

A. I. N° - 293872.0003/18-6
AUTUADO - LUTAN DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/12/2019

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0180-01/19

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOR. É devida a antecipação tributária em aquisições interestaduais de mercadorias constantes do Anexo 1 do RICMS. Efetuada correção no cálculo do imposto devido. Infração parcialmente elidida. Indeferido o pedido de diligência. Afastada a preliminar suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/06/2018, refere-se à exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$140.359,31, mais multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

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”, nos meses de março a agosto, outubro a dezembro de 2014 e fevereiro, abril, maio, julho, setembro e dezembro de 2015.

Enquadramento legal: Artigos 8º, inciso II e § 3º do artigo 23, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 289 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração, em 18/06/18, e ingressou tempestivamente com defesa administrativa, em 15/08/18, peça processual que se encontra anexada às fls. 36 a 52. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seus advogados, os quais possuem os devidos poderes, conforme instrumento de procuração, constante nos Autos à fl. 54.

Em sua peça defensiva, a Impugnante, inicialmente, informa que irá defender parte da infração, reconhecendo a parte que não será impugnada, no valor de R\$ 9.576,99.

Aduz que, ao analisar o Auto de Infração, verificou que a Fiscalização fez incluir notas fiscais canceladas pelo fornecedor, aumentando, de forma equivocada, o valor do ICMS supostamente devido, conforme documentos anexos (Doc. 02).

Elenca abaixo as referidas notas fiscais:

- 12/2014 – Nota Fiscal nº 273528 cancelada pelo fornecedor através da Nota Fiscal nº 10.820. Valor ICMS: R\$7.694,02
- 12/2014 - Nota Fiscal nº 273712 - cancelada pelo fornecedor através da Nota Fiscal nº 10.844. Valor ICMS: R\$7.694,02
- 12/2014 - Nota Fiscal nº 273778 - cancelada pelo fornecedor através da Nota Fiscal nº 10.845. Valor ICMS: R\$7.694,02
- 12/2015 - Nota Fiscal nº 3001673 cancelada pelo fornecedor através da Nota Fiscal nº 138407. Valor ICMS: R\$1.670,75
- 12/2015 - Nota Fiscal nº 3001677 cancelada pelo fornecedor através da Nota Fiscal nº 138410. Valor ICMS: R\$1.670,75

Acrescenta que os cancelamentos das notas fiscais foram processados nos moldes legais, sendo que tais informações foram devidamente lançadas no próprio sistema Fazendário, pelo que

afirma que o Auditor incorreu em erro ao considerar a aquisição de tais mercadorias para cálculo do imposto.

Argumenta que o autuante efetuou, também, cobrança indevida de imposto referente a mercadorias que não estão sujeitas ao regime da substituição tributária, por serem bonificações ofertadas, alegando que tal bônus não integra a base de cálculo do ICMS.

Alega, ainda, que, segundo o Anexo I do RICM vigente no exercício de 2014, época da emissão das notas abaixo relacionadas, verifica-se que o legislador não incluiu a NCM 49111090, sequer inseriu a NCM 4911 na lista.

- Nota Fiscal nº 15256 emitida no período de 03/2014 – NCM da mercadoria: 49111090
- Nota Fiscal nº 127097 emitida no período de 07/2014 - NCM da mercadoria: 49111090
- Nota Fiscal nº 156112 emitida no período de 12/2014 - NCM da mercadoria: 49111090

Enfatiza que, além de não serem sujeitas ao regime da substituição tributária, tais mercadorias foram bonificações. Explica que isto nada mais é que a oferta de maior quantidade de mercadoria vendida, pelo modo que o cliente se beneficia por pagar menos pelo preço médio do produto, entretanto, sem redução formal do preço da transação. Assim, entende que tal bônus é um desconto incondicional, por ser oferecido no momento da negociação da compra, como estratégia comercial para fidelização de cliente, de forma a não integrar a base de cálculo do ICMS.

Salienta que a base de cálculo do ICMS corresponde ao valor da operação, no qual também integra o montante correspondente a “seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição”, nos termos do art. 13, inciso I e §1º, inciso II, alínea “a” da Lei Complementar nº 87/96, que transcreve.

Afirma que é pacífico, na doutrina e jurisprudência, o entendimento segundo o qual não incide ICMS sobre as bonificações. Para embasar seu entendimento traz a colação parte da REsp 1111156 / SP, exarado pelo STJ, bem como outros recentes julgados pela mesma Corte (AgRg no AREsp 661.673/RS, AgRg nos EDcl no AREsp 204.662/RS).

No que diz respeito à NCM 19059090, alega que tem como descrição “outros” na TIPI (Tabela de incidência do Imposto sobre produtos industrializados), vigente a época dos fatos geradores, sendo uma subclassificação da NCM 1905, cuja descrição abrange “outros produtos de padaria, pastelaria ou da indústria de bolachas e biscoitos, mesmo adicionados de cacau; hóstias, cápsulas vazias para medicamentos, obreias, pastas secas de farinha, amido ou fécula, em folhas, e produtos semelhantes.”, conforme tabela abaixo:

19.05	-Produtos de padaria, pastelaria ou da indústria de bolachas e biscoitos, mesmo adicionados de cacau; hóstias, cápsulas vazias para medicamentos, obreias, pastas secas de farinha, amido ou fécula, em folhas, e produtos semelhantes.	
1905.10.00	-Pão denominado <i>knäckebrot</i>	0
1905.20	-Pão de especiarias	
1905.20.10	Panetone	0
1905.20.90	Outros	0
1905.3	-Bolachas e biscoitos, adicionados de edulcorante; <i>waffles</i> e <i>wafers</i> :	
1905.31.00	-Bolachas e biscoitos, adicionados de edulcorante	0
1905.32.00	- <i>Waffles</i> e <i>wafers</i>	0
1905.40.00	-Torradas, pão torrado e produtos semelhantes torrados	0
1905.90	-Outros	
1905.90.10	-Pão de forma	0
1905.90.20	-Bolachas	0
1905.90.90	-Outros	0

Deduz que a descrição da NCM 19059090 não traz um rol taxativo das mercadorias que deverão ser enquadradas nesse item, entendendo que pode ser classificado nessa nomenclatura diversos produtos que possuem as especificações técnicas determinadas na NCM 1905.

Expõe que o Anexo I do RICMS, vigente nos exercícios de 2014 e 2015, enquadrou no regime de antecipação tributária os produtos “Macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e

outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo; pães, inclusive pães de especiarias, biscoitos, bolachas, bolos, waffles, wafers e similares; macarrão instantâneo” no NCM 1902.1; 1905; 1902.3.

Conclui que o legislador escolheu determinados alimentos, incluídos na NCM 1905, para enquadrar no regime de tributação de antecipação tributária, uma vez que não foram incluídos os produtos de padaria, pastelaria ou indústria de bolachas de forma genérica, contudo, aduz que o anexo elenca de maneira específica quais desses produtos são passíveis de antecipação. Ressalta que o produto “panetone”, em que pese ser abarcado no item 1905 da TIPI, não foi incluído nessa linha do Anexo I do RICMS vigente no exercício de 2014 e 2015, corroborando o fato que o legislador elegeu apenas alguns produtos da NCM 1905 para enquadrar no regime de substituição.

Reclama que o Autuante enquadrou o produto “salgadinho”, de NCM 1905.90.90, no regime de antecipação tributária, sem analisar se esse produto específico estava previsto no Anexo I do RICMS vigente nos exercícios de 2014 e 2015. Argumenta que é evidente que “salgadinho” não é “Macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo; pães, inclusive pães de especiarias, biscoitos, bolachas, bolos, waffles, wafers e similares; macarrão instantâneo”.

Considera que o simples cotejamento da NCM não é suficiente para enquadrar o produto no regime de antecipação tributária, uma vez que, a nomenclatura comum pode abranger diversos produtos, e que o Anexo pode especificar apenas alguns desses produtos, pelo que as demais mercadorias não abrangidas pelo decreto Estadual não podem ser enquadradas em regime de tributação específico, por falta de previsão normativa.

Diz que, exatamente nessa linha, de que, se o produto não estiver expressamente arrolado no Anexo I, deverá ser tributado normalmente, foi que este Eg. CONSEF se posicionou em caso semelhante através do Acórdão JJF N° 0311-01/13, cujo trecho transcreve.

“Efetivamente, o art. 353, II, 11.4.1 e 11.4.2, do RICMS/BA/97, estabelece que as mercadorias que estão sujeitas ao regime de substituição tributária são preparações à base de farinha de trigo: macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo (NCM 1902.1) e pães, inclusive pães de especiarias, biscoitos, bolachas, bolos, waffles, wafers e similares (NCM 1905) e torradas em fatias ou raladas (NCM 1905.40). Ou seja, dentre as mercadorias arroladas no referido dispositivo regulamentar, de fato, não se enquadra pizzas recheadas, significando dizer que as operações de saídas realizadas pelo estabelecimento varejista autuado da referida mercadoria ocorre tributada normalmente, por não estar enquadrada no regime de substituição tributária.”

Ressalta que, quando analisado o Anexo I, vigente no exercício de 2016, no qual incluiu a mercadoria específica “salgadinhos diversos”, atribuindo o NCM 1905.90.90, restou demonstrado que nos exercícios anteriores não existia previsão para este produto.

Destarte, entende haver a necessidade de realização de uma revisão fiscal, para excluir todas as mercadorias de NCM 19.05.90.90.

Noutro giro, no que tange às Notas Fiscais nºs 81987 e 520236, afirma que o referido imposto foi devidamente recolhido pelo fornecedor antes da mercadoria entrar no Estado da Bahia, conforme notas anexadas (Doc. 03).

Quanto à Nota Fiscal nº 125057, diz que esse documento apenas registrou a troca de mercadoria adquirida anteriormente, através da Nota Fiscal nº 108077, e que nesse liame, resta constatado que o tributo devido foi recolhido na época do recebimento das mercadorias inclusas na Nota Fiscal nº 108077, sendo algumas delas substituídas, operação essa registrada na Nota Fiscal nº 125057.

Acrescenta que, para corroborar o alegado, pode-se vislumbrar nos dados contidos na nota fiscal mencionada que, no campo “informações complementares”, os produtos contidos na Nota Fiscal nº 125057 correspondem aos produtos trocados constante na Nota Fiscal nº 108077 (Doc. 04).

Ressalta que houve apenas a substituição da mercadoria por outra idêntica, desprovido de atividade econômica, pelo que não há incidência do imposto, não se tratando de devolução.

Registra, ainda, que, como o Impugnante recolheu o valor do ICMS anteriormente referente as mercadorias em comento, não há prejuízo ao Erário.

O autuado alega, ainda, que o roteiro fiscal não considerou crédito de ICMS, uma vez que não foi incluído o período de setembro de 2014 na base de cálculo que aferiu o ICMS por antecipação supostamente devido.

Explica que o Auditor apenas incluiu em seu roteiro as operações que resultaram o suposto recolhimento a menor do ICMS por antecipação, referente aos exercícios de 2014 e 2015, porém não apontando o recolhimento a maior do imposto durante o período autuado.

Argumenta que, no período de setembro de 2014, apurou, de forma equivocada, o ICMS devido referente a aquisição de alguns produtos, imputando uma Margem de Valor Agregado - MVA incorreta, o que resultou em um aumento equivocado da base de cálculo, e consequente recolhimento a maior a título de ICMS.

Relata que o MVA adotado ao produto, de NCM 3402.2000, proveniente do estado de Pernambuco, foi de 65,04%, entretanto, a correta margem de valor agregado seria de 28,47%, por se tratar de sabão em pó, mercadoria abarcada pelo item 25.4 do Anexo I vigente a época, recolhendo assim equivocadamente o montante de R\$66.802,86, referente à ICMS por antecipação, relativo à citada mercadoria.

Noutro giro, diz que adotou MVA de 20% para a mercadoria de NCM 1902.3000, proveniente de São Paulo, entretanto, por se tratar de macarrão instantâneo, o MVA correto seria de 34,46%, pelo que resultou em um recolhimento de ICMS a menor de R\$3.827,96.

Dessa forma, entende que, ao confrontar o ICMS recolhido a maior, relativo a mercadoria de NCM 3402.2000, cujo montante totaliza em R\$66.802,86, com o ICMS recolhido a menor referente ao produto de NCM 1902.3000, que perfaz o valor de R\$3.827,96, o Impugnante tem direito a crédito no total de R\$62.974,90.

Acrescenta que tais erros resultaram em uma base de cálculo distorcida e a maior, razão pela qual o valor apurado e recolhido no período de setembro de 2014, ultrapassou ao devido. Informa que para facilitar a análise do alegado, colacionou uma planilha que indica todas as notas fiscais e demonstrativos de cálculo das operações que resultaram recolhimento equivocado do imposto (Doc. 05).

Entende que, se a Impugnante pagou a mais R\$62.974,90, a título de ICMS, gerando, assim, um direito a crédito, este valor deveria ser abatido do montante considerado como devido pelo Auditor no período fiscalizado.

Volta a ratificar a necessidade de realização de uma revisão fiscal.

Por fim, aduz que o autuante apurou recolhimento a menor de ICMS por antecipação das mercadorias adquiridas através das Notas Fiscais nºs 273372, 273502, 273822 e 39697, no período relativo ao mês de dezembro de 2014, mas que as mesmas foram recebidas em janeiro do exercício financeiro de 2015.

Nesse diapasão, registra que o ICMS das supracitadas operações foi devidamente recolhido no período de 01/2015, sendo inconsistente a exigência na autuação.

Ao final, ratifica o requerimento de revisão fiscal formulado, para que depois de efetuadas as correções o Auto de Infração seja julgado PARCIALMENTE PROCEDENTE, homologando-se os recolhimentos feitos por conta do reconhecimento de parte dos débitos.

O autuante apresenta informação fiscal, às fls. 75 a 78, dizendo, em relação às Notas Fiscais nºs 273528, 273712, 273778, 3001673 e 3001677, que o autuado afirmou terem sido canceladas, que constatou que os referidos documentos foram cancelados um mês após as suas emissões, mas que acolhe os argumentos do contribuinte, excluindo as referidas notas fiscais da infração.

No que diz respeito às mercadorias recebidas como bonificações, aduz ter constatado que as mercadorias referentes à NCM 49111090 não estão sujeitas à substituição tributária. Dessa forma,

informa que acolheu as alegações do autuado, excluindo, da infração, as Notas Fiscais nºs 115256, 127097 e 156112.

No que tange às mercadorias que o autuado alega que não estão sujeitas ao regime de substituição tributária, esclarece que o produto questionado se denomina “Torcida Jr”, NCM 19059090, e se refere a salgadinhos feitos de trigo. Aduz que o ANEXO I do RICMS em 2014, no Item 33, inclui no rol de mercadorias sujeitas à substituição ou antecipação tributária, “produtos derivados de farinha de trigo” com NCM genérico 1905, ou seja, afirma que todos os produtos fabricados à base de trigo e iniciados com NCM 1905 estão enquadradas nesse item. Acrescenta que o próprio autuado deu esse tratamento aos produtos enquadrados nesta nomenclatura, uma vez que não efetuou a tributação do ICMS nas saídas das referidas mercadorias.

Diante do exposto, não acata as alegações referente a este questionamento.

No que diz respeito à mercadoria objeto de troca, concordou com a alegação defensiva e informa que as Notas Fiscais nºs 81987, 520236 e 125057 foram excluídas no novo demonstrativo de débito.

No que se refere ao crédito do ICMS no período de setembro de 2014, arguido pelo sujeito passivo, explica que o ICMS é um imposto apurado mensalmente e não compete à fiscalização compensar valores de impostos, lançados a maior em determinados meses, com valores recolhidos a menor em outros meses do exercício fiscalizado, ou seja, aduz que não há previsão legal que ampare o pleito do autuado.

Diz que, nessa hipótese, a legislação é clara ao prever que cabe ao contribuinte requerer, por meio de procedimento próprio, a restituição do que foi recolhido indevidamente ao Erário Estadual, tudo de acordo com o artigo 73 e seguintes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/99).

Ressalta, inclusive, que foi verificado que o autuado já ingressou com um processo de restituição junto a SEFAZ dos referidos valores do ICMS, conforme Processo nº 1557262015/5.

Quanto à reclamação do impugnante de que as Notas Fiscais nºs 273372; 273502; 273822 e 39697 de dezembro/2014 foram recebidas no mês de janeiro/2015, e que o imposto por antecipação foi recolhido no referido mês, assevera que os documentos fiscais informados pelo autuado foram emitidos pelos fornecedores nos dias 16, 17 e 18 de dezembro/2014 e estão lançados na EFD deste período.

Acrescenta que o impugnante não apresentou, em sua peça defensiva, a planilha contendo as notas fiscais de antecipação do ICMS de janeiro/2015 onde devem constar os documentos fiscais mencionados e o consequente recolhimento nesse mês. Dessa forma, diz que não acata as alegações defensivas para as notas fiscais referidas.

Conclui, dizendo que, após analisar os documentos e os argumentos apresentados pelo autuado em sua defesa, decidiu acolher parcialmente as suas alegações, retificando o demonstrativo das infrações, com a exclusão das Notas Fiscais nºs 81987, 115256, 125057, 127097, 156112, 273528, 273712 e 273528 do exercício de 2014 e Notas Fiscais nºs 3001673, 3001677 e 520236 do exercício de 2015.

Dessa forma, aduz que o valor histórico da infração fica reduzido para R\$111.961,49, conforme demonstrativos anexos (fls. 79 a 101) e requer o julgamento pela procedência parcial do Auto de Infração.

O autuado, após tomar ciência da informação fiscal, novamente se manifestou, às fls. 105 a 113, discordando do autuante no que diz respeito à inclusão da mercadoria “salgadinho”, de NCM/SH 1905.90.90, no item 33, do Anexo I do RICMS em 2014, por serem produtos derivados de farinha de trigo.

Ratifica sua argumentação anterior de que o Anexo I do RICMS, ao enquadrar determinadas mercadorias no regime de substituição tributária, prevê não apenas a NCM, mas também o produto e sua finalidade, devendo haver uma dupla identificação.

Acrescenta que, em que pese o produto “salgadinho” poder ser derivado de farinha de trigo, o

legislador não o escolheu para enquadrar no regime de tributação de antecipação tributária, haja vista que não há previsão expressa da mercadoria específica no Anexo I, vigente a época.

Volta a citar a decisão contida no Acórdão JJF nº 0311-01/13, e a mencionar que o legislador incluiu a mercadoria específica “salgadinhos diversos”, no rol do Anexo I, vigente no exercício de 2016, atribuindo a NCM 1905.90.90, pelo que entende que restou demonstrado que nos exercícios anteriores não existia previsão para este produto.

Em relação ao questionamento do autuante, de que o autuado não efetuou a tributação do ICMS nas saídas das referidas mercadorias, argumenta que a impugnação é peça processual que o contribuinte contesta o lançamento efetuado pela Autoridade Fiscal nos exatos termos da exigência formalizada no Auto de Infração, defendendo apenas o que lhe foi imputado.

Assevera que, caso o autuante entenda que o tributo não fora recolhido na saída, reconhecendo que a mercadoria não se enquadra no regime de tributação de antecipação tributária, o correto seria realizar novo lançamento do que se entende devido, oportunidade que o Contribuinte irá se defender da nova imputação.

No que diz respeito à informação do autuante, de que não compete à fiscalização compensar valores recolhidos indevidamente ao Erário Estadual, e que o impugnante já ingressou com um processo de restituição junto a SEFAZ, aduz que se torna pertinente a transcrição da ementa de acórdão exarado recentemente pela 1ª CJF do CONSEF (0194-11/17), cujo inteiro teor anexa na peça defensiva (Doc. 01), dizendo que o mesmo reconhece o crédito fiscal do contribuinte resultante de recolhimento a maior de ICMS, com a consequente autorização da compensação.

Dessa forma, considera que não há que se falar em incompetência para analisar o pedido de compensação, e assevera que o art. 73 do RPAF/99 determina que caso o contribuinte possua débito constituído, este será compensado com as quantias pagas indevidamente.

Em relação ao processo junto a SEFAZ, tombado pelo nº 1557262015/5, arguindo a restituição do supracitado crédito, diz que deve ser apensado ao presente feito, para análise do pedido e consequente compensação da parte da dívida reconhecida na Impugnação, nos termos do art. 73, §3º do RPAF, que transcreveu em sua peça.

Informa, ainda, que está anexando planilha (Doc. 01), contendo as notas fiscais de antecipação do ICMS de janeiro/2015. Acrescenta que constam os documentos fiscais incluídos na infração e recolhidos do referido mês (273372, 273502, 273822 e 39697), assim como extrato do pagamento realizado emitido no sítio eletrônico da SEFAZ.

Por fim, requer a devolução do processo para o autuante, de forma que o mesmo tome conhecimento dos esclarecimentos e documentos ora colacionados e possa, com base nos mesmos, promover o ajuste definitivo do lançamento, determinando-se a compensação do débito remanescente com o crédito que a Defendente faz jus, para que ao final o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

O autuante, em nova informação fiscal, à fl. 126, aduz que, ao analisar os argumentos defensivos da segunda impugnação, constatou que a planilha apresentada pelo defendantе comprova que o imposto relativo às Notas Fiscais nºs de dezembro/2014 (273372, 273502, 273822 e 39697) foi realmente recolhido no mês de janeiro/2015.

Dessa forma, diz que excluiu as referidas notas fiscais da autuação, reduzindo o valor exigido para R\$89.060,32, conforme demonstrativo, às fls. 127/128.

Quanto aos demais argumentos expostos pelo autuado, assevera que não há nenhum fato novo, e que tampouco foi apresentada qualquer documentação que pudesse elidir a ação fiscal.

Em virtude da juntada aos autos, por parte do Autuante, de novos demonstrativos de débito, por ocasião de sua segunda informação fiscal, esta JJF converteu o feito em diligência à IFEP COMÉRCIO (fl. 130), para que fosse dada ciência ao Autuado, inclusive lhe fornecendo cópia, dos documentos referidos, conforme determina o parágrafo 7º, do artigo 127 do RPAF/99, e observando o disposto no §1º do art. 18, do mesmo diploma legal.

Após o atendimento da diligência acima referida, o autuado, às fls. 136 a 142, apresentou nova impugnação referente aos pontos não acolhidos pela Autoridade Fiscal.

Voltou a ratificar as argumentações já expostas em suas peças anteriores, no que diz respeito ao entendimento de que as mercadorias com NCM 1905.90.90 não estavam sujeitas ao regime da substituição tributária à época da ocorrência dos fatos geradores.

Da mesma forma, também ratificou seus pronunciamentos anteriores de que deve haver a compensação na presente autuação do crédito resultante do recolhimento efetuado a maior no período de setembro de 2014.

Ao final, volta a requerer o julgamento pela procedência parcial do Auto de Infração, homologando-se os recolhimentos feitos por conta do reconhecimento de parte dos débitos, determinando-se a compensação do débito remanescente com o crédito que a Defendente faz jus, e anulação dos itens mencionados acima e dos outros já reconhecidos pela Autuante em sua informação fiscal.

O autuante, em nova informação, às fls. 145/146, diz que, conforme já foi esclarecido, a mercadoria autuada, com NCM 1905, está enquadrada na substituição tributária, no Item 33 do anexo I do RICMS 2014 e 2015, tendo em vista que se refere a “produtos derivados de farinha de trigo”, e que o autuado deu esse tratamento tributário aos produtos enquadrados nesta nomenclatura, ao não efetuar a tributação normal do ICMS nas saídas destas mercadorias.

Quanto ao segundo argumento do autuado, reitera também que o ICMS é um imposto apurado mensalmente e que não compete à fiscalização compensar valores de impostos lançados a maior em determinados meses com valores recolhidos a menor em outros meses do exercício fiscalizado, por não haver previsão legal que ampare tal pleito.

Ratifica que a legislação prevê que o contribuinte deve requerer a restituição de acordo com o artigo 73 e seguintes do RPAF/99, e que verificou que o mesmo já ingressou com um processo de restituição junto a SEFAZ dos referidos valores do ICMS, conforme processo nº 1557262015/5.

Ao final, mantém a autuação, após a última retificação efetuada, no valor histórico de R\$89.060,32, sendo R\$74.957,36 no exercício de 2014 e R\$14.102,96 em 2015, conforme demonstrativos às fls. 127 e 128.

VOTO

O Auto de Infração em lide refere-se à exigência de crédito tributário sob acusação de que o autuado 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.

Inicialmente, verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e sua respectiva base de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos, encontrando-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Em relação ao pedido de diligência/revisão fiscal formulado, fica indeferido por entender que, após as diversas manifestações do autuado e autuante, os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147, I, “a” do RPAF/99, segundo o qual, deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos.

No que diz respeito ao mérito, o contribuinte alegou que a maior parte da exigência é indevida, por entender que o autuante cometeu os seguintes equívocos na apuração do débito:

1. inclusão de Notas Fiscais canceladas pelo fornecedor (nºs 273528, 273712, 273778, 3001673 e 3001677);

2. inclusão de mercadorias recebidas como bonificações NCM 49111090 e que não estão sujeitas à substituição tributária (Notas Fiscais nºs 115256, 127097 e 156112);
3. inclusão das mercadorias com NCM 19059090, alegando o autuado que se trata de “salgadinhos”, que tem como descrição “outros” na TIPI (Tabela de incidência do Imposto sobre produtos industrializados) vigente a época dos fatos geradores. Reclama que o autuante enquadrou o produto no regime de antecipação tributária, sem analisar se esse produto, específico, estava previsto no Anexo I do RICMS vigente nos exercícios de 2014 e 2015. Argumenta que o simples cotejamento da NCM não é suficiente para enquadrar o produto no regime de antecipação tributária, uma vez que, a nomenclatura comum pode abranger diversos produtos, e que o Anexo pode especificar apenas alguns desses produtos. Ressalta que quando analisado o Anexo I vigente no exercício de 2016, no qual incluiu a mercadoria específica “salgadinhos diversos”, atribuindo o NCM 1905.90.90, restou demonstrado que nos exercícios anteriores não existia previsão para este produto.
4. inclusão de mercadoria que foram objeto de troca (Notas Fiscais nºs 81987, 520236 e 125057);
5. não foi considerado o crédito do ICMS do período de setembro de 2014, resultante do recolhimento efetuado a maior, para compensação com o débito apurado na presente autuação;
6. que as Notas Fiscais nºs 273372; 273502; 273822 e 39697 de dezembro/2014 foram recebidas no mês de janeiro/2015, e que o imposto por antecipação foi recolhido no referido mês, fato não considerado na ação fiscal.

Nas informações fiscais que sucederam, o autuante acatou as alegações defensivas no que diz respeito aos itens 1, 2, 4 e 6, acima elencados, elaborando novos demonstrativos, às fls. 127/128, reduzindo o valor exigido para R\$89.060,32.

Dessa forma, o autuante, com base nos documentos e os argumentos apresentados pelo autuado, de forma correta, retificou o demonstrativo das infrações, com a exclusão das Notas Fiscais nºs 81987, 115256, 125057, 127097, 156112, 273528, 273712 e 273528 do exercício de 2014 e notas fiscais nº 3001673, 3001677, 520236, 273372, 273502, 273822 e 39697 do exercício de 2015.

Portanto, a lide permaneceu apenas no que diz respeito aos itens 3 e 5 já acima mencionados.

No que diz respeito às mercadorias com NCM 1905.90.90 (item 3 acima), as quais a defesa entende não alcançadas pela substituição tributária, da análise das planilhas analíticas confeccionadas pelo autuante, e que embasaram o lançamento ora apreciado (fls. 98 a 101), constato que se tratam de “SALG TORCIDA JR” em diversos sabores.

A legislação, especificamente o Anexo I do RICMS/12, enumera os produtos submetidos à substituição tributária, sendo que a sujeição de uma operação a substituição tributária não depende exclusivamente do código NCM da mercadoria e sim da convergência da NCM com a descrição estabelecida na norma.

À época dos fatos geradores, o referido anexo incluía, na substituição tributária, com o NCM 1905, no item 33.1, os seguintes produtos: *Macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo; pães, inclusive pães de especiarias, biscoitos, bolachas, bolos, waffles, wafers e similares; macarrão instantâneo.*

Dessa forma, apesar de o código NCM do produto em questão está elencado no Anexo I, no período sob exame, a descrição acima reproduzida não contemplava a mercadoria “salgadinho”, o que não permitiria classificá-la como parte do item acima transcrito, portanto, sujeitando-se à antecipação tributária.

Vale frisar que, a partir de 2016, o legislador incluiu expressamente o produto “salgadinhos diversos”, no item 11.8, do Anexo I, passando então a referida mercadoria a pertencer ao regime da substituição ou antecipação tributária.

Devo ainda acrescentar que o fato de o sujeito passivo porventura não ter tributado tais produtos normalmente nas saídas ocorridas, consoante afirmativa da fiscalização, deve ser objeto de nova ação fiscal para apurar o efetivo imposto devido nessas circunstâncias.

Portanto, excluindo-se o produto “salgadinho” – “Torcida JR” dos demonstrativos, às fls. 127/128, que tiveram origem nos demonstrativos inclusos no CD (fl. 102), o débito apurado passa a ser de R\$72.266,24.

No que tange à quinta alegação defensiva, como bem frisou o autuante, em sua informação fiscal, o crédito do ICMS no período de setembro de 2014, referente ao recolhimento a maior do imposto, não pode ser compensado no roteiro efetuado pela fiscalização para a presente autuação.

Nessa situação, o contribuinte deve requerer, por meio de procedimento próprio, a restituição do que foi recolhido indevidamente ao Erário Estadual, de acordo com as disposições do artigo 73 e seguintes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/99), fato, inclusive, já providenciado pelo mesmo, ao ter ingressado com um processo de restituição junto a SEFAZ dos referidos valores do ICMS, através do Processo nº 1557262015/5.

Se porventura o crédito referido fosse compensado nessa autuação, e a restituição solicitada em processo separado fosse concedida, haveria uma duplicidade de crédito para o autuado.

Também descabe a solicitação defensiva de que a compensação pode ser autorizada pelo julgador, pois de acordo com o art. 74, do mesmo Regulamento acima citado, a restituição de tributo estadual, seus acréscimos ou multa, em razão de recolhimento a mais ou indevido, dependerá de petição dirigida à autoridade competente, nos termos do art. 10, através do órgão local (grifo nosso).

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, em virtude da redução da exigência para R\$72.266,24, conforme demonstrativo de débito abaixo:

Data Ocorr	Data Venc	Base de Cálculo (R\$)	Aliq %	Multa %	Valor Histórico (R\$)
31/03/2014	09/04/2013	27.670,29	17,00	60,00	4.703,95
30/04/2014	09/05/2013	43.406,76	17,00	60,00	7.379,15
31/05/2014	09/06/2013	29.376,47	17,00	60,00	4.994,00
30/06/2014	09/07/2013	95.509,41	17,00	60,00	16.236,60
31/07/2014	09/08/2013	140.955,94	17,00	60,00	23.962,51
31/08/2014	09/09/2013	2.986,35	17,00	60,00	507,68
31/10/2014	09/11/2014	60.588,00	17,00	60,00	10.299,96
30/11/2014	09/12/2013	24.602,29	17,00	60,00	4.182,39
TOTAL DA INFRAÇÃO					72.266,24

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 293872.0003/18-6, lavrado contra **LUTAN DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$72.266,24**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 08 de novembro de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR