderiam constar de tal imputação, sendo que no período de toda a ação fiscal estava o produto “Jerked Beef”, sujeito aos regimes da substituição tributária, como assim está posto no voto do i. Relator, o qual acompanhei na sua inteireza.

Por sua vez, não vejo sentido acompanhar o voto do i. Relator quanto a infração 2, ao entender que a exigência da multa, relativa as operações de entradas, no estabelecimento do Contribuinte Autuado, dos produtos “*Jerked Beef*”, acobertado pelo instituto da substituição tributária, em que o defendente deixara de efetuar o pagamento da antecipação e que, por isso se aplicou a multa de 60% do valor do imposto que deixou de ser pago, não pode subsistir a imputação da multa por entender que o autuado não pagou o imposto nas saídas efetivas dos produtos “Jerked Beef”, o que não estaria enquadrado no § 1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e estaria, à luz do seu entendimento, nula a imputação.

Tal compreensão de que o autuado não pagou o imposto nas operações de saídas de “Jerked Beef”, relacionadas às operações de entradas constantes do demonstrativo de fls. 14/15 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 16, não observo em qualquer dos documentos constantes do PAF objeto em análise, nem tampouco vejo qualquer manifestação expressa do autuado na defesa de fl. 23/26, nesse sentido.

Concluindo, consigno, diferentemente do entendimento do i. Relator, de que a multa percentual de 60% sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do sujeito passivo, relativo às operações de entradas do produto “Jerked Beef”, constantes do

demonstrativo de fls. 14/15 dos autos com base no § 1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, está devidamente constituída na forma da alínea “d”, do inciso II”, do art. 42 da citada lei, que a seguir destaco:

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

a) em razão de registro de operação ou prestação tributada como não tributada, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, desde que os documentos tenham sido emitidos e escriturados regularmente;

Portanto, voto pela subsistência da Infração 2 na sua totalidade.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281077.0028/17-8**, lavrado contra **SUPERMERCADO EFCE PEREIRA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.411,30**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$10.836,99**, prevista no inciso II, “d”, §1º do mesmo artigo e lei já citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS- PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Infração 2)

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR/VOTO VENCEDOR
(Infração 2)