

A.I. Nº - 2069260006/15-5
AUTUADO - VIEIRA & MALTA LTDA.
AUTUANTE - DELSON ANTONIO BARBOSA AGUIAR
ORIGEM - INFAZ ITAMARAJÚ
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21.02.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0020-02/19

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. O sujeito passivo elide parte da acusação fiscal. Refeitos os cálculos Infração subsistente em parte. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Comprovados equívocos na apuração da exigência. Argumentos acolhidos pelo autuante. Infração insubsistente. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDAMENTE. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Créditos fiscais utilizados indevidamente constatados na EFD do contribuinte. Autuada não elidiu a infração. Infração subsistente. 4. ALÍQUOTAS. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS EM RAZÃO DE APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. O sujeito passivo elide parte da acusação fiscal. Refeitos os cálculos Infração subsistente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 19/09/2015, exige crédito tributário no valor histórico de R\$203.140,66, acrescido da multa de 60%, em razão da constatação do cometimento da infração a seguir descrita.

INFRAÇÃO 01 – 07.01.02 – Efetuou o 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 exterior no período de janeiro a novembro de 2012, exigindo o ICMS no valor de R\$38.082,95, acrescido de multa no percentual de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento: art. 371, art. 125, inc. II, alínea “b” c/c art. 61 do RICMS/1997; art. 8º, inc. II e §3º, art. 23 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 289 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 02 – 07.15.02 – Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização no período de fevereiro e abril a novembro de 2012, exigindo o ICMS no valor de R\$15.235,22 acrescido de multa no percentual de 60% prevista no art. 42, inc. II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento: art. 12-A da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 – 01.02.05 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, no período de janeiro a dezembro de 2012, exigindo o ICMS no valor de R\$115.173,88, acrescido de multa no percentual de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento: art. 97, inc. IV, alínea “b” e art. 124 do RICMS/1997; art. 9º e art. 29, §4º, inc. II da Lei nº 7.014/96 c/c art. 290 do RICMS/BA.

INFRAÇÃO 04 – 03.02.02 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período de janeiro a dezembro de 2012, exigindo o ICMS no valor de R\$34.648,61, acrescido de multa no percentual de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento: artigos 50, 51 e 124, inc. I do RICMS/1997; artigos 15, 16, a 16-A da Lei nº 7.014/96.

Constato que tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 34 a 117, afirmando inicialmente que a defesa se refere a parte das infrações contidas no auto de infração.

Infração 01.

Afirma que a infração contém produtos que estão em desacordo com o anexo 1 de RICMS/2012, passando a exemplificar, conforme resumo.

Infração 01

Item	Produto	MVA Aplicada pelo Autuante (%)	MVA que considera Correta (%)	Observação
01	Detergente	80,24	28,29	-
02	Partes de Frango	17,00	11,00	Remetente sediado no Espírito Santo.
03	Sabão em Pó	80,24	27,23	-
04	Iogurte	48,43	40,00	-
05	Limpador	80,24	31,47	-
06	Sapólio	80,24	27,23	-
07	Amaciante	43,92	34,65	-
08	Carne Bovina	23,00	16,00	-
09	Farinha de Trigo	64,12	55,29	-
10	Flanela	71,43	62,22	-
11	Chocolate Granulado	56,87	48,43	-
12	Ração para Cães	63,59	54,80	-
13	Biscoitos (alguns)	37,83	27,23	-
14	Vassouras e Rodos	83,76	73,88	-
15	Soda Cáustica	90,48	70,70	-
16	Lã de Aço	67,31	43,13	-

Alega também, que produtos considerados sujeitos a Substituição Tributária, não se enquadram de fato nesta condição, apresentando como exemplo os produtos: saboneteira com escorredor Jaguar (605) que é uma peça de plástico e foi cobrado nas notas fiscais: 040.970, 052.592; Papel Alumínio constantes nas notas fiscais: 019.283, 547.718, 025.617, 576.288.

Pontua como equívoco da fiscalização a cobrança do ICMS-ST de produtos usados para consumo e produção, como por exemplo:

- Multimix Fleischmann pct. 5kg (mistura) como segue na nota fiscal: 077.823;
- Óleo Diesel usado no abastecimento do veículo em viagem ao Espírito Santo, cobrado por diversas vezes;
- Gás de refrigeração usado na manutenção dos equipamentos de refrigeração;
- Melhorador Melhorita – 20 kg, usado na padaria para produção;
- Bobina utilizada para impressão nas balanças.

Tudo identificado na planilha “DEMONSTRATIVO 1 - ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA – ENTRADAS” em anexo e todas as notas fiscais que foram cobradas de produtos de consumo.

Declara que a fiscalização não considerou os valores pagos através das GNRES recolhidos, correspondentes as notas fiscais cujo imposto foi retido no Estado destinatário; valores recolhidos através dos DAES correspondentes a entrada de açúcar, cujo imposto da ST é recolhido antecipadamente para que seja autorizado transitar na divisa do Estado, conforme identificado na planilha “DEMONSTRATIVO 1 - ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA – ENTRADAS” em anexo, e as notas fiscais que não foram consideradas, assim como as cópias dos documentos para verificação.

Infração 02.

Declara que o fisco considerou erroneamente alguns produtos como sujeitos a Antecipação Parcial, como por exemplo:

- a) Massas – notas fiscais: 263.323, 263.324, 80.218, 272.349, 294.084, 303.979, são produtos enquadrados na Substituição Tributária;
- b) Nectarina, pinha, atemoia e melão amarelo – por se tratarem de frutas que seriam isentas – nota fiscal 001.526 (pinha), notas fiscais 033.670, 033.973, 034.325, 035.206 e 41.000 (atemoia); notas fiscais 028.154, 028.388 (melão amarelo);
- c) Vasilhames de água – correspondem a remessa para recarga, como exemplo da nota fiscal 006.263;
- d) Batata palha – produto sujeito a substituição tributária conforme várias notas fiscais destacadas na planilha “DEMONSTRATIVO 2 - ANTECIPAÇÃO PARCIAL” em anexo;
- e) Azeite Galo – produto sujeito a substituição tributária a exemplo das notas fiscais 527.338, 530.083, 558.260;
- f) Alcatra suína, alcatra temperada e chocolate tablet Lacta – produtos sujeitos a substituição tributária.

Todas as Notas Fiscais contestadas seguem destacadas com a justificativa na planilha “DEMONSTRATIVO 2 - ANTECIPAÇÃO PARCIAL” em anexo.

Contesta também a cobrança de Antecipação Parcial de produtos que são utilizados para consumo, contabilizados como despesas, a exemplo de: embalagens; etiquetas para PDV; bobinas; contadora de moedas; cartão de memória MINI PCI CARD XR5 UBNT; descanso para os pés utilizados pelos funcionários; sacolas para padaria; rolo do cilindro da padaria; peças de manutenção em veículos; peças de manutenção em refrigeração; equipamento de ponto eletrônico; licença de uso de software; máquina de embalar a vácuo; material de manutenção em instalações; serviço de impressão gráfica conforme notas fiscais 018.384 e 021.881; balança para uso da empresa (nota fiscal 188.306); equipamentos de proteção individual - EPIs para funcionários como toucas e luvas; equipamentos para o sistema de monitoramento (notas fiscais 003.710 e 000.049); expositores de mercadoria e prateleiras; peças para manutenção de informática da empresa; cadeira para uso da empresa; material para decoração natalina da loja (notas fiscais 011.417 e 004.216). Todas as notas fiscais seguem identificadas em anexo na planilha “DEMONSTRATIVO 2 - ANTECIPAÇÃO PARCIAL”.

Afirma que identificou cobranças de Antecipação Parcial em notas fiscais cujo imposto é recolhido antecipadamente, relacionadas na planilha “DEMONSTRATIVO 2 - ANTECIPAÇÃO PARCIAL” em anexo e cópias dos documentos.

Conclui que não reconhece a infração 02 em sua totalidade.

Infração 03.

Argui que não utilizou créditos indevidos, conforme segue anexo no livro de apuração, livro de registro de entradas e notas fiscais do período e que todos os créditos utilizados foram valores destacados em notas fiscais. Exemplifica as notas fiscais, 075.478, 075.498, 062.826, 504.091, 504.028, 505.340, 505.054, 505.341, 504.356 e 263.324.

Solicita a revisão dos documentos, admitindo a possibilidade de ter ocorrido um erro na geração de informação do SPED, entretanto a apuração foi feita corretamente.

Infração 04.

Explana que o fisco cobrou o ICMS, aplicando a alíquota de 17% sobre mercadorias que estão enquadradas no regime de Substituição Tributária, portanto, considera indevida a cobrança dos seguintes itens constantes do Anexo 88 do RICMS/2012:

- a) Batata Palha Elma Chips, Batata Palha Yoki, Batata Palha Lit E Batata Palha Visconti – item 38;
- b) Yokitos Batata Ondulada Yoki 100g – item 38;
- c) Cobertura Garoto Chocolate Branco 1kg, Mini Confeti Laka e ao Leite, Trufas Hershey's – item 11;
- d) Massa para Pizza Brotinho Massa Leve, Massa Pizza Massaleve Frigideira 250g, Massa Fresca Talharim Massa Leve – item 33.1;
- e) Pulverizador Guarany Export, Pulverizador Gifo 300 ml – item 23.1.6;
- f) Biscoito Wafer Prestigio, Biscoito Mini Torta 80g (sabores variados), Biscoito Palito Chocolate Liane, Alfajor Montevergine, Panetone Laurattone 400g – item 33.1;
- g) Barbante – item 27.7;
- h) Pincel para Vaso, Escova Tanque Santa Maria, Vassourex Santa Maria – item 25.41;
- i) Chip Tim – item 4;
- j) Pomada Minancora e Creme Assadura Xuxinha – item 32;
- k) Castanha de Caju Iracema – item 38;
- l) Saco Algodão Paa, Saco Algodão Pa, Saco Cru Cristal, Saco Alvejado Art Lar, Saco Pano Cru Mc, Pano Multiuso Perfex – item 25.37;
- m) Óleo Aromax Eucalipto Óleo Aromax Citronela, Desodorante Sanitário Sanix Refil, Desodor Limpador Marine 750ml – item 25.2;
- n) Ração Granulada Águia– item 36;
- o) Farinha de Trigo Integral – item 18;

Acrescenta que foram indevidamente cobrados na infração itens que não cabem cobrança do ICMS por motivos que relaciona:

- a) Farofa Superpão Kg – fabricação própria cujos ingredientes são produtos isentos de tributação;
- b) Broa de Milho Kg – fabricação própria e se trata de um biscoito;
- c) Alho Poro unidade – produto isento por se tratar de hortifrutigranjeiros (subseção 1 art. 14 do RICMS);
- d) Polpa de Fruta Cacau – produto isento, conforme art. 265, “c” do RICMS;
- e) Castanha de Caju da Fazenda – produto isento, conforme art. 265, II, “f” do RICMS;
- f) Arroz Integral – produto isento conforme art. 265, II, “c” do RICMS;
- g) Filé de Bacalhau Kg – produto isento, pois o mesmo não é salgado contemplado pelo art. 265, II, “e” do RICMS;
- h) Ervilha PIF PAF e Perdigão 300g – produto isento pois é comercializado em estado natural congelado;
- i) Creme de Milho Anchieta e Sinhá 500g – produtos derivados de milho contemplados com alíquota do ICMS de 7%;

j) Barrage 20 ml – produto destinado ao uso veterinário;

k) Leite em Saquinho Mais Vida 1l – produto isento por fazer parte do Convênio ICMS 25/83.

Conclui que a infração 04 não é totalmente procedente.

O autuante presta a informação fiscal às fls. 513 e 513-v a 516, onde apresenta as considerações acerca da defesa apresentada como segue.

Registra que fez os ajustes necessários em relação as alegações defensivas da infração 01, cujo resumo segue.

Infração 01

Item	Produto	MVA Aplicada pelo Autuante (%)	MVA que considera Correta (%)	Informação Fiscal
01	Detergente	80,24	28,29	Acatado e corrigido no Demonstrativo
02	Partes de Frango	17,00	11,00	Acatado e corrigido no Demonstrativo
03	Sabão em Pó	80,24	27,23	Acatado e corrigido no Demonstrativo
04	Iogurte	48,43	40,00	Não acatado
05	Limpador	80,24	31,47	Acatado e corrigido no Demonstrativo
06	Sapólio	80,24	27,23	Acatado e corrigido no Demonstrativo
07	Amaciante	43,92	34,65	Acatado e corrigido no Demonstrativo
08	Carne Bovina	23,00	16,00	Acatado e corrigido no Demonstrativo
09	Farinha de Trigo	64,12	55,29	Não acatado
10	Flanela	71,43	62,22	Acatado e corrigido no Demonstrativo
11	Chocolate Granulado	56,87	48,43	Acatado e corrigido no Demonstrativo
12	Ração para Cães	63,59	54,80	Acatado e corrigido no Demonstrativo
13	Biscoitos (alguns)	37,83	27,23	Acatado e corrigido no Demonstrativo
14	Vassouras e Rodos	83,76	73,88	Acatado e corrigido no Demonstrativo
15	Soda Cáustica	90,48	70,70	Acatado e corrigido no Demonstrativo
16	Lã de Aço	67,31	43,13	Acatado e corrigido no Demonstrativo

Quanto aos demais itens arguidos pela defesa com a cobrança indevida do ICMS-ST, por se tratar de produtos usados para consumo e produção do estabelecimento, acolhe os argumentos e retira os valores cobrados do demonstrativo, assim como afirma ter considerado nos cálculos do novo demonstrativo os valores do imposto pagos e comprovados pelos DAES e GNRES de modo que resta para a infração 01 o montante de R\$10.865,59 a ser exigido.

Com relação a infração 02 acata integralmente os argumentos apresentados pela defesa e afirma que, por esse motivo, a infração deixa de existir.

Sobre a infração 03 que trata de utilização indevida de crédito fiscal, enfatiza que a autuada sendo uma sociedade empresarial que mantém filiais cujo faturamento total ultrapassa R\$2.400.000,00, de acordo com o art. 897-A do RICM/97, a partir de 1º/01/2011 estava obrigada a entregar via internet a Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Escreve que quando no processo de fiscalização, o sistema SIAF, alertou acerca da utilização indevida de crédito fiscal, fato que o fez manter o contato com a autuada para esclarecer se havia algum erro na EFD. A empresa então respondeu que sim, havia utilizado créditos indevidamente, entretanto, já havia providenciado o pagamento do imposto correspondente em 2013.

Das análises, infere que o citado pagamento não ocorreu, tampouco o contribuinte solicitou retificação dos arquivos da EFD conforme prevê o art. 897-E do RICMS/97.

Conclui mantendo a infração, visto que utilizou os dados da EFD do contribuinte.

Ao prestar suas informações sobre os argumentos apresentados referentes a infração 04, concorda em parte com a defesa, procedendo a exclusão dos itens conforme demonstrado a seguir.

Infração 04 - Informação Fiscal

Item	Produto	Argumento da Defesa		Decisão do Autuante na Informação	Justificativa
		Argumento	Complemento		
01	Batata Palha Elma Chips	Anexo 88 do RICMS	Item 38	Mantida	Os NCMs não correspondem aos incluídos no Anexo 88
02	Batata Palha Yoki	Anexo 88 do RICMS	Item 38	Mantida	Os NCMs não correspondem aos incluídos no Anexo 88
03	Batata Palha Lit	Anexo 88 do RICMS	Item 38	Mantida	Os NCMs não correspondem aos incluídos no Anexo 88
04	Batata Palha Visconti	Anexo 88 do RICMS	Item 38	Mantida	Os NCMs não correspondem aos incluídos no Anexo 88
05	Yokitos Batata Ondulada Yoki	Anexo 88 do RICMS	Item 38	Mantida	O NCM não corresponde aos incluídos no Anexo 88
06	Cobertura Garoto Chocolate Branco 1kg	Anexo 88 do RICMS	Item 11	Acatado o Argumento	Produto sujeito a Substituição Tributária
07	Mini Confeiti Laka e ao Leite	Anexo 88 do RICMS	Item 11	Acatado o Argumento	Produto sujeito a Substituição Tributária
08	Trufas Hershey's	Anexo 88 do RICMS	Item 11	Acatado o Argumento	Produto sujeito a Substituição Tributária
09	Massa para Pizza Brotinho Massa Leve	Anexo 88 do RICMS	Item 33.1	Mantida	O RICMS, art. 353, inc. II, item 11.4.1, define o regramento da ST para macarrão, talharim, espagete, massas p/ sopas e lasanha e outros semelhantes - NCM 1902.1. Não inclui massa p/ pizza, ou seja, massa para pizza não está sujeita a ST.
10	Massa Pizza Massaleve Frigideira 250g	Anexo 88 do RICMS	Item 33.1	Mantida	
11	Massa Fresca Talharim Massa Leve	Anexo 88 do RICMS	Item 33.1	Acatado o Argumento	Produto sujeito a Substituição Tributária
12	Pulverizador Guarany e Pulverizador Gifo 300 ml	Anexo 88 do RICMS	Item 23.1.6	Acatado o Argumento	Produto sujeito a Substituição Tributária
13	Biscoito Wafer Prestigio	Anexo 88 do RICMS	Item 33.1	Acatado o Argumento	Produto sujeito a Substituição Tributária
14	Biscoito Mini Torta 80g (sabores variados)	Anexo 88 do RICMS	Item 33.1	Acatado o Argumento	Produto sujeito a Substituição Tributária
15	Biscoito Palito Chocolate Liâne	Anexo 88 do RICMS	Item 33.1	Acatado o Argumento	Produto sujeito a Substituição Tributária
16	Alfajor Montevergine	Anexo 88 do RICMS	Item 33.1	Acatado o Argumento	Produto sujeito a Substituição Tributária
17	Panetone Laurattone 400g	Anexo 88 do RICMS	Item 33.1	Acatado o Argumento	Produto sujeito a Substituição Tributária
18	Barbante	Anexo 88 do RICMS	Item 27.7	Acatado o Argumento	Produto sujeito a Substituição Tributária
19	Pincel para Vaso, Escova Tanque Santa Maria	Anexo 88 do RICMS	Item 25.41	Acatado o Argumento	Produto sujeito a Substituição Tributária
20	Vassouras Santa Maria	Anexo 88 do RICMS	Item 25.41	Acatado o Argumento	Produto sujeito a Substituição Tributária
21	Chip Tim	Anexo 88 do RICMS	Item 04	Acatado o Argumento	Produto sujeito a Substituição Tributária
22	Pomada Minancora e Creme Assadura Xuxinha	Anexo 88 do RICMS	Item 32	Acatado o Argumento	Produto sujeito a Substituição Tributária
23	Castanha de Caju Iracema	Anexo 88 do RICMS	Item 38	Mantida	A Castanha Iracema tem NCM 8012003, não sujeita a ST.
24	Saco Algodão Paa, Saco Algodão Pa	Anexo 88 do RICMS	Item 25.37	Acatado o Argumento	Produto sujeito a Substituição Tributária
25	Saco Cru Cristal, Saco Alvejado Art Lar	Anexo 88 do RICMS	Item 25.37	Acatado o Argumento	Produto sujeito a Substituição Tributária
26	Saco Pano Cru Mc, Pano Multiuso Perflex	Anexo 88 do RICMS	Item 25.37	Acatado o Argumento	Produto sujeito a Substituição Tributária
27	Óleo Aromax Eucalipto Óleo Aromax Citronela	Anexo 88 do RICMS	Item 25.2	Acatado o Argumento	Produto sujeito a Substituição Tributária
28	Desodorante Sanitário Sanix Refil	Anexo 88 do RICMS	Item 25.2	Acatado o Argumento	Produto sujeito a Substituição Tributária
29	Desodor Limpador Marine 750ml	Anexo 88 do RICMS	Item 25.2	Acatado o Argumento	Produto sujeito a Substituição Tributária
30	Ração Granulada Água	Anexo 88 do RICMS	Item 36	Acatado o Argumento	Produto sujeito a Substituição Tributária
31	Farinha de Trigo Integral	Anexo 88 do RICMS	Item 18	Acatado o Argumento	Produto sujeito a Substituição Tributária
32	Farofa Superpão Kg	Não Tributado	Fabricação Própria	Mantida	Produto Tributado normalmente
33	Broa de Milho Kg	Não Tributado	Fabricação Própria	Mantida	Não é biscoito.
34	Alho Poro	Não Tributado	Hortifrutigrangeiro	Acatado o Argumento	Produto Isento
35	Polpa de Fruta Cacau	Não Tributado	Art. 265, "c" do RICMS	Acatado o Argumento	Produto Isento
36	Castanha de Caju da Fazenda	Não Tributado	Art. 265, II, "f" do RICMS	Mantida	Produto com NCM 8012003 - Tributado normalmente.
37	Arroz Integral	Não Tributado	Art. 265, II, "c" do RICMS	Acatado o Argumento	Produto Isento
38	File de Bacalhau Kg	Não Tributado	Art. 265, II, "e" do RICMS	Acatado o Argumento	Produto Isento
39	Ervilha PIF PAF e Perdigão 300g	Não Tributado	Isenção do ICMS	Acatado o Argumento	Produto Isento
40	Creme de Milho Anchieta e Sinhá 500g	Derivado de Milho	Alíquota Reduzida de 7%	Acatado o Argumento	Produto com Alíquota Reduzida.
41	Barrage 20 ml	Não Tributado	Isenção do ICMS	Acatado o Argumento	Produto Isento
42	Leite em Saquinho Mais Vida 1l	Não Tributado	Isenção do ICMS	Acatado o Argumento	Produto Isento - incluído no Convênio ICMS 25/83

Informa que procedida as exclusões, resta devido para a infração 04 o valor de R\$29.573,75.

Intimada a tomar ciência da informação fiscal, a autuada se manifesta às fls. 522 a 568, apresentando argumentações a seguir relatadas.

Referente a infração 01, diz manter os termos iniciais da defesa e não reconhece o novo débito informado pelo autuante, pois, entende que ainda constam na planilha de levantamento dos valores cobrados, itens que não cabe cobrança como pneus que servem de uso para a empresa e outros produtos cujo imposto já foi recolhido através de GNRE, além de pagamentos efetuados a maior, sem serem considerados.

Diz não concordar com os valores constantes da infração 03 arguindo que os créditos fiscais utilizados foram destacados em notas fiscais, conforme constam no Livro Registro de Entradas de 2012.

Assegura que quando consultada pelo autuante acerca da questão dos créditos, respondeu tempestivamente, porém sem analisar o volume de notas fiscais que estavam sendo consideradas no levantamento e admite que foram corrigidas algumas notas fiscais no final de 2012.

Solicita que seja verificado no livro de entradas, que anexa. Novamente manifesta sua suposição de haver erro nos arquivos da EFD, haja vista que todos os tributos eram calculados em outro sistema.

Assevera que é possível averiguar nas DMAs do período que não houve aproveitamento de crédito indevido e constatar que a diferença entre os mesmos é praticamente p valor cobrado pelo autuante.

Apresenta imagens de telas contendo os registros dos dados constantes nas DMAs para demonstrar os resultados de cada período, conforme resumo a seguir.

Infração 03 - Manifestação da Autuada

Período	Crédito Fiscal Escriturado (R\$)					Antecipação Parcial		ICMS- Normal Recolhido	Diferença paga a maior
	EFD (A)	DMA (B)	Diferença (C=A-B)	Cobrado no AI (D)	Diferença (E=D-C)	Outros Créditos (DMA)	Diferença (EFD-DMA)		
jan-12	35.735,81	27.131,87	8.603,94	8.934,79	330,85	11.146,78	814,35	21.666,69	1.310,89
fev-12	28.386,96	22.910,56	5.476,40	8.236,91	2.760,51	11.825,26	2.106,91	20.752,41	0,00
mar-12	33.468,28	22.661,14	10.807,14	9.882,84	-924,30	10.027,15	2,28	11.056,62	0,00
abr-12	28.132,32	21.229,39	6.902,93	10.899,61	3.996,68	9.747,75	1.589,43	12.111,17	0,00
mai-12	27.218,17	19.882,54	7.335,63	10.651,50	3.315,87	9.094,01	743,31	14.336,51	0,00
jun-12	24.632,36	18.717,48	5.914,88	8.907,06	2.992,18	8.092,88	813,16	15.350,19	126,34
jul-12	30.983,70	20.815,38	10.168,32	11.294,73	1.126,41	9.251,35	967,40	16.624,20	0,00
ago-12	26.927,92	20.694,24	6.233,68	8.105,76	1.872,08	10.279,71	178,26	14.104,84	0,00
set-12	26.948,45	20.447,46	6.500,99	7.926,08	1.425,09	8.561,21	968,90	17.266,39	0,00
out-12	37.407,17	28.190,80	9.216,37	10.672,41	1.456,04	9.918,83	1.101,82	10.389,81	0,00
nov-12	26.963,73	22.190,90	4.772,83	6.867,44	2.094,61	17.120,10	3.232,91	15.524,61	0,00
dez-12	38.532,87	28.632,63	9.900,24	12.794,75	2.894,51	8.488,69	149,31	42.848,27	90,22
Soma	365.337,74	273.504,39	91.833,35	115.173,88	23.340,53	123.553,72	12.668,04	212.031,71	1.527,45

Quanto a infração 04 repete os argumentos inicialmente apresentados na defesa para os itens não acatados pelo autuante.

Em 30/06/2016 a 2ª Junta de Julgamento Fiscal, deliberou converter o processo em diligência à INFAZ de origem para que seja produzida a informação fiscal na forma do art. 127, §6º do RPAF/99.

Em cumprimento a diligência, o autuante presta nova informação fiscal para esclarecer os pontos levantados na última manifestação da autuada.

Sem referir-se à infração 01, repete todos os argumentos apresentados na informação fiscal que prestou por ocasião da análise da defesa.

Em 27/06/2017 os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, deliberou em converter o processo em nova diligência à INFAZ de origem para que seja providenciada mediante recibo a entrega ao autuado da informação fiscal e seus anexos de fls. 577 a 576.

A autuada ao tomar ciência da informação fiscal argumenta que os arquivos do SPED Fiscal de 2012 foram gerados pela empresa, enquanto as DMAs eram produzidas pela contabilidade. Estando em período de adaptação em 2012, os dados da DMA e SPED-Fiscal apresentam diferenças em função das correções realizadas na contabilidade, porém não efetuadas no estabelecimento.

Declara que não providenciou a retificação dos arquivos da EFD em razão de somente com a autuação tomou conhecimento do fato, alteração que está providenciando, posto que foi autorizada a fazê-la pela SEFAZ, conforme recibos anexos fls. 591 e 592.

Ao se reportar a infração 04, repete os argumentos já apresentados na defesa e manifestação quanto aos itens não acatados pelo autuante.

Instado a prestar nova informação fiscal o autuante declara que seguiu todos os tramites legais e formais, não tendo mais nada a acrescentar, mantendo a informação prestada às fls. 577 a 679.

Em função da aposentadoria do então relator do presente PAF, o mesmo foi redistribuindo, passando ao atual relator.

Constam às fls. 599 e 600 informações referentes ao pagamento parcial da infração 04 no valor principal de R\$26.911,17, ocorrido em 30/11/2015.

É o relatório.

VOTO

Versa o presente auto de infração sobre acusação ao sujeito passivo identificado na peça acusatória inicial do cometimento de quatro infrações já relatadas.

O primeiro item do lançamento se refere ao recolhimento a menos do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, consoante demonstrativos de apuração e de débito acostado às fls. 10 a 12, gravado em mídia eletrônica-CD, fl. 23-A.

A exigência fiscal tem lastro na previsão estatuída pelo art. 8º, inc. II, §3º e art. 23 da Lei nº 7.014/96. O sujeito passivo em suas razões defensivas argumentou que de forma indevida a fiscalização incluiu na base de cálculo do ICMS por antecipação, mercadorias que não estão sujeitas ao regime de substituição tributária, além de acusar a fiscalização de ter incluído produtos usados para consumo e produção da própria empresa e não ter considerado nos cálculos do imposto cobrado os valores pagos através das GNRES recolhidas, correspondentes as notas fiscais cujo imposto foi retido no Estado destinatário assim como os valores do imposto recolhidos através dos DAES.

O autuante ao prestar a informação fiscal, acolhe parte das alegações da defesa refazendo os demonstrativos e cálculos o que reduziu o valor do ICMS exigido na infração 01 de R\$38.082,95 para R\$10.865,59.

Constato serem pertinentes as modificações efetuadas pelo autuante com base na legislação vigente, portanto acato integralmente o novo demonstrativo de débito apresentado a seguir e considero a infração 01 parcialmente procedente.

A infração 02 trata de recolhimento a menor do ICMS a título de antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, para fins de comercialização, nos meses de fevereiro, abril a julho e setembro a novembro de 2012.

As hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 12-A, da Lei 7.014/96, *in verbis*:

“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição”

A autuada na defesa apresentada, analogamente como procedeu frente a infração 01, alegou que o levantamento fiscal incluiu na apuração da base cálculo operações que não estão sujeitas à antecipação parcial, ou seja, mercadorias sujeitas a substituição tributária, amparadas por isenção, remessas para recargas e aquisições de material para uso do estabelecimento.

Na informação fiscal o autuante acatou integralmente as arguições da defesa de forma que a infração deixou de existir.

Destarte, considero a infração 02 insubsistente.

A infração 03 trata da utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisição de mercadorias com o pagamento do ICMS por antecipação tributária, com fundamento no art. 9º e art. 29, §4º, inc. II da Lei nº 7.014/96 e demonstrativo às fls. 16 a 18.

Em sede de defesa, a autuada argui que não utilizou de créditos indevidos anexando cópias do Livro Registro de Apuração do ICMS, cuja escrituração foi executada em sistema próprio, que não corresponde aos dados enviados à SEFAZ, na sua Escrituração Fiscal Digital – EFD. Na tentativa de elidir a acusação, requer a revisão dos documentos, admitindo a possibilidade de ter ocorrido um erro na geração de informação do SPED, entretanto afirma que a apuração foi feita corretamente.

O autuante por sua vez, na informação fiscal, diz manter a infração, visto que utilizou os dados da EFD do contribuinte. Quando dos levantamentos fiscais, utilizando o programa SIAF, houve o alerta do programa da ocorrência de utilização indevida de crédito fiscal.

Com o propósito de esclarecer o fato, diz que manteve contato com a empresa, que, na oportunidade, informou a existência em 2012 de créditos fiscais utilizados indevidamente, entretanto, já procedera o recolhimento dos valores correspondentes a estes em 2013.

Em manifestação posterior, a autuada declara: “*Como pode ser observado na DMA, realizamos as devidas arrecadações, não realizamos a alteração do SPED ainda pois para alterar teremos que identificar produto por produto que foi gerado errado no sistema na época e a tributação correta da época para então realizar a alteração, mas já solicitamos e obtivemos autorização (...) para alterar o arquivo de 2012 e já estamos providenciando.*”

O autuante mantém a autuação sob o argumento da exigência regulamentar do contribuinte apresentar sua escrituração fiscal digital, sendo esta válida e considerada correta para a fiscalização, fazendo prova em favor do fisco e do contribuinte.

Entretanto, a autuada não logrou êxito em comprovar que no cálculo do imposto devido constantes nas DMAs, não foram utilizados créditos fiscais decorrentes das aquisições de mercadorias com fase de tributação encerrada, haja vista que a DMA não se presta para exame da apuração mensal do imposto a recolher, posto que o art. 255, §1º, inciso I, do RICMS/2012 determina que “*na DMA serão informadas, em síntese, as operações e prestações realizadas em cada estabelecimento, do primeiro ao último dia do mês anterior, especificando as operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como os serviços utilizados ou prestados, por unidade da Federação, e outros elementos exigidos no modelo do referido documento, devendo constituir-se em resumo e exato reflexo dos lançamentos efetuados nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS.*”

Portanto, sendo a DMA o reflexo da escrituração fiscal do contribuinte, não há como apurar a natureza dos créditos fiscais consignados na DMA para fins de apuração do ICMS, se são devidos, ou não, pois para tal fim não se presta, apesar de constatar que a apuração do ICMS no período constante dos registros da DMA, comprovam que efetivamente o contribuinte utilizou valores de créditos fiscais inferiores aos créditos fiscais utilizados na Escrituração Fiscal Digital – EFD.

A EFD se constitui na verdadeira e válida escrituração fiscal do contribuinte em substituição a qualquer outro tipo de escrituração que passa a não ter validade jurídica a partir da obrigatoriedade de uso da EFD.

O Convênio ICMS 143/2006, substituído pelo Ajuste SINIEF 02/2009 e Ato COTEP 09/2008 instituíram a Escrituração Fiscal Digital, regulamentada no RICMS/2012 nos artigos 247 a 253.

Recompondo a escrita fiscal do contribuinte com base nos dados da DMA e comparando os valores dos créditos fiscais utilizados para apuração do ICMS no exercício de 2012, teremos os dados conforme tabela a seguir.

Infração 03 - Comparação - Crédito Fiscal Utilizado

Período	Crédito Fiscal Utilizado (R\$)		
	EFD (A)	DMA (B)	Diferença (C=B-A)
Jan-12	35.735,81	38.280,63	2.544,82
Fev-12	28.386,96	34.735,82	6.348,86
Mar-12	22.661,14	32.688,29	10.027,15
Abr-12	28.132,32	30.977,14	2.844,82
Mai-12	27.218,17	28.976,55	1.758,38
Jun-12	24.632,36	26.810,36	2.178,00
Jul-12	30.983,70	30.066,73	-916,97
Ago-12	26.927,92	30.973,95	4.046,03
Set-12	26.948,45	28.703,67	1.755,22
Out-12	37.407,17	38.109,63	702,46
Nov-12	26.963,73	39.311,00	12.347,27
Dez-12	38.532,87	37.121,32	-1.411,55
Soma	354.530,60	396.755,09	42.224,49

Verifico que o total de crédito fiscal utilizado no período de janeiro a dezembro de 2012, com base na DMA, que inclusive serviu de base para os recolhimentos do ICMS, importa em R\$396.755,09, enquanto o total de crédito utilizado na apuração com base na EFD corresponde a R\$365.377,74. Ou seja, os dados que serviram de base para a autuação demonstram que foram considerados como créditos indevidos incluídos num montante menor daquele que serviu de base para os recolhimentos, descaracterizando o argumento defensivo.

A escrituração fiscal digital apresentada pelo contribuinte é a escrituração válida para fins jurídico-tributários, sendo que qualquer outra escrituração paralela não tem validade para socorrer aos argumentos da defesa, até pelo fato de que até o presente momento a EFD tida como incorreta pelo sujeito passivo, não foi retificada, mesmo diante da alegação defensiva de ter a autorização para tal.

Assim, diante da falta de elemento de prova trazido aos autos pela defesa, no sentido de desconstituir a acusação fiscal, julgo totalmente procedente a infração 03.

Por fim a infração 04 trata do recolhimento a menor do ICMS a menos em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias, com base nos artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96.

E sua defesa a atuante argui que o fisco cometeu erros em itens que relaciona, por aplicar a alíquota de 17% sobre mercadorias que estão enquadradas no regime de substituição tributária.

O atuante na revisão fiscal, acata parte das alegações, refaz o demonstrativo de débito, restando devido para a infração 04 o valor de R\$29.573,75.

Entretanto, a atuado em nova manifestação não se conforma com os itens ignorados na exclusão dos valores cobrados, restando a controvérsia sobre as alíquotas aplicadas aos itens a seguir.

i) Batata Palha Elma chips, Batata palha Yoki, Batata palha Lit e Batata palha Visconti.

A atuada defende que os produtos são “Salgados Industrializados”, portanto, estão sujeitos a substituição tributária por contarem no item 38 do anexo 88 do RICMS/ 97.

O atuante contesta o entendimento apontando que os códigos NCMs de salgados industrializados são: 1904.1; 1904.9; 2005.2; 2008.11 e 2008.19. Ao passo que o NCM de batata palha é 2004.1001. Assim, conclui que os produtos não estão sujeitos a substituição tributária.

O anexo 88 do RICMS/97, no item 09 relaciona como sujeito a substituição tributária: “*Salgados industrializados (item 29 do inc. II do art. 353)*”. O art. 353, II, item 29 assim determina:

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:

(...)

29 - salgados industrializados (Lei nº 7667/00):

29.1 - salgados produzidos à base de cereais - NCM 1904.10.00 e 1904.90.00;

29.2 - salgados preparados à base de batata - NCM 2005.20.00;

29.3 - salgados à base de amendoim ou castanha de caju - NCM 2008.11.00 e 2008.19.00.

O anexo I do RICMS/2012, no item 38, relaciona os seguintes produtos: Salgados industrializados: 1904.1; 1904.9; 2005.2; 2008.11 e 2008.19.

Os produtos têm como NCM 2005.2000 (a exemplo da nota fiscal nº 002.836 – fl. 449), portanto, estão sujeitos a substituição tributária, devendo ser excluídos do levantamento.

ii) Yokitos Batata Ondulada Yoki 100g.

A autuada argumenta da mesma forma do item anterior. O autuante justifica a autuação informando que o produto tem NCM 1905.90.90, portanto, não está sujeito a substituição tributária.

Neste caso, o autuante procedeu corretamente.

iii) Massa para Pizza Brotinho Massa leve, Massa Pizza Massa leve Frigideira 250g.

A autuada argui que os produtos não estão prontos para consumo, não estão cozidos, nem assados, nem recheados, enquadrando-se na descrição de “*outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo.*”. Na nota fiscal o NCM de tais produtos é 1902.1, e esse NCM está enquadrado no item 33.1 do Anexo I do RICMS/2012.

Na informação fiscal, o autuante apresenta como respaldo ao seu posicionamento, a resposta à Consulta formulada à Diretoria de Tributação – DITRI, acerca da matéria, cuja resposta transcreve o seguinte teor:

“No tocante à matéria objeto da presente consulta, temos a informar que o RICMS-Ba, traz no seu Art. 353, inciso II, item 11.4.1, abaixo transcrito, o regramento para macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo - NCM 1902.1. Dessa forma os produtos massa para pastel e massa para pizza não se encontram discriminados no item supracitado, já que possuem a classificação fiscal - 1902.30.00, conforme tabela TIPI - Tabela do Imposto sobre Produtos Industrializados que faz parte da Legislação do IPI.”

O anexo I do RICMS/2012, no item 33.1, relaciona os produtos derivados de farinha de trigo com os NCMs – 1902.1; 1905; 1902.3.

Ou seja, a resposta da DITRI não deixa dúvidas quanto ao regime de tributação a ser aplicado nos itens acima citados. Portanto, cabe razão ao autuante, devendo ser mantidos os valores no levantamento fiscal.

iv) Castanha de Caju Iracema

A autuada argumenta que o produto é um “*salgadinho tira gosto industrializado*”. Dessa forma, está sujeito a substituição tributária e se não for assim considerado, seria um produto isento.

O autuante esclarece que a castanha de caju Iracema, está codificada com o NCM 8012.003, enquanto, salgados industrializados tem NCM 1904.1; 1904.9; 2005.2; 2008.11 e 2008.19.

O anexo I do RICMS/2012, no item 38, relaciona os produtos sujeitos a substituição tributária “Salgados industrializados: NCM 1904.1, 1904.9; 2005.2; 2008.11 e 2008.19.”

Portanto, a autuação está correta.

v) Farofa Superpão – Kg.

A autuada argui se tratar de produto isento por ser de sua própria fabricação.

O autuante corretamente mantém a autuação por falta de respaldo legal ao argumento da defesa.

vi) Broa de Milho – Kg.

Analogamente ao item anterior, autuada argui se tratar de produto isento por ser de sua própria fabricação.

O autuante corretamente mantém a autuação por falta de respaldo legal ao argumento da defesa.

vii) Castanha de Caju da Fazenda

A autuada defende que o produto é amparado com isenção do imposto.

Por sua vez o autuante ressalta que a isenção prevista no art. 265, inc. II, alínea “f” do RICMS/2012 não contempla o produto Castanha de Caju da Fazenda, pois o mesmo tem NCM 8012003, enquanto os produtos classificados como salgados industrializados, sujeitos a substituição tributária tem NCM 1904.1; 1904.9; 2005.2; 2008.11 e 2008.19.

Dessa forma, considero a autuação correta.

Acato as exclusões procedidas pelo autuante, quando da informação fiscal e consoante justificativas, procedo a exclusão do levantamento os valores correspondentes as arguições da defesa referentes aos itens: Batata Palha Elma chips, Batata palha Yoki, Batata palha Lit e Batata palha Visconti, de forma que resta devido para a infração 04 o total de R\$28.645,55, ou seja, a infração 04 é parcialmente procedente.

Segue demonstrativo de débito a ser considerado para as infrações julgadas parcialmente procedentes.

Infração 01 – 07.01.02

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base Cálculo	Alíquota %	Multa (%)	Valor Histórico
28/02/2012	24/03/2012	13.682,29	17,00	60,00	2.325,99
31/03/2012	25/04/2012	9.951,29	17,00	60,00	1.691,72
30/04/2012	25/05/2012	6.574,94	17,00	60,00	1.117,74
31/05/2012	25/06/2012	3.777,24	17,00	60,00	642,13
30/06/2012	25/07/2012	7.636,94	17,00	60,00	1.298,28
31/07/2012	25/08/2012	6.785,41	17,00	60,00	1.153,52
31/08/2012	25/09/2012	5.067,94	17,00	60,00	861,55
30/09/2012	25/10/2012	6.576,41	17,00	60,00	1.117,99
30/11/2012	25/12/2012	3.862,76	17,00	60,00	656,67
Total					10.865,59

Infração 04 – 03.02.02

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base Cálculo	Alíquota %	Multa (%)	Valor Histórico
31/01/2012	09/02/2012	15.956,59	17,00	60,00	2.712,62
29/02/2012	09/03/2012	17.884,82	17,00	60,00	3.040,42
31/03/2012	09/04/2012	13.167,24	17,00	60,00	2.238,43
30/04/2012	09/05/2012	11.255,29	17,00	60,00	1.913,40
31/05/2012	09/06/2012	12.138,41	17,00	60,00	2.063,53
30/06/2012	09/07/2012	13.367,00	17,00	60,00	2.272,39
31/07/2012	09/08/2012	14.740,94	17,00	60,00	2.505,96
31/08/2012	09/09/2012	14.754,12	17,00	60,00	2.508,20
30/09/2012	09/10/2012	14.373,35	17,00	60,00	2.443,47
31/10/2012	09/11/2012	13.334,59	17,00	60,00	2.266,88
30/11/2012	09/12/2012	11.959,82	17,00	60,00	2.033,17
31/12/2012	09/01/2013	15.571,06	17,00	60,00	2.647,08
Total					28.645,55

Pelo exposto, voto pela PROCEDENCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **2069260006/15-5**, lavrado contra **VIEIRA & MALTA LTDA.** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$154.685,02** acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos, II, alíneas

“a” e “d” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo o órgão competente proceder a homologação do pagamento efetuado pelo sujeito passivo.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2019.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR