

A. I. Nº - 279919.0013/12-0
AUTUADO - SODEXO DO BRASIL COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - JOSIAS MENEZES NETO
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 10.12.2013

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0296-01/13

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Autuado elide parcialmente a autuação ao comprovar que parte da exigência diz respeito a saídas de refeições amparadas pelo diferimento do imposto. O próprio autuante na informação fiscal acatou, em parte, os argumentos defensivos. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO. Restou comprovado que no levantamento levado a efeito pelo autuante foram incluídas mercadorias que não têm a natureza de uso/consumo do estabelecimento, cabendo a exclusão da autuação. Na informação fiscal o próprio autuante procedeu a exclusão, o que resultou no refazimento dos cálculos e redução do valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Retificada, de ofício, a multa de 50% para 60%, prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº. 7.014/96, pois aplicável ao caso. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 13/11/2012, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$145.878,06, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS, imputadas ao autuado:

1. Recolheu a menos ICMS relativo à comercialização de refeições, apurado através de divergências entre os valores recolhidos e os lançados no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, janeiro e fevereiro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$102.205,95, acrescido da multa de 60%;
2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$43.672,11, acrescido da multa de 50% nos meses de janeiro e fevereiro de 2010 e de 60% nos demais meses;

O autuado, através de advogada legalmente constituída, apresentou defesa (fls. 148 a 160), registrando que se trata de tradicional empresa fornecedora de refeições coletivas, possuindo sede em São Paulo e estabelecimentos filiais na Bahia e em diversas outras unidades da Federação.

Preliminamente, consigna que em relação ao crédito tributário referente à infração 01, parte do valor lançado não é devido, tendo em vista que as operações envolvidas estavam albergadas pelo benefício do diferimento. Admite, entretanto, que parte do valor não se enquadra na hipótese de diferimento, devendo ter sido recolhido o imposto lançado.

Diz que dessa forma, já requereu a expedição de guia referente ao valor do imposto incidente sobre as operações cujo lançamento do ICMS não é diferido.

Quanto a parte que considera improcedente, diz que há de se tratar, primeiramente, das razões pelas quais houve a divergência verificada pela Fiscalização entre os valores recolhidos a título de ICMS e os lançados no livro de Registro de Apuração.

Salienta que está submetido à regra prevista no Regulamento do ICMS (RICMS) no que diz respeito à transferência da responsabilidade pelo pagamento do imposto aos adquirentes das refeições que fornece a outros contribuintes do ICMS no Estado da Bahia, por diferimento. Reproduz o art. 343 do RICMS/BA, vigente à época dos fatos.

Diz que à vista disso, em 19/09/2012, foi intimado a apresentar, dentre outros documentos, um demonstrativo dos valores da receita que foram diferidos (DOC. 02) e como não poderia deixar de ser, entregou planilhas de controle interno, indicando as notas fiscais referentes à venda de refeições a clientes contribuintes do Estado da Bahia e, consequentemente, o valor da receita que a empresa considerou diferido em relação ao período questionado (DOC. 03).

Frisa que, entretanto, analisando a documentação que apresentou, a Fiscalização verificou divergências entre o valor recolhido e o lançado no seu livro Registro de Apuração do ICMS, fato este que determinou a lavratura do presente Auto de Infração.

Sustenta que tais divergências, no entanto, não procedem, tendo em vista um equívoco ao elaborar as planilhas apresentadas à Fiscalização.

Salienta que diante da lavratura do presente Auto de Infração, revisou a documentação entregue à Fiscalização e verificou que (i) em relação a todos os meses objeto da presente autuação, à exceção do mês de maio de 2010 e janeiro de 2011, algumas notas fiscais referentes à venda de refeições a clientes do Estado da Bahia, operações ocorridas com diferimento de ICMS, não foram incluídas no cálculo apresentado e (ii) em relação ao mês de maio de 2010 e janeiro de 2011, em razão de ter informado o CNPJ e razão social incorretos dos destinatários das refeições, a Fiscalização desconsiderou a informação prestada e não inclui na base de cálculo albergado pelo diferimento.

Aduz que em virtude disso, o valor das operações efetuadas ao abrigo do diferimento que foram informadas a Fiscalização foi inferior ao das operações efetivamente realizadas. Acrescenta que como o autuante não fez a análise das notas fiscais emitidas, nas quais havia claramente a informação a respeito do diferimento, limitando-se a cotejar as planilhas apresentadas com o seu livro Registro de Apuração do ICMS, concluiu que parte das receitas auferidas deixou de ser oferecida a tributação, o que não condiz com a realidade.

Consgina que para esclarecer o ocorrido, aponta separadamente os dois equívocos cometidos na prestação de suas informações e que ensejaram a presente autuação.

Alega a existência de equívocos em relação ao período de janeiro a abril, junho a dezembro de 2010, e fevereiro de 2011.

Afirma que, relativamente ao período em questão, algumas notas fiscais referentes à venda de refeições a clientes do Estado da Bahia e que estampavam operações beneficiadas com o diferimento do ICMS para a etapa subsequente, não foram incluídas no cálculo apresentado, razão pela qual a base de cálculo de incidência do imposto conferida pela Fiscalização é maior do que realmente deveria ser.

Frisa que se analisando o Auto de Infração juntamente com a planilha que o acompanhou, constante do “DOC. 04” e elegendo-se, como exemplo, o mês de outubro de 2010, verifica-se que, em

virtude do erro que cometeu, a base de cálculo (coluna “G”), R\$2.453.808,76, considerada pelo autuante inclui o montante de R\$1.171.439,25, que é a base de cálculo do Auto de Infração. Assevera que tal valor, quase que em sua integralidade, ou seja, R\$ 1.156.523,26, corresponde a operações amparadas pelo diferimento.

Assegura que tal conclusão é de fácil verificação a partir do cotejo das planilhas entregues ao Fisco (DOC. 03), das planilhas reformuladas de todos os meses da autuação, as quais incluem as notas fiscais faltantes (DOC. 06), e das notas fiscais correspondentes ao indicado nas planilhas revisadas, que atestam que houve mais operações albergadas pelo diferimento do que o informado à Fiscalização.

Assinala que para uma melhor compreensão do que expõe, exemplifica o que ocorreu em relação, novamente, ao mês de outubro de 2010, conforme tabela que apresenta.

Observa que, conforme referido acima, praticamente à totalidade do valor considerado pela Fiscalização como base de cálculo do imposto trata-se de operações amparadas pelo diferimento, não podendo, portanto, ser objeto da autuação. Admite que, apenas uma parte, no caso R\$596,65, que é o resultado da aplicação da alíquota de 4% sobre a base de cálculo de R\$14.916,25, efetivamente, deveria ter sido oferecida à tributação, em relação ao mês de outubro, o que não recolheu.

Sustenta que tal situação, conforme “DOC. 06”, que anexa, se repetiu em relação ao demais meses albergados neste tópico.

Quanto aos equívocos existentes nos meses de maio de 2010 e janeiro de 2011, registra que informou o CNPJ e razão social incorretos (doc.03).

Observa que no mês maio de 2010, ao invés de indicar que as refeições foram vendidas para o cliente AVON COSMÉTICOS LTDA., CNPJ nº 56.991.441/0004-08 foi erroneamente indicado o cliente VALERIA, CNPJ nº 72.345.010/0018-1. Já no mês de janeiro de 2011, ao invés de indicar que as refeições foram vendidas ao cliente AVON COSMÉTICOS LTDA., CNPJ nº 56.991.441/0004-08 foi erroneamente indicado o cliente de CNPJ nº 113.982.882/0008-16.

Alega que, em razão disso, a Fiscalização desconsiderou a realidade dos fatos e incluiu tais valores como base de cálculo de incidência do ICMS. Acrescenta que a comprovação de tal erro pode ser facilmente conferida através da documentação acostada aos autos (DOC. 07).

Salienta que a verificação de tais equívocos seria de fácil análise se as notas fiscais do período, que serão juntadas, tivessem sido analisadas pela Fiscalização, eis que em todas há especificação de que o recolhimento do imposto foi deferido em virtude de se tratar de venda de refeição. Alega que, no entanto, a fiscalização foi efetuada apenas com base nas planilhas que entregou, o que impossibilitou a constatação do erro.

Frisa que desse modo, para que não restem dúvidas de que as operações indicadas na documentação anexada, realmente se enquadram na previsão do citado art. 343, XVIII, do RICMS/BA, juntou os contratos firmados com os seus clientes (DOC. 08), os quais atestam que as operações das notas fiscais discriminadas referem-se efetivamente ao fornecimento de refeições.

Conclui que diante dos fatos relatados e das provas inequívocas acostadas, parte do imposto lançado na infração 01 não é devido, devendo ser desconstituído parte do crédito tributário.

No que tange à infração 02, argui, preliminarmente, a nulidade do cálculo que sustenta a autuação, alegando que a alíquota que deve constar no demonstrativo de cálculo do Auto de Infração deve ser de 7% ou de 12% e não de 17% como consta do cálculo, sendo tal entendimento respaldado no art. 69 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97, cuja redação transcreve.

Diz que não bastasse isso, aponta incongruências no cálculo do Auto de Infração. Alega que a partir do confronto da planilha da fl. 02, do Auto de Infração, com planilhas fornecidas pelo autuante, verifica-se que a base de cálculo utilizada nos dois cálculos são diferentes. Observa que, enquanto a base de cálculo utilizada no Auto de Infração para o mês de janeiro de 2010, é

R\$10.515,58, a base considerada na referida planilha é R\$14.694,73.

Afirma que tais divergências lhe impossibilitam de defender-se devidamente da suposta infração. Aduz que, ainda que se possa justificar os motivos pelos quais o diferencial de alíquota exigido não foi recolhido, não se pode, pelos dados constantes do Auto de Infração e suas planilhas, aferir se o cálculo do imposto supostamente devido condiz com o valor das mercadorias adquiridas.

Continuando, diz que inexiste necessidade de pagamento da diferença de alíquotas sobre insumos.

Assinala que à luz do princípio da eventualidade, caso a preliminar arguida não venha a ser acatada, nem assim ter-se-á como manter o lançamento em lide.

Menciona que de acordo com o art. 7º do RICMS/BA, não é devido o pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições de mercadorias para o emprego, como insumos, na prestação de serviços de qualquer natureza. Reproduz o referido artigo.

Consigna que, conforme já dito, é tradicional empresa fornecedora de refeições coletivas, sendo que, o fornecimento das refeições é composto pela refeição propriamente dita, mas também pelos materiais que compõem o referido fornecimento, como é o caso dos guardanapos, bandejas e palitos.

Assevera que a atividade que desenvolve não se caracteriza como industrialização propriamente dita, mas como uma atividade mista, concernente à prestação do serviço de elaboração da refeição cumulada com a venda desta, valendo dizer que adquire matérias-primas para as refeições e as fornece mediante preço único.

Afirma que não há revenda de arroz, feijão, massa, carnes, hortaliças, frutas ou dos materiais descartáveis, no caso, guardanapos, palitos, bandejas, mas venda de refeições, a qual é composta por todas essas mercadorias.

Alega que a atividade mista que exerce envolve o preparo e a venda de refeições, já que adquire insumos e matérias-primas que são utilizados na elaboração e fornecimento das refeições.

Observa que nesse ramo de atividade, é fornecida a mercadoria “refeição” em unidades, recebendo-se uma determinada contraprestação por cada uma dessas, conforme o definido previamente entre as partes sobre a composição de cada refeição. Acrescenta que essas variáveis ainda podem ser alteradas por quantidade, tipo de produto, etc., desse modo, produz a refeição industrial consoante formatação solicitada por cada um de seus clientes.

Registra que tais refeições, por sua vez, contêm diversos produtos, adquiridos dos fornecedores para que, juntos, componham uma unidade – refeição –, a qual será fornecida aos seus clientes para alimentação de seus colaboradores e demais pessoas autorizadas. Consigna que se os insumos que compõem o produto final fossem comercializados em separado, não cumpririam o objeto dos contratos firmados pela empresa, qual seja, fornecimento e preparo de refeições industriais. Diz que assim, o empreendimento atinge sua finalidade apenas com a composição dos diversos produtos na unidade “refeição”.

Alega que a junção dos gêneros alimentícios sob determinada configuração resulta na criação de nova mercadoria, residindo nesse procedimento o núcleo de sua atividade. Acrescenta que, conforme se sabe, a produção de refeições industriais, sempre em larga escala, envolve uma variedade de medidas necessárias à garantia da qualidade e à satisfação das necessidades de cada cliente, havendo necessidade de atividades de armazenamento, conservação, limpeza, preparo, higiene alimentar, entre outras.

Diz que, no entanto, o Fisco entendeu que a empresa adquiriu produtos prontos para o consumo, razão pela qual, deveria ter recolhido o imposto decorrente da diferença de alíquotas

Assinala que, a fim de cumprir sua finalidade original - servir refeições industriais – não se pode dizer que a Impugnante consome integralmente as mercadorias constantes das notas fiscais indicados na documentação fornecida pelo fiscal (DOC. 10). Diferente disso, os produtos são

adquiridos pela empresa para compor mercadoria nova, unidade de refeição, a qual recebe *tratamento fiscal* diverso e, indiscutivelmente, *forma* diversa: é nova mercadoria, cujo preparo e fornecimento é objeto dos contratos firmados pela empresa.

Sustenta que guardanapos, bandejas descartáveis, palitos, embalagens de alumínio são produtos que sabidamente a Impugnante não revende ou consome. Antes, ela adquire os produtos referidos para que os mesmos venham a integrar um produto novo, cujo processo de produção é sua atividade industrial.

Menciona que as bandejas descartáveis e as embalagens multi-uso servem como “prato” para servir as refeições, sem elas a Impugnante não poderia exercer sua atividade mista de *fornecimento de refeições*.

Salienta que, claramente, à luz do próprio regulamento do imposto, há previsão da atividade exercida pela empresa. Acrescenta que a operação mista é exatamente aquela que pratica quando prepara as refeições para seus clientes, utilizando, como dito, um variada gama de produtos, surgindo o bem final, que é a refeição propriamente dita, a ser fornecida.

Frisa que, desse modo, sendo certo que os produtos descritos nas notas fiscais acostadas são insumos, também, quanto a este ponto, não subsiste o Auto de Infração.

Conclui requerendo o prazo de 10 dias, conforme autoriza o art. 23, do Decreto 7.629/99, para apresentação das notas fiscais, que confirmam que parte das operações foi amparada pelo diferimento, tendo em vista a impossibilidade de levantamento de tal documentação no prazo da impugnação.

Finaliza requerendo:

- seja recebida a presente impugnação, por tempestiva, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário lançado através do Auto de Infração combatido, até decisão final;
- seja deferido o prazo de 10 dias, para a juntada das notas fiscais;
- após, seja reconhecida a nulidade parcial do Auto de Infração, desconstituindo-se o crédito tributário nele estampado. Requer, outrossim, que as intimações relativas ao presente processo sejam feitas de forma pessoal, direcionadas a Rafael Mallmann, procurador do Impugnante, na Av. Carlos Gomes, nº 222, 5º andar, CEP 90480-000, Porto Alegre/RS.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 569/570), registrando que concorda, em parte, com a argumentação defensiva.

Diz que os valores apurados na infração 01 sofreram alterações, conforme análise e planilha que apresenta.

Quanto à infração 02, acolhe parcialmente a alegação defensiva e apresenta planilha com os valores revisados.

Consta à fl. 614, petição do autuado na qual este requer a juntada de notas fiscais.

À fl. 672 há o registro do autuante de que as notas fiscais juntadas pelo impugnante não foram acatadas na informação fiscal, razão pela qual o valor da infração 01 não sofreu alteração no exercício de 2010. Também, no exercício de 2011 e na infração 02, não houve alterações.

Consta à fl. 676 requerimento do impugnante para que as decisões sobre o presente processo sejam encaminhadas para o endereço que indica.

Cientificado sobre o resultado da informação fiscal o autuado se manifestou (fls. 773/774) consignando que em relação à infração 01, que diz respeito ao pretenso recolhimento a menos de ICMS relativo à comercialização de refeições no período de janeiro de 2010 a fevereiro de 2011, a Fiscalização concordou quase integralmente com a defesa parcial apresentada.

Salienta que a alegação de que parte do valor lançado não é devida, em virtude de comprovar que

as operações envolvidas estavam albergadas pelo benefício do diferimento foi acatada pela Fiscalização, o que redundou em uma diminuição significativa do valor autuado.

Diz que por esse motivo já procedeu ao recolhimento do ICMS devido em relação a esta infração, nos termos do cálculo elaborado pela Fiscalização, conforme atesta comprovante que anexa.

Entretanto, no que tange à infração 02, relativa à suposta ausência de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, observa que o autuante se manifestou no sentido de manter integralmente os valores autuados.

Frisa que inobstante tenha sido demonstrado que as operações objeto da autuação dizem respeito a aquisições de insumos para a venda de refeições, a Fiscalização entendeu que tais produtos são materiais de uso e consumo, razão pela qual estariam submetidos ao pagamento de diferencial de alíquota.

Consigna que, diante disso, concorda com a informação fiscal apenas no que diz respeito à infração nº 01 e mantém a defesa apresentada em relação à infração nº 02 para que seja devidamente apreciada por este Conselho da Fazenda Estadual da Bahia.

- O autuante se pronunciou (fls. 817/818) consignando que no trabalho de auditoria, com base nas notas fiscais de saída e pelos Relatórios fornecidos pelo autuado sobre as saídas sujeitas ao diferimento do imposto, foram apuradas diferenças de ICMS - Receita Bruta no montante de R\$100.246,25 para o exercício de 2011 e R\$2.019,27 para o exercício de 2012. Acrescenta que, além disso, foram apuradas diferenças de ICMS – Diferencial de Alíquota sobre aquisição interestadual de bens de uso e consumo -, no total de R\$43.672,11 para os dois exercícios. Frisa que não foi apurada diferença de recolhimento de ICMS – Antecipação Tributária -, e o contribuinte não está sujeito ao pagamento de ICMS – Antecipação Parcial.
- Assinala que na defesa apresentada, o autuado acrescentou notas fiscais de saída, cujos destinatários (KORDSA BRASIL, LOJAS INSINUANTE, PRIMO SCHINCARIOL, EUROPACKNE, NORPACK e AVON COSMÉTICOS) efetuam recolhimento do ICMS – Diferimento.
- Registra que na Informação Fiscal foram consideradas as notas acostadas sujeitas ao Diferimento do tributo, com o que foram reduzidos alguns valores de ICMS cobrado no exercício de 2010, que passou a totalizar R\$9.740,90, planilha à fl. 573, sendo mantidos os valores cobrados em 2011, R\$ 2.019,27, planilha à fl. 574, totalizando em R\$11.760,17 a infração nº 01.

Observa que o autuado concorda com a informação fiscal, apenas no que diz respeito à infração 01, contudo, recolheu R\$10.829,54 em 28/02/2013, restando pagar R\$930,62, referente aos meses revisados e não contestados, R\$171,94 – janeiro/10; R\$250,03, fevereiro/10; R\$188,44 março em Mar/10; e R\$320,21 em Fev/11).

Quanto à infração 02, diz que mantém em sua totalidade na Informação Fiscal, e mantida a contestação à fl. 774 - último parágrafo, encontra resposta no Parecer DITRI-GECOT Nº 06842/2012, que anexa aos autos.

Frisa que o autuado não está sujeito ao recolhimento da antecipação parcial nas suas aquisições interestaduais, tendo em vista que as mercadorias assim adquiridas serão empregadas no preparo de refeições coletivas, ou seja, não destinadas a um consumidor final individualizado, Parecer Nº 08692/2010.

Observa, contudo, que as notas fiscais objeto da infração 02, não se restringem às mercadorias citadas no Parecer DITRI-GECOT Nº 06842/2012, haja vista que constam mercadorias que não se inserem no processo de produção ou fornecimento das refeições, no caso, baldes, vassouras, sacos de lixo, material de limpeza, material de uso dos empregados do autuado, vasilhames e talheres não

descartáveis. Afirma que sobre essas mercadorias incide o ICMS referente à diferença de alíquotas, por se caracterizarem como materiais de uso e consumo.

Diz que, desse modo, não se aplica o art. 7º do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97, que estabelece que “não é devido o pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições de mercadorias, para o emprego, como insumos, na prestação de serviços de qualquer natureza.”

Salienta que na revisão da Informação Fiscal, foram excluídas da infração 02, as notas fiscais de aquisição junto às empresas ALBAN Ind e Com de Embalagens, TRUBERPEL Ind e Com de Papel, Cotherpack Ind e Com de Embalagens, Facilit Odont e Perfumaria Ltda (Sanifil), Marcel Refrigeração e Lyons Artes Gráficas.

Consigna, ainda, que da mesma forma, sofreram exclusão parcial os itens referentes a guardanapos, copos, toalhas de papel, embalagens, kits de talheres de plásticos, potes plásticos, pratos, sacolas plásticas, tampa-potes, e produtos afins, das notas fiscais fornecidas pela empresa Sistema de Serviços R.B. Quality Com de Embalagens.

Diz também que as notas fiscais interestaduais recebidas da Diversey Brasil Indústria Química, foram mantidas por se tratar de produtos químicos destinados a higienização e limpeza.

Ressalta que o ICMS apurado nas planilhas de fls. 11/16 - Diferença entre alíquota de 17% e a alíquota prevista na legislação da unidade da Federação de origem, após completa revisão, conforme planilha às fls.809/816, onde excluiu todas as mercadorias objeto do Parecer 068742/2012, ficou reduzido para os valores de R\$11.255,51 no exercício 2010 e R\$10.789,56 no exercício 2011, totalizando a infração 02 o valor de R\$22.045,07.

Cientificado sobre o pronunciamento do autuante, o autuado apresentou requerimento (fl. 824), no qual consigna que, diante da informação fiscal apresentada, requer a expedição de guia do valor restante a ser pago, em relação à infração 01, de R\$930,62, referente aos meses não contestados. Quanto à infração 02, diz que inobstante a redução considerada pela Fiscalização, irá manter a defesa apresentada para que seja devidamente apreciada pelo Conselho da Fazenda Estadual da Bahia.

O autuante se pronunciou à fl. 827, consignando que mantém o teor da Informação Fiscal complementar de fls. 817/818.

Constam às fls. 831 a 833.v, extratos do SIGAT referente ao pagamento do valor do débito reconhecido.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo que este impugnou ambas as ilicitudes apontadas na autuação.

No que concerne a infração 01, verifico que o autuado afirma que parte do valor lançado não é devida, tendo em vista que as operações envolvidas estavam albergadas pelo benefício do diferimento, contudo, reconhece que parte do valor exigido diz respeito a operações que não se enquadra no regime de diferimento do imposto, razão pela qual recolheu o valor reconhecido.

Constatou, também, que na informação fiscal o próprio autuante admite assistir razão ao autuado quanto às notas fiscais que trouxe aos autos, cujas operações estavam sujeitas ao regime de diferimento do imposto, o que resultou no refazimento dos cálculos e redução do valor do débito.

Acato o resultado trazido pelo autuante na informação, passando o ICMS devido no exercício de 2010 para R\$9.740,90, conforme planilha de fl. 573, ficando mantido o valor originalmente exigido na autuação no exercício de 2011 de R\$2.019,27, totalizando esta infração o valor do ICMS devido de R\$11.760,17.

Observo que o autuado reconheceu e efetuou o pagamento do valor acima referido de R\$11.760,17, conforme comprovante de pagamento acostado aos autos.

Desse modo, esta infração é parcialmente subsistente.

Relativamente à infração 02, não acolho a preliminar de nulidade. O valor do débito se encontra apontado corretamente no Auto de Infração. A indicação da alíquota de 17% não trouxe qualquer ônus para o contribuinte, haja vista que a planilha que fundamenta este item da autuação aponta a diferença de alíquota de 10% e valor do débito correto.

No mérito, considerando a atividade exercida pelo autuado, no caso, fornecedor de refeições coletivas, de fato, descabe a exigência do pagamento do ICMS referente à diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de guardanapos, copos, toalhas de papel, embalagens, kits de talheres de plásticos, potes plásticos, pratos, sacolas plásticas, tampa-potes, e produtos afins, haja vista que não têm a natureza de materiais de uso/consumo do estabelecimento, tratando-se, na verdade, de mercadorias destinadas à comercialização juntamente com a refeição propriamente dita.

Assim sendo, cabe a exclusão dos valores atinentes às notas fiscais de aquisição emitidas pela empresa Sistema de Serviços R.B. Quality Com de Embalagens, bem como das notas fiscais emitidas pelas empresas Alban Ind. e Com. de Embalagens, Truberpel Ind. e Com. de Papel, Cotherpack Ind e Com de Embalagens, Facilit Odont e Perfumaria Ltda (Sanifil), Marcel Refrigeração e Lyons Artes Gráficas, conforme procedido pelo autuante na informação fiscal.

Entretanto, no que diz respeito às notas fiscais emitidas pela empresa Diversey Brasil Indústria Química, concordo com a manutenção da exigência fiscal, haja vista que dizem respeito a produtos destinados a higienização e limpeza, portanto, de uso/consumo do estabelecimento.

Diante disso, acato o resultado trazido pelo autuante na informação fiscal que, após a exclusão dos itens de mercadorias acima referidos, passou o ICMS devido no exercício de 2010 para o valor de R\$11.255,51, conforme demonstrativo de fl.812. Contudo, no que tange ao exercício de 2011, constato que o autuante no seu pronunciamento de fl. 818 concluiu que o valor devido neste exercício é de R\$10.789,56. Ocorre que este valor é incorreto, haja vista que a diferença do ICMS devido foi indicada na planilha de fl. 816 como sendo de R\$9.947,95, valor este que também é incorreto, pois o somatório das parcelas remanescentes, constante da planilha de fl. 816, totaliza o valor de R\$11.631,18 e não de R\$9.947,05, o que resulta no valor total do ICMS devido nesta infração de R\$22.886,74.

Cabe reparo também a multa de 50% indicada no Auto de Infração, nos meses de janeiro e fevereiro de 2010, prevista no art. 42, inciso I, alínea “b”, item 2, da Lei 7.014/96, pois, aplicável aos contribuintes dispensados de escrituração do Registro de Entradas e do Registro de Apuração do ICMS, não sendo o caso do autuado no período objeto da autuação, haja vista que se encontrava na condição de “normal” com forma de apuração do imposto “conta corrente fiscal”.

Desse modo, retifico de ofício a multa para 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº. 7.014/96.

Por derradeiro, quanto à solicitação do impugnante para que as intimações relativas ao presente processo sejam feitas de forma pessoal, direcionadas a Rafael Mallmann, procurador do impugnante, na Av. Carlos Gomes, nº 222, 5º andar, CEP 90480-000, Porto Alegre/RS, consigno que nada obsta que o órgão competente da repartição fazendária assim proceda, entretanto, registro que tal inobservância não implica em nulidade do Auto de Infração, pois as hipóteses de intimação do contribuinte se encontram previstas no art. 108 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

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 279919.0013/12-0, lavrado contra **SODEXO DO BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

pagamento do imposto no valor total de **R\$34.646,91**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas "b" e "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, cabendo homologação do pagamento.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de novembro de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR