

PROCESSO - A. I. N° 206912.0030/11-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.
RECORRIDOS - WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1^a JJF n° 0200-01/17
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/01/2021

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0372-12/20-VD

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. VENDA PARA CONTRIBUINTES ESTABELECIDOS NA BAHIA. **a)** RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **b)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Foi modificada a Decisão recorrida quanto ao item MASSA ISTA ESPA, por se tratar de macarrão instantâneo e, PRESERVATIVOS por se tratar de concessão da isenção, insculpido no art. 32, inciso XVII do RICMS-BA/12, sendo que se abateu do valor equivalente ao do imposto que seria devido se não houvesse a isenção, descontando-o do *preço*. Mantidos os demais itens nos valores da decisão de piso. Modificada parcialmente a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator quanto ao produto preservativo. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto (art. 169, I, “a” do RPAF/99) e Voluntário apresentado (art. 169, I, “b” do RPAF/99) apresentados em relação à Decisão de piso que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2011, que formalizou exigência de ICMS no valor total histórico de R\$221.293,02, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

1. *Procedeu a retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de agosto a dezembro de 2009, janeiro a outubro e dezembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$204.546,77, acrescido da multa de 60%. Consta adicionalmente na descrição da infração que: A falta de retenção e a retenção a menor se relacionam a produtos enquadrados na sub seguintes acordos interestaduais: Para macarrão instantâneo, bolachas, biscoitos e bolinhos, violação das cláusulas 1^a, 2^a e 3^a do Prot ICMS 50/05. Para discos de sistema de leitura por raio laser (“CDs” e “DVDs”), violação das cláusulas 1^a, 2^a, 3^a e 4^a do Prot ICMS 19/85. Para aguardentes, violação das cláusulas 1^a, 3^a e 5^a do Prot. 15/06. Para cremes dentais (pastas dentríficias), absorventes higiênicos, preservativos, escovas dentais, fios dentais, fitas dentais, preparações para higiene bucal e dentária e fraldas descartáveis, violação das cláusulas 1^a, 2^a, 3^a e 4^a do Conv ICMS 76/94. Para ceras, colas e lustra-pneus, violação das cláusulas 1^a, 3^a e 5^a do Conv. ICMS 74/94. Para as lâmpadas, violação das cláusulas 1^a, 2^a, 3^a e 4^a do Prot ICMS 17/85. Para rações animais, violação das cláusulas 1^a, 2^a, 3^a e 4^a do Prot ICMS 26/04. Para bebidas energéticas, violação das cláusulas 1^a, 3^a, 4^a e 4^a-A do Prot. ICMS 11/91 e da Instrução Normativa editada pela Bahia N° 04/09 e alterações posteriores, que implantaram pauta fiscal para fixação da base de cálculo do imposto; para óleos e fluidos, violação das cláusulas 1^a e 3^a do Conv ICMS 03/99. Para coberturas de sorvete, violação das cláusulas 1^a e 2^a do Prot ICMS 20/05. Os demonstrativos anexos (tanto impressos como em mídia, ambos entregues ao contribuinte) - agrupados anualmente por produtos que não tiveram a retenção e produtos que sofreram a retenção a menor do imposto - apontam para cada produto especificado no documento fiscal o acordo interestadual (convênio ou protocolo) ao qual pertence e está enquadrado, com as respectivas margens de valor agregado aplicadas (MVAs), de sorte que tais demonstrativos constituem parte integrante do presente auto de infração;*

2. *Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de agosto a dezembro de 2009, janeiro a outubro e dezembro de 2010, sendo*

exigido ICMS no valor de R\$16.746,25, acrescido da multa de 60%. Consta adicionalmente na descrição da infração que: A falta de retenção e a retenção a menor se relacionam a produtos enquadrados na substituição tributária devida nas operações interestaduais, havendo o descumprimento dos seguintes acordos interestaduais: Para macarrão instantâneo, bolachas, biscoitos e bolinhos, violação das cláusulas 1^a, 2^a e 3^a do Prot ICMS 50/05. Para discos de sistema de leitura por raio laser ("CDs" e "DVDs"), violação das cláusulas 1^a, 2^a, 3^a e 4^a do Prot ICMS 19/85. Para aguardentes, violação das cláusulas 1^a, 3^a e 5^a do Prot. 15/06. Para cremes dentais (pastas dentríficias), absorventes higiênicos, preservativos, escovas dentais, fios dentais, fitas dentais, preparações para higiene bucal e dentária e fraldas descartáveis, violação das cláusulas 1^a, 2^a, 3^a e 4^a do Conv ICMS 76/94. Para ceras, colas e lustra-pneus, violação das cláusulas 1^a, 3^a e 5^a do Conv. ICMS 74/94. Para as lâmpadas, violação das cláusulas 1^a, 2^a, 3^a e 4^a do Prot ICMS 17/85. Para rações animais, violação das cláusulas 1^a, 2^a, 3^a e 4^a do Prot ICMS 26/04. Para bebidas energéticas, violação das cláusulas 1^a, 3^a, 4^a e 4^a-A do Prot. ICMS 11/91 e da Instrução Normativa editada pela Bahia Nº 04/09 e alterações posteriores, que implantaram pauta fiscal para fixação da base de cálculo do imposto; para óleos e fluidos, violação das cláusulas 1^a e 3^a do Conv ICMS 03/99. Para coberturas de sorvete, violação das cláusulas 1^a e 2^a do Prot ICMS 20/05. Os demonstrativos anexos (tanto impressos como em mídia, ambos entregues ao contribuinte) - agrupados anualmente por produtos que não tiveram a retenção e produtos que sofreram a retenção a menor do imposto - apontam para cada produto especificado no documento fiscal o acordo interestadual (convênio ou protocolo) ao qual pertence e está enquadrado, com as respectivas margens de valor agregado aplicadas (MVAs), de sorte que tais demonstrativos constituem parte integrante do presente auto de infração.

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 127 a 133). O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 165 a 171). A 1^a JJF, após análise e discussão em Pauta Suplementar, converteu o feito em diligência à Assessoria Técnica do CONSEF (ASTEC/CONSEF), fl. 174, a fim de que fossem adotadas as seguintes providências pelo Auditor Fiscal diligenciador:

- elaborasse um demonstrativo, totalizando os valores cobrados mês a mês em cada infração, relativamente às operações com produto cobertura para sorvete;
- mediante a análise de uma amostragem significativa, verificasse se nas notas fiscais referentes às operações com preservativos foi informado o valor do ICMS que seria devido caso inexsistisse a isenção do art. 31, XVII, do RICMS/BA. Em caso positivo, a análise deveria ser estendida a todas as operações listadas nas Infrações 1 e 2. Com base nessa análise, deveria ser elaborado um demonstrativo, totalizando os valores cobrados mês a mês em cada infração, relativamente às operações que tivessem a informação do valor do ICMS devido caso inexsistisse a isenção;
- intimasse o autuado a apresentar as notas fiscais tidas como lançadas em duplicidade. Caso ficasse comprovada a alegada duplicidade, deveria o diligenciador elaborar um demonstrativo, totalizando, mês a mês, os valores exigidos na autuação relativamente às operações lançadas em duplicidade.

O Auditor Fiscal diligenciador da ASTEC/CONSEF emitiu o Parecer ASTEC Nº 099/2012 (fls. 177 a 180). Esclareceu que o resultado da análise mais acurada de todos os demonstrativos que dão embasamento às autuações 1 e 2 é de que não somente a notas fiscais indicadas pelo autuado à fl. 131 foram consideradas em duplicidade pelo autuante, mas sim muitas outras notas fiscais. Sugere que dado o número elevado de registros envolvidos na autuação, que as duplicidades, por erro do levantamento fiscal, sejam saneadas pelo autuante.

O autuado cientificado do Parecer ASTEC Nº 099/2012 se manifestou (fls. 203 a 209). Consigna que restou demonstrado que vários produtos foram autuados equivocadamente, a exemplo de *cobertura de sorvete, macarrão instantâneo, cola branca escolar, fluido para radiador, preservativo*, e outros, por diversos motivos. Frisa que na sessão do dia 30/11/2011, o processo foi convertido em diligência à ASTEC para obter maior análise dos documentos autuados e impugnados pela empresa. Diz que assim foi pleiteada diligência somente referente aos produtos: *cobertura de chocolate e preservativo*, bem como para análise da ocorrência de notas fiscais lançadas em duplicidade.

O autuante cientificado do Parecer ASTEC/CONSEF se pronunciou (fls. 285 a 292). Reporta-se sobre os itens abordados pelo diligenciador. Ressalta, contudo, que se predispõe analisar o novo montante levantado pela ASTEC/CONSEF acaso venham aos autos elementos instrutórios que deem suporte a isto.

A 1^a JJF, após análise e discussão em Pauta Suplementar, deliberou pela conversão, novamente, do feito em diligência à Assessoria Técnica do CONSEF – ASTEC/CONSEF (fls. 296/297), para atender as seguintes solicitações:

- que fosse elaborado pelo diligenciador um demonstrativo, totalizando os valores exigidos mês a mês, em cada infração, relativamente às operações com os produtos, macarrão instantâneo, cola branca escolar e fluido para radiador;
- que fosse intimado o autuado a identificar, em sua totalidade, as notas fiscais tidas como lançadas em duplicidade, elaborando planilhas nesse sentido, inclusive a apresentar os referidos documentos fiscais;
- que, após o atendimento das solicitações contidas nos itens 1 e 2, deveria o PAF ser encaminhado à IFEP SERVIÇOS, para que o autuante procedesse a um novo exame quanto ao item 2, ou seja, quanto as duplicidades alegadas pelo autuado, elaborando novas planilhas e demonstrativos, se fosse o caso.

O Auditor Fiscal diligenciador da ASTEC/CONSEF emitiu o Parecer ASTEC Nº 011/2014 (fls. 325 a 327). Manifesta o entendimento de que tal correção, se de fato caracterizar a duplicidade aventureira pelo impugnante, que a seu ver está caracterizada, em especial por conta das notas fiscais agora colacionadas aos autos, só poderá ser efetuada pelo próprio autuante, mesmo porque é quem detém os papéis de trabalho que deram origem as autuações, ademais, poderá observar a necessidade de intimar o autuado a retransmitir os Arquivos SINTEGRA, caso se constate que a duplicidade seja por conta de erros nesses arquivos, com isso refazer todo o Roteiro de Auditoria que deu origem as infrações 1 e 2.

O autuante cientificado do Parecer ASTEC Nº 011/2014 se pronunciou (fls. 330 a 332). Finaliza reiterando que a autuação há de ser mantida incólume na sua inteireza. Mas também continua se predispondo a analisar o novo montante levantado pela Coordenação Técnica acaso venham aos autos elementos instrutórios que deem suporte a isto.

O autuado cientificado do Parecer ASTEC Nº 011/2014 se manifestou (fls. 351 a 355). O autuante cientificado da Manifestação do autuado se pronunciou (fls. 357 a 359). A 1ª JJF, após análise e discussão em Pauta Suplementar, novamente, deliberou pela conversão do feito em diligência à IFEP COMÉRCIO (fls. 363/364) a fim de que Auditor Fiscal estranho ao feito efetuasse revisão fiscal do lançamento atinente às infrações 1 e 2, adotando as seguintes providências:

- verificasse e analisasse se as duplicidades de notas fiscais consideradas no levantamento levado a efeito pelo autuante, de fato, dizem respeito a erros incorridos na apuração ou, erros incorridos pelo autuado na apresentação dos arquivos do SINTEGRA. Caso necessário intimasse o autuado a retransmitir os arquivos SINTEGRA, se fosse caso, com os dados corretos, bem como a apresentar outros elementos de provas que elucidassem a origem das duplicidades;
- após o atendimento da solicitação contida no item 1, elaborasse, se fosse o caso, novas planilhas e demonstrativos com as exclusões que se fizessem necessárias.

O Auditor Fiscal autuante se pronunciou (fls. 367 a 369) e finaliza opinando pela procedência parcial do Auto de Infração. O autuado se manifestou (fls. 417 a 421) querendo que seja julgado nulo/improcedente o Auto de Infração. O autuante se pronunciou (fls. 424 a 435) e faz memória de cálculo referente a valor remanescido, opinando pela procedência parcial do Auto de Infração. A Junta julgadora após de várias intervenções com 03 diligências deliberadas para sanar todas as dúvidas procedeu pela Procedência Parcial nos seguintes termos:

VOTO

Inicialmente, não há como prosperar a arguição defensiva de nulidade do lançamento, haja vista que este foi realizado em conformidade com as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, inexistindo qualquer cerceamento do direito de ampla e do contraditório do contribuinte que, inclusive, o exerceu plenamente, conforme a Defesa inicial e Manifestações posteriores.

Indefiro o pedido de perícia, haja vista que a matéria de que cuida a autuação não exige a participação de perito, sendo de pleno conhecimento dos julgadores. Do mesmo modo, indefiro, também, o pedido de realização de nova diligência, haja vista que as diversas diligências realizadas, permitiram a formação do meu convencimento sobre a decisão da lide.

Diante disso, com fulcro no art. 147, I, “a” e II, “a”, do RPAF/99, indefiro os pedidos de realização de perícia/diligência fiscal.

No mérito, verifica-se que após a revisão fiscal do levantamento - solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal na terceira diligência - levada a efeito pelo próprio autuante, fundamentado nos dados e informações corretas - que anteriormente o impugnante não oferecera -, procedeu aos ajustes e correções indispensáveis e necessários para se chegar à verdade material dos fatos, o que afastou as duplicidades de exigências aduzidas pelo impugnante e confirmadas pelo Auditor Fiscal da Assessoria Técnica do CONSEF (ASTEC/CONSEF), nos

termos dos Pareceres ASTEC N°s 099/2012 e 011/2014, nas duas diligências solicitadas por esta JJF àquele órgão de assessoramento técnico.

Vale lembrar que, conforme relatado, o Auditor Fiscal diligenciador da ASTEC/CONSEF no Parecer ASTEC N° 099/2012 esclareceu que, além das duplicidades aduzidas pelo impugnante, existiam casos em que não ocorreu apenas uma duplicidade, mas sim repetidas em (06) seis vezes, a exemplo da Nota Fiscal n° 435 (Produto ENERGETICO DRINK 6X250ML RED BULL), ou repetida 04(quatro) vezes no caso da Nota Fiscal n°. 399 (Produto COBERT SORV CARAM 12X1KG DU PORTO), todas constantes do demonstrativo de fl. 44, referente à infração 1.

Considero relevante consignar o registro feito pelo diligenciador da ASTEC/CONSEF, no sentido de que o expurgo dessas duplicidades no levantamento fiscal, objeto das duas infrações, exigiria a verificação de mais de 6.000 registros de notas fiscais, na infração 1, e mais de 700 registros, na infração 2, o que extrapolaria o escopo da diligência.

Também não há como deixar de registrar que o Auditor Fiscal autuante, originariamente, realizou de forma correta o levantamento fiscal, haja vista que fundamentado nas informações fornecidas pelo próprio sujeito passivo à SEFAZ/BA, informações estas que, conforme visto na revisão fiscal, foram fornecidas originariamente com os erros acima aduzidos.

Certamente que caberia ao sujeito passivo corrigir as informações fornecidas erroneamente à SEFAZ/BA, para que a Fiscalização pudesse realizar o levantamento com as informações corretas. Este ônus não é da Fiscalização, mas sim do sujeito passivo que é o detentor das informações corretas. A Fiscalização se fundamenta nas informações obtidas do Banco de Dados da SEFAZ. Por óbvio, se estas informações produzidas pelo próprio contribuinte na transmissão de dados de suas operações para a SEFAZ/BA por meio dos arquivos SINTEGRA contêm erros, cabe-lhe a obrigação de proceder à correção e não à Fiscalização.

Conforme dito acima, o autuante realizou a revisão fiscal solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, tendo utilizado os dados retransmitidos pelo autuado de seus arquivos eletrônicos, cujo resultado do trabalho revisional foi o seguinte:

INFRAÇÃO 1 –

*Exercício de 2009 - ICMS devido R\$10.458,40
Exercício de 2010 – ICMS devido R\$95.379,92*

INFRAÇÃO 2

*Exercício de 2009 - ICMS devido R\$1.501,81
Exercício de 2010 – ICMS devido R\$13.916,09*

Observa-se que o resultado da revisão fiscal - que afastou as duplicidades e incorreções existentes no levantamento - foi acolhido parcialmente pelo autuado, remanescendo a lide quanto aos valores exigidos atinentes às mercadorias cola branca escolar, fluido para radiador, preservativos e macarrão instantâneo, sendo o cerne da questão se determinar se estas mercadorias estão ou não sujeitas ao regime de substituição tributária, para manter na autuação - conforme entende o autuante -, ou proceder a exclusão dos valores exigidos - conforme entende o autuado.

Passo a examinar.

No que tange à cobertura para sorvete, assiste razão ao impugnante. Efetivamente, referida mercadoria não está sujeita ao regime de substituição tributária. Mesmo classificada com o código NCM 1806, 1901 e 2106, o entendimento já firmado no âmbito deste CONSEF e mesmo da Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA, aponta no sentido de que, para uma mercadoria ser considerada sujeita ao regime de substituição tributária além do código NCM, necessariamente, a mercadoria deverá estar nominada. No caso da cobertura para sorvete não há na cláusula primeira, § 1º, II, do Protocolo 20/05, qualquer indicação nominal deste produto.

Vale observar que, mesmo o autuado tendo em muitas oportunidades tributado a cobertura para sorvete pelo regime de substituição tributária, isto, por si só, não pode ser determinante para caracterizar e fundamentar a exigência do ICMS-ST. Certamente que incorreu em equívoco o contribuinte quando assim procedeu, haja vista que, reitere-se, descabe a exigência do ICMS-ST quanto a cobertura para sorvete.

Assim sendo, cabe a exclusão dos valores exigidos na autuação – ainda mantidos na revisão fiscal conforme planilhas/demonstrativos elaborados pelo autuante - atinentes à mercadoria cobertura para sorvete no total de R\$9.318,86, sendo R\$4.555,55 referente à infração 1 e R\$4.763,31 atinente à infração 2, conforme demonstrado linhas abaixo.

Quanto ao macarrão instantâneo, efetivamente, o referido produto somente foi incluído no inciso III da cláusula primeira do Protocolo ICMS 50/05, mediante o Protocolo ICMS 80/10, com efeitos a partir de 01/06/2010. Portanto, sob esse aspecto assiste razão ao autuado.

Entretanto, conforme o resultado da segunda diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal à ASTEC/CONSEF, refletido nos termos do Parecer ASTEC N° 011/2014 (fls. 325 a 327), a exigência fiscal

abrangeu o período de ocorrência de 30/06/2010 e 31/07/2010, portanto, período no qual o autuado já estava obrigado a efetuar a retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Diante disso, correta a exigência fiscal.

No que concerne à mercadoria cola branca escolar, o autuado alega que o art. 353 do RICMS/BA exclui da substituição tributária interna o referido produto.

Já o autuante contesta a alegação defensiva, afirmando que novamente há equívoco na interpretação. Diz o autuante que o fato de a cola branca escolar estar fora da tributação antecipada nas operações internas não exclui o contribuinte da sua responsabilidade por substituição nas operações interestaduais, até porque a citada mercadoria não está isenta de imposto nas operações internas nem se submete a qualquer outro tipo de desoneração.

Na realidade, a cola branca escolar está sim expressamente no regime de substituição tributária interna, consoante o art. 353, II, 38, do RICMS/BA/97, vigente à época de ocorrência dos fatos geradores, porém, como produto de papelaria listado no anexo único do Protocolo ICMS 109/09 e no anexo único do Protocolo ICMS 28/10.

Ocorre que nas operações interestaduais o produto cola branca escolar tem como norma pactual aplicável a prevista nos Protocolos ICMS 109/2009 e 28/2010, firmado entre o Estado da Bahia e outros Estados, entre os quais o Estado de Pernambuco **não é signatário**, portanto, descabendo a exigência quanto a este produto.

Diante disso, cabe a exclusão dos valores referentes à cola branca escolar exigidos na infração 1, no total de R\$7,13. Vale registrar que na infração 2, o referido produto não constou do resultado da revisão realizada pelo autuante.

No tocante aos preservativos, assiste razão ao autuante. A isenção prevista no art. 31, XVII, do RICMS/BA/97 - aduzida pelo impugnante - diz respeito a um benefício isencional condicionado.

Ou seja, somente pode ser fruído tal benefício se o contribuinte abater do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido caso não houvesse a isenção e demonstrasse expressamente isso na nota fiscal, na forma determinada pelo Convênio ICMS 116/98.

Correto o entendimento manifestado pelo autuante ao dizer que o autuado ao adquirir o preservativo de um industrial, a operação já está sujeita à substituição tributária, de modo que o industrial procedera à retenção do ICMS, recolhendo-o em favor do Estado de Pernambuco, porém se posteriormente é feita uma operação interestadual, onde as operações subsequentes serão realizadas em outra unidade da Federação, o Estado de Pernambuco deixa de ser o beneficiário do imposto retido antecipadamente e o Estado de destino, no caso o Estado da Bahia, é quem passará a fazer jus ao recolhimento do imposto, pois o fato gerador presumido de que as operações subsequentes se dariam em território pernambucano não mais existe, uma vez que estas ocorrerão agora no território do Estado da Bahia.

Diante disso, correta a manutenção da exigência atinente à mercadoria preservativo.

Relativamente ao produto fluído para radiadores, assiste razão ao autuante. Efetivamente, nos termos da cláusula primeira do Convênio ICMS 03/99, a qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, é do remetente, independentemente de se tratar de industrial ou distribuidor.

Desse modo, correta a exigência quanto ao produto fluído para radiadores.

Diante do exposto, as infrações 1 e 2 são parcialmente subsistentes, sendo que:

- a infração 1, cujo total apurado na revisão fiscal realizada pelo autuante foi reduzido para R\$105.838,31, excluindo os valores referentes ao produto cobertura para sorvetes no total de R\$4.555,55 e os valores referentes ao produto cola branca escolar no total de R\$7,13, fica reduzida para R\$101.275,63;

- a infração 2, cujo total apurado na revisão fiscal realizada pelo autuante foi reduzido para R\$15.417,92, excluindo os valores referentes ao produto cobertura para sorvetes no total de R\$4.763,31, fica reduzida para R\$10.654,61.

O demonstrativo de débito com as exclusões dos valores acima referidos passa a ter a seguinte conformação:

Infração 01- 08.35.02 - ICMS RETIDO A MENOR								
Ocorrência	Vencimento	B. Cálculo (R\$)	Aliq %	Multa (%)	Vlr Histórico (R\$)	Cob. p/Sorvete	C. Branca Esc.	ICMS Dev. Reman.
31/08/2009	09/09/2009	9.477,12	17,00	60,00	1.611,11	-115,15	0,00	1.495,96
30/09/2009	09/10/2009	10.893,88	17,00	60,00	1.851,96	-139,33	0,00	1.712,63
31/10/2009	09/11/2009	8.264,47	17,00	60,00	1.404,96	-202,45	0,00	1.202,51
30/11/2009	09/12/2009	16.581,88	17,00	60,00	2.818,92	-741,12	0,00	2.077,80
31/12/2009	09/01/2010	16.302,65	17,00	60,00	2.771,45	-510,84	0,00	2.260,61
31/01/2010	09/02/2010	11.603,24	17,00	60,00	1.972,55	-569,11	0,00	1.403,44

28/02/2010	09/03/2010	18.790,88	17,00	60,00	3.194,45	-374,96	-2,38	2.817,11
31/03/2010	09/04/2010	22.318,24	17,00	60,00	3.794,10	-515,75	-4,75	3.273,60
30/04/2010	09/05/2010	9.055,53	17,00	60,00	1.539,44	-166,90	0,00	1.372,54
31/05/2010	09/06/2010	41.648,76	17,00	60,00	7.080,29	0,00	0,00	7.080,29
30/06/2010	09/07/2010	46.358,76	17,00	60,00	7.880,99	-809,06	0,00	7.071,93
31/07/2010	09/08/2010	63.450,71	17,00	60,00	10.786,62	-410,88	0,00	10.375,74
31/08/2010	09/09/2010	100.295,24	17,00	60,00	17.050,19	0,00	0,00	17.050,19
30/09/2010	09/10/2010	108.285,00	17,00	60,00	18.408,45	0,00	0,00	18.408,45
31/10/2010	09/11/2010	100.808,47	17,00	60,00	17.137,44	0,00	0,00	17.137,44
31/12/2010	09/01/2011	38.443,47	17,00	60,00	6.535,39	0,00	0,00	6.535,39
Total					105.838,31	-4.555,55	7,13	101.275,63

Infração 02- 08.35.03 - FALTA DE RETENÇÃO DE ICMS

Ocorrência	Vencimento	B. Cálculo (R\$)	Aliq %	Multa (%)	Vlr Histórico (R\$)	Cob. p/Sorvete	C. Branca Esc.	ICMS Dev. Reman.
31/08/2009	09/09/2009	58,12	17,00	60,00	9,88	0,00	0,00	9,88
30/09/2009	09/10/2009	808,06	17,00	60,00	137,37	0,00	0,00	137,37
31/10/2009	09/11/2009	619,76	17,00	60,00	105,36	0,00	0,00	105,36
30/11/2009	09/12/2009	2.325,06	17,00	60,00	395,26	0,00	0,00	395,26
31/12/2009	09/01/2010	5.023,18	17,00	60,00	853,94	0,00	0,00	853,94
31/01/2010	09/02/2010	2.332,06	17,00	60,00	396,45	0,00	0,00	396,45
28/02/2010	09/03/2010	2.422,53	17,00	60,00	411,83	0,00	0,00	411,83
31/03/2010	09/04/2010	2.286,24	17,00	60,00	388,66	0,00	0,00	388,66
30/04/2010	09/05/2010	1.778,35	17,00	60,00	302,32	0,00	0,00	302,32
31/05/2010	09/06/2010	728,41	17,00	60,00	123,83	0,00	0,00	123,83
30/06/2010	09/07/2010	2.505,82	17,00	60,00	425,99	0,00	0,00	425,99
31/07/2010	09/08/2010	5.085,47	17,00	60,00	864,53	-784,52	0,00	80,01
31/08/2010	09/09/2010	22.964,82	17,00	60,00	3.904,02	-3.255,04	0,00	648,98
30/09/2010	09/10/2010	10.859,18	17,00	60,00	1.846,06	-239,21	0,00	1.606,85
31/10/2010	09/11/2010	14.992,12	17,00	60,00	2.548,66	-155,39	0,00	2.393,27
31/12/2010	09/01/2011	15.904,47	17,00	60,00	2.703,76	-329,15	0,00	2.374,61
Total					15.417,92	-4.763,31	0,00	10.654,61

No que tange à arguição de desproporcionalidade e do caráter confiscatório da multa de 60%, saliento que as multas indicadas no Auto de Infração são as previstas no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, para as infrações que foram imputadas ao autuado, não cabendo a este órgão julgador administrativo a apreciação de questões relacionadas à constitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF-BA.

Quanto ao pedido de dispensa ou redução da multa, cumpre observar que, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, falece competência a esta Junta de Julgamento Fiscal.

No tocante a norma prevista no art. 112 do CTN, descabe a sua aplicação no presente caso, haja vista que, após as diversas manifestações do autuado, informações prestadas pelo autuante, e diligências realizadas, não restaram dúvidas que permitissem a aplicação do "in dúvida pro contribuinte", invocado pelo impugnante.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Inconformado com a decisão da JJJ, o recorrente apresenta Recurso Voluntário, nas fls. 474/87.

Inicialmente, em suas razões recursais, relata a tempestividade da peça, reproduz as infrações imputadas, e diz que, após vária diligências restou demonstrado que vários produtos foram autuados equivocadamente, a exemplo de cobertura de sorvete, macarrão instantâneo, cola branca escolar, fluido para radiador, preservativo, e outros, por diversos motivos. Além disso, restou demonstrado que houve consideração em duplicidade de vários itens.

Informa que houve a recomposição dos cálculos, restando alterados os valores iniciais para o fim de retirar os possíveis levantamentos em duplicidade de notas fiscais. Reproduz a ementa da 1ª JJJ que julgou Procedente em Parte a Infração.

Pede reforma da decisão de piso no sentido de julgar Improcedente o Auto de Infração. Assinala que a instância de origem resultou por manter a acusação em relação aos produtos macarrão instantâneo, preservativos e fluido para radiadores, e julgando pela improcedência quanto aos demais produtos.

Volta a reforçar sua defesa, trazendo as argumentações recursais em relação aos produtos remanescentes que alega serem improcedentes:

MACARRÃO INSTANTÂNEO: alega que embora o referido produto consta no Protocolo ICMS

50/2005, a inclusão no regime de substituição tributária no Estado da Bahia só veio a ocorrer a partir de 01/06/2010, quando foi acrescentado ao art. 353 do RICMS, não incidindo sobre a totalidade do período autuado. Reproduz o posicionamento do colegiado de piso.

Afirma que incorreu em equívoco a autuação, pois o referido produto é objeto da infração 1, do referido auto, cujo período compreendido entre 31/08/2009 a 31/12/2010, conforme descrito nas folhas iniciais da autuação. Disse também que consta o referido produto na infração 2, cujo período anterior à vigência da redação conferida ao art. 353 do RICMS.

Pontua que esses produtos foram considerados em período anterior à respectiva inclusão no regime de substituição tributária no Estado da Bahia (efeitos a partir de 01/06/2010), tanto na composição originária do auto de infração, quanto na nova composição que resultou da diligência determinada pela instância de origem, como se extrai do novo demonstrativo de débito anexo à diligência fiscal.

Destaca que o produto “MASSA IST ESPA” trata-se de macarrão instantâneo da marca NISSIN, do tipo espaguete. Explica que foi considerado em todo o período da autuação, mesmo naquele anterior aos efeitos do art. 353 do RICMS/BA, o qual, como registra a própria decisão, teve os efeitos legais atribuídos a partir de 01/06/2010. Ou seja, a decisão é equivocada, e desconsidera a exigência do imposto relativamente a período anterior a 01/06/2010, cuja legislação não exigia ICMS-ST para o produto em questão (macarrão instantâneo).

Sustenta que a decisão de origem incorre em equívoco e deve ser reformada por essa instância recursal quanto à consideração do produto macarrão instantâneo para todo o período autuado.

PRESERVATIVOS: disse que na decisão recorrida explana que os preservativos são isentos, nos termos do art. 31, XVII do RICMS/BA (redação vigente). Consigna que embora o produto goze de isenção, o acórdão recorrido menciona que *“a desoneração apenas se aplica quando ocorra o abatimento do montante de imposto que seria devido do preço da mercadoria, com a indicação da informação no documento fiscal respectivo. O sujeito passivo não comprovou o atendimento à referida obrigação acessória, de modo que as suas operações com preservativos não devem ser tidas por isentas”*.

Destaca que a Recorrente é uma central de distribuição realizando operações de saídas para suas próprias lojas (transferência). Infere que não pode existir abatimento/desconto, simplesmente porque não existe a venda, trata-se de operações de transferência. Pergunta: *“Como poderia a Recorrente ofertar um desconto a ela mesma?”*.

Ressalta que obriga a Recorrente a ofertar um desconto a ela própria é desconhecer/desconsiderar a natureza da operação de transferência. Contudo, citada obrigação acessória não descharacteriza a isenção concedida legalmente para as operações com preservativo. E a ausência da menção do abatimento na nota fiscal constituiu mero descumprimento de obrigação acessória. Cita Roque Antonio Carrazza (in ICMS. 10ª ed. 2005. pág.415), reproduz as ponderações de José Souto Maior Borges, calcadas na doutrina do inolvidável mestre Amílcar de Araújo Falcão.

Frisa que poderá ocorrer o descumprimento de um dever acessório, sem que, no entanto, isto acarrete, por si só, a perda do direito à isenção de ICMS. Transcreve decisão Tribunal Administrativo Tributário do Estado - TATE de Pernambuco (RECURSO ORDINÁRIO REFERENTE AO ACÓRDÃO 1ª TJ N.º 0039/2005(01) AUTO DE INFRAÇÃO SF 005.01143/05-0. TATE 00.258/05-9. AUTUADO: FORMILINE INDÚSTRIA LAMINADOS LTDA. CACEPE: 18.1.170.0207104-1).

Afirma que a Recorrente não responsável pelo recolhimento do ICMS-ST, improcede a exigência fiscal, devendo ser reformada a decisão de origem também quanto a esse aspecto.

FLUÍDO PARA RADIADOR: acosta entendimento da JJF e alega ser equivocado. Explica que a instância de origem desconsiderou o fato de que a Recorrente é uma central de distribuição, e adquire a mercadoria diretamente do industrial. E, para o referido produto o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS é do remetente (industrial), e não da Recorrente. Nesse caso, tratando-se de substituição tributária pelas operações posteriores, onde o imposto relativo ao produto já foi devidamente recolhido pelo industrial, não há que se falar em falta de retenção ou

retenção a menor do ICMS substituição tributária.

Pede pela improcedência da decisão de origem em todos os sentidos, devendo ser reformada para que o presente auto seja julgado totalmente improcedente.

Alega ser desproporcional a multa aplicada, tendo caráter confiscatório e inadmissível a imposição de multa desproporcional ao suposto ilícito cometido. Salienta que o percentual aplicado agrava ainda mais a situação do estabelecimento da Recorrente. Informa que o FISCO esqueceu que a função da penalidade pecuniária é corrigir e não destruir o patrimônio do contribuinte, e muito menos ser utilizada para provocar dano irreparável, eis que o pagamento da multa é classificado como receita derivada, como os tributos, gerando, também, a total improcedência das penalidades aplicadas, além da exigência fiscal, o que afronta o princípio constitucional que veda o confisco (art. 150, IV da CF/88).

Acosta entendimento consolidado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal-STF (ADI 551/RJ, Tribunal Pleno, Relator Min. ILMAR GALVÃO, DJ 14/02/2003, p. 58), cita também lição do Prof. José Carlos Graça Wagner (*in* Cadernos de Pesquisas Tributárias, vol. 4, Sanções Tributárias, Ed. Resenha Tributária, 1990, p. 329) e jurisprudências neste sentido de multa confiscatória, com exclusão ou redução em patamar autorizado (TRF da 1ª Região, REO nº. 01.16560-5/MG, Rel. Juiz Vicente Leal, DJ de 25.02.91, p. 2.856; TRF da 5ª Região, AMS79825/PE, Rel. Desembargador Ridaldo Costa, DJ de 21.09.05, p. 903/7).

Alega *in dúvida* por contribuinte, considerando o benefício da dúvida, conforme art. 112 do CTN, o qual claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte, sendo que se evidencia a certeza da Recorrente em ver desconstituído o Auto de Infração e reformada a decisão recorrida, diante da insubsistência da cobrança, situação que torna o crédito ilíquido, incerto e ilegal.

Finaliza requerendo que:

- seja dado provimento ao presente Recurso, para que seja decretada a total IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração *sub examine*, tendo em vista as razões referidas, que demonstram a fragilidade da acusação fiscal;
- caso não seja esse o entendimento, o que se cogita pelo princípio da eventualidade, que a multa proposta seja cancelada ou, no mínimo, reduzida;
- que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Recorrente (art. 112 do CTN);
- protesta e requer por todos os meios de provas permitidos em direito, bem como por juntada posterior de provas, perícia e diligência fiscal-contábil, e tudo o mais que concorra para a prática da mais lídima justiça.

Em razão do Recurso Voluntário interposto pela Requerente, esta Câmara converteu o presente processo em diligência à Assessoria Técnica do Conselho de Fazenda – ASTEC, a fim de retirar das 2 infrações constantes na acusação os itens que possam ser identificados como massa instantânea no período anterior a 01.06.2010, porquanto a internalização do Protocolo ICMS 50/2005 no Estado da Bahia só veio a ocorrer a partir de 01/06/2010, quando acrescentado ao art. 353 do RICMS/BA.

A diligência foi concluída às fls. 493/495, quando os produtos solicitados a serem retirados foram constatados apenas na infração 2, reduzindo o lançamento de R\$10.654,61 para R\$10.140,54, e o Recorrente foi intimado a se manifestar.

No retorno da diligência, às fls. 502/554, o patrono da empresa se manifesta dizendo que a diligência fiscal foi concluída, expurgando da infração 02 os valores, uma vez que entendeu inexistentes os referidos produtos na infração 01 em período anterior a 01/06/2010. Acosta planilha demonstrativa referente às duas infrações.

Salienta que a redução do crédito tributário, visualizou divergências quanto aos valores constantes para os referidos produtos na planilha originalmente elaborada no Auto de Infração relativamente àqueles encontrados na diligência supra.

Esclarece que para o produto **massa instantânea**, os valores originalmente dispostos na planilha do Autuante compreendem um montante maior que aquele excluído na diligência fiscal. Junta planilha para a devida demonstração.

Sustenta que há uma divergência entre o valor original do auto para o produto em questão que precisa ser esclarecida. Acrescenta que resta consignado no Parecer sob análise não constar na infração 01 o referido produto em período anterior a 01/06/2010, os anexos da própria diligência realizada na instância de origem indicam o contrário. Volta a trazer a demonstração.

Finaliza que há mais itens a serem excluídos relativamente aos produtos objeto da diligência, corroborando os argumentos do seu Recurso Voluntário quanto à nulidade/improcedência do Auto de Infração. Requer que seja realizada uma diligência complementar, ou entendendo esse Órgão Julgador de maneira diversa, sejam acatados os valores postos na presente petição, porquanto amparados na própria composição do Auto de Infração.

Registra-se a presença na sessão de julgamento, via videoconferência, o advogado do Autuado, Dr. Alexandre de Araújo Albuquerque – OAB/BA nº 25.108 e acompanhada da Sra. Lilian Torres.

VOTO (Vencido quanto ao produto preservativo)

Trata o presente, de Recursos de Ofício e Voluntário, decorrentes de decisão de Primeira Instância, que reduziu o lançamento das duas infrações, a primeira, de R\$204.546,77 para R\$101.275,63 e a segunda, de R\$16.746,25 para R\$10.654,62.

Passemos inicialmente às ponderações sobre os fundamentos que resultaram no Recurso de Ofício.

No mérito, verifica-se que após a revisão fiscal do levantamento - solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal na terceira diligência - levada a efeito pelo próprio autuante, fundamentado nos dados e informações corretas - que anteriormente o impugnante não oferecera -, procedeu aos ajustes e correções indispensáveis e necessários para se chegar à verdade material dos fatos, o que afastou as duplicidades de exigências aduzidas pelo impugnante e confirmadas pelo Auditor Fiscal da Assessoria Técnica do CONSEF (ASTEC/CONSEF), nos termos dos Pareceres ASTEC N°s 099/2012 e 011/2014, nas duas diligências solicitadas por esta JJF àquele órgão de assessoramento técnico.

Vale lembrar que, conforme relatado, o Auditor Fiscal diligenciador da ASTEC/CONSEF no Parecer ASTEC N° 099/2012 esclareceu que, além das duplicidades aduzidas pelo impugnante, existiam casos em que não ocorreu apenas uma duplicidade, mas sim repetidas em (06) seis vezes, a exemplo da Nota Fiscal nº 435 (Produto ENERGETICO DRINK 6X250ML RED BULL), ou repetida 04(quatro) vezes no caso da Nota Fiscal nº. 399 (Produto COBERT SORV CARAM 12X1KG DU PORTO), todas constantes do demonstrativo de fl. 44, referente à infração 1.

Considero relevante consignar o registro feito pelo diligenciador da ASTEC/CONSEF, no sentido de que o expurgo dessas duplicidades no levantamento fiscal, objeto das duas infrações, exigiria a verificação de mais de 6.000 registros de notas fiscais, na infração 1, e mais de 700 registros, na infração 2, o que extrapolaria o escopo da diligência.

Também não há como deixar de registrar que o Auditor Fiscal autuante, originariamente, realizou de forma correta o levantamento fiscal, haja vista que fundamentado nas informações fornecidas pelo próprio sujeito passivo à SEFAZ/BA, informações estas que, conforme visto na revisão fiscal, foram fornecidas originariamente com os erros acima aduzidos.

Certamente que caberia ao sujeito passivo corrigir as informações fornecidas erroneamente à SEFAZ/BA, para que a Fiscalização pudesse realizar o levantamento com as informações corretas. Este ônus não é da Fiscalização, mas sim do sujeito passivo que é o detentor das informações corretas. A Fiscalização se fundamenta nas informações obtidas do Banco de Dados da SEFAZ. Por óbvio, se estas informações produzidas pelo próprio contribuinte na transmissão de dados de suas operações para a SEFAZ/BA por meio dos arquivos SINTEGRA contêm erros, cabe-lhe a obrigação de proceder à correção e não à Fiscalização.

Conforme dito acima, o autuante realizou a revisão fiscal solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, tendo utilizado os dados retransmitidos pelo autuado de seus arquivos eletrônicos, cujo resultado do trabalho revisional foi o seguinte:

INFRAÇÃO 1 –

*Exercício de 2009 - ICMS devido R\$10.458,40
Exercício de 2010 – ICMS devido R\$95.379,92*

INFRAÇÃO 2

*Exercício de 2009 - ICMS devido R\$1.501,81
Exercício de 2010 – ICMS devido R\$13.916,09*

Observa-se que o resultado da revisão fiscal - que afastou as duplicidades e incorreções existentes no levantamento - foi acolhido parcialmente pelo autuado, remanescendo a lide quanto aos valores exigidos atinentes às mercadorias cola branca escolar, fluido para radiador, preservativos e macarrão instantâneo, sendo o cerne da questão se determinar se estas mercadorias estão ou não sujeitas ao regime de substituição tributária, para manter na autuação - conforme entende o autuante -, ou proceder a exclusão dos valores exigidos - conforme entende o autuado.

Conforme se verifica no voto recorrido, o próprio banco de dados fornecido pelo contribuinte ao fisco, estava eivado de repetições e duplicidades de documentos que induziram a erro no procedimento. Evidente que não há reparos a fazer ao lançamento quanto a estas correções efetuadas pelo próprio autuante.

Vejamos as exclusões seguintes:

No que tange à cobertura para sorvete, assiste razão ao impugnante. Efetivamente, referida mercadoria não está sujeita ao regime de substituição tributária. Mesmo classificada com o código NCM 1806, 1901 e 2106, o entendimento já firmado no âmbito deste CONSEF e mesmo da Diretoria de Tributação da SEFAZ/BA, aponta no sentido de que, para uma mercadoria ser considerada sujeita ao regime de substituição tributária além do código NCM, necessariamente, a mercadoria deverá estar nominada. No caso da cobertura para sorvete não há na cláusula primeira, § 1º, II, do Protocolo 20/05, qualquer indicação nominal deste produto.

Vale observar que, mesmo o autuado tendo em muitas oportunidades tributado a cobertura para sorvete pelo regime de substituição tributária, isto, por si só, não pode ser determinante para caracterizar e fundamentar a exigência do ICMS-ST. Certamente que incorreu em equívoco o contribuinte quando assim procedeu, haja vista que, reitere-se, descabe a exigência do ICMS-ST quanto a cobertura para sorvete.

Assim sendo, cabe a exclusão dos valores exigidos na autuação – ainda mantidos na revisão fiscal conforme planilhas/demonstrativos elaborados pelo autuante - atinentes à mercadoria cobertura para sorvete no total de R\$9.318,86, sendo R\$4.555,55 referente à infração 1 e R\$4.763,31 atinente à infração 2, conforme demonstrado linhas abaixo(...).

De fato, o protocolo trata de sorvetes ou de preparo para sorvetes em máquina, e não de cobertura para sorvete que é um elemento acessório do sorvete, mas não sorvete propriamente dito, razão porque não há reparos a fazer no lançamento de piso neste aspecto. Vejamos a desoneração subsequente:

No que concerne à mercadoria cola branca escolar, o autuado alega que o art. 353 do RICMS/BA exclui da substituição tributária interna o referido produto. Já o autuante contesta a alegação defensiva, afirmando que novamente há equívoco na interpretação. Diz o autuante que o fato de a cola branca escolar estar fora da tributação antecipada nas operações internas não exclui o contribuinte da sua responsabilidade por substituição nas operações interestaduais, até porque a citada mercadoria não está isenta de imposto nas operações internas nem se submete a qualquer outro tipo de desoneração.

Na realidade, a cola branca escolar está sim expressamente no regime de substituição tributária interna, consoante o art. 353, II, 38, do RICMS/BA/97, vigente à época de ocorrência dos fatos geradores, porém, como produto de papelaria listado no anexo único do Protocolo ICMS 109/09 e no anexo único do Protocolo ICMS 28/10.

*Ocorre que nas operações interestaduais o produto cola branca escolar tem como norma pactual aplicável a prevista nos Protocolos ICMS 109/2009 e 28/2010, firmado entre o Estado da Bahia e outros Estados, entre os quais o Estado de Pernambuco **não é signatário**, portanto, descabendo a exigência quanto a este produto.*

Diante disso, cabe a exclusão dos valores referentes à cola branca escolar exigidos na infração 1, no total de R\$7,13. Vale registrar que na infração 2, o referido produto não constou do resultado da revisão realizada pelo autuante.

De fato, a cola escolar, branca ou colorida, em bastão ou líquida está no protocolo firmado com o Estado de Pernambuco. Aqui se trata de saídas internas, o que não implica em substituição tributária. Mantido o item recorrido.

Assim posto NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício e passo ao exame do Recurso Voluntário.

MACARRÃO INSTANTÂNEO: alega-se que embora o referido produto conste no Protocolo ICMS 50/2005, a inclusão no regime de substituição tributária no Estado da Bahia só veio a ocorrer a

partir de 01/06/2010, quando foi acrescentado ao art. 353 do RICMS, não incidindo sobre a totalidade do período autuado. Reproduz o posicionamento do colegiado de piso.

Destaca que o produto “MASSA IST ESPA” trata-se de macarrão instantâneo da marca NISSIN, do tipo espaguete. Explica que foi considerado em todo o período da autuação, mesmo naquele anterior aos efeitos do art. 353 do RICMS/BA, o qual, como registra a própria decisão, teve os efeitos legais atribuídos a partir de 01/06/2010. Ou seja, a decisão é equivocada, e desconsidera a exigência do imposto relativamente ao período anterior a 01/06/2010, cuja legislação não exigia ICMS-ST para o produto em questão (macarrão instantâneo).

Quanto a este item, foi solicitada diligência para que fossem retirados todos os itens identificados como massa instantânea no período anterior a 01.06.2010, que resultou na redução da infração 2 de R\$10.654,61 para R\$10.140,54 conforme demonstrativo de fls. 494. Intimado a se manifestar sobre o resultado o Recorrente silenciou.

Contudo, na sessão de julgamento o ilustre representante do Recorrente, provou que havia uma manifestação tempestiva, porém, não anexada ao processo em que trouxe contestação à diligência efetuada, por deixar algumas notas fiscais de massa de macarrão instantâneo nas 2 infrações, que obviamente serão prontamente acatadas.

Destaco, contudo, que após verificar o demonstrativo da infração, o produto ora alegado “MASSA IST ESPA”, não foi encontrado nenhum valor cobrado para esta mercadoria. Assim, mantenho o valor julgado pela instância primária.

A alegação do contribuinte de que ainda há cobrança, na infração 1, para o produto “MASSA IST ESPA” em relação ao período anterior à 01/06/2010, está equivocada, pois a demonstração das planilhas feita na sua manifestação é referente à infração 2 e não à imputação 1.

O engano por parte do patrono do ora recorrente, foi que não foi observado que o diligente autuante colocou primeiro todo exercício de 2009 para as duas infrações, indicando cada uma delas o tipo da autuação, a primeira “Demonstrativo de Apuração de ICMS ST Retido a Menor”, a segunda “Demonstrativo de Apuração de ICMS ST Não Retido”, conforme as fls. 372/411.

Modificada, então, a Decisão recorrida quanto ao item massa de macarrão instantâneo, conforme demonstrativo abaixo:

Infração 01- 08.35.02 - ICMS RETIDO A MENOR							
Ocorrência	B.Cálculo (R\$)	Multa (%)	Vlr Histórico (R\$)	Cob. p/Sorvete	C. Branca Esc.	Massa Ist. Espaguete	ICMS Dev. Reman.
31/08/2009	9.477,12	60,00	1.611,11	-115,15	0,00	0,00	1.495,96
30/09/2009	10.893,88	60,00	1.851,96	-139,33	0,00	0,00	1.712,63
31/10/2009	8.264,47	60,00	1.404,96	-202,45	0,00	0,00	1.202,51
30/11/2009	16.581,88	60,00	2.818,92	-741,12	0,00	0,00	2.077,80
31/12/2009	16.302,65	60,00	2.771,45	-510,84	0,00	0,00	2.260,61
31/01/2010	11.603,24	60,00	1.972,55	-569,11	0,00	0,00	1.403,44
28/02/2010	18.790,88	60,00	3.194,45	-374,96	-2,38	0,00	2.817,11
31/03/2010	22.318,24	60,00	3.794,10	-515,75	-4,75	0,00	3.273,60
30/04/2010	9.055,53	60,00	1.539,44	-166,90	0,00	0,00	1.372,54
31/05/2010	41.648,76	60,00	7.080,29	0,00	0,00	0,00	7.080,29
30/06/2010	46.358,76	60,00	7.880,99	-809,06	0,00	0,00	7.071,93
31/07/2010	63.450,71	60,00	10.786,62	-410,88	0,00	0,00	10.375,74
31/08/2010	100.295,24	60,00	17.050,19	0,00	0,00	0,00	17.050,19
30/09/2010	108.285,00	60,00	18.408,45	0,00	0,00	0,00	18.408,45
31/10/2010	100.808,47	60,00	17.137,44	0,00	0,00	0,00	17.137,44
31/12/2010	38.443,47	60,00	6.535,39	0,00	0,00	0,00	6.535,39
	Total		105.838,31	-4.555,55	7,13	0,00	101.275,63

Infração 02- 08.35.03 - FALTA DE RETENÇÃO DE ICMS							
Ocorrência	B. Cálculo (R\$)	Multa (%)	Vlr Histórico (R\$)	Cob. p/Sorvete	C. Branca Esc.	Massa Ist. Espaguete	ICMS Dev. Reman.
31/08/2009	58,12	60,00	9,88	0,00	0,00	0,00	9,88
30/09/2009	808,06	60,00	137,37	0,00	0,00	-37,34	100,03
31/10/2009	619,76	60,00	105,36	0,00	0,00	-49,09	56,27
30/11/2009	2.325,06	60,00	395,26	0,00	0,00	-33,69	361,57
31/12/2009	5.023,18	60,00	853,94	0,00	0,00	-89,61	764,33
31/01/2010	2.332,06	60,00	396,45	0,00	0,00	-14,95	381,50

28/02/2010	2.422,53	60,00	411,83	0,00	0,00	-34,47	377,36
31/03/2010	2.286,24	60,00	388,66	0,00	0,00	-250,72	137,94
30/04/2010	1.778,35	60,00	302,32	0,00	0,00	-4,20	298,12
31/05/2010	728,41	60,00	123,83	0,00	0,00	0,00	123,83
30/06/2010	2.505,82	60,00	425,99	0,00	0,00	0,00	425,99
31/07/2010	5.085,47	60,00	864,53	-784,52	0,00	0,00	80,01
31/08/2010	22.964,82	60,00	3.904,02	-3.255,04	0,00	0,00	648,98
30/09/2010	10.859,18	60,00	1.846,06	-239,21	0,00	0,00	1.606,85
31/10/2010	14.992,12	60,00	2.548,66	-155,39	0,00	0,00	2.393,27
31/12/2010	15.904,47	60,00	2.703,76	-329,15	0,00	0,00	2.374,61
		Total	15.417,92	-4.763,31	0,00	- 514,07	10.140,54

PRESERVATIVOS: alega-se que na decisão recorrida que os preservativos são isentos, nos termos do art. 31, XVII do RICMS/BA (redação vigente). Consigna que embora o produto goze de isenção, o acórdão recorrido menciona que *“a desoneração apenas se aplica quando ocorra o abatimento do montante de imposto que seria devido do preço da mercadoria, com a indicação da informação no documento fiscal respectivo. O sujeito passivo não comprovou o atendimento à referida obrigação acessória, de modo que as suas operações com preservativos não devem ser tidas por isentas.*

Embora seja citado mesmo o art. 31 no voto recorrido, trata-se do art. 32, inciso XVII:

XVII - até 30/04/14, nas operações com preservativos, classificados no código 4014.10.00 da Nomenclatura Brasileira de Mercadorias - Sistema Harmonizado - NBM/SH, desde que o contribuinte abata do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente no documento fiscal (Convs. ICMS 116/98);

Não há dúvidas que o benefício é condicionado, e o Recorrente não provou abatimento do preço no valor equivalente ao imposto devido, nem indicou expressamente nos documentos fiscais.

Contudo, há de se esclarecer as razões pelas quais não entendo caber razão ao Recorrente, pelo fato de não concordar com o argumento de que não faz sentido que se conceda descontos a si mesmo, por se tratar de transferências entre estabelecimentos de mesma titularidade.

No caso, não estamos tratando simplesmente de tributação entre contribuinte da origem e do destino (imposto normal, que pela recente decisão do STF, sequer é devido, pois não incide nas transferências entre estabelecimentos de mesma titularidade).

O que se trata aqui, é de imposto por substituição tributária, em que as operações futuras são antecipadas, abarcando as sucessivas operações até o consumidor final. No caso, ao exigir que o valor do imposto por ST esteja destacado e abatido na nota fiscal de transferência do CD para filial baiana, o fisco quer se certificar de que o preço praticado na aquisição, esteja abatido do valor do imposto, livre do imposto que seria suportado pelo consumidor.

É óbvio que o estado não tem controle sobre o preço final praticado, pois na substituição tributária para frente, em que o contribuinte situado em etapa antecedente da cadeia econômica, assume a responsabilidade de recolher o tributo que seria devido por operação futura, pode resultar no fato do adquirente efetivamente vender a mercadoria por preço superior ou inferior ao previsto no mecanismo de substituição tributária.

Na prática, a própria concorrência cuidará de regular os preços finais, mas quando o legislador fez a previsão de conceder a isenção condicionada ao desconto do imposto, é óbvio que o estado quer se assegurar de que o valor do tributo pelo menos explicitamente não comporá a formação de preços ao consumidor pelo revendedor, no caso, a filial baiana.

Embora não haja absoluta certeza de que tal desconto ao consumidor de fato ocorrerá, não pode o estado abrir mão do único controle formal que dispõe, que é o desconto do valor equivalente ao tributo desonerado no documento fiscal de saída para o destinatário, não importando se é de mesma titularidade ou não, pois ainda que fosse a destinatário diverso, também não haveria como controlar se o preço praticado efetivamente levaria em conta, o valor desonerado da substituição tributária.

Por este prisma (não precisar oferecer descontos a si mesmo), na aquisição por terceiros, poderia

também se alegar que o imposto ainda que não abatido no documento fiscal, não seria repassado, pois o fornecedor já teria efetuado o desconto no preço praticado na aquisição.

Em suma, seja mera transferência, seja venda a terceiros, o controle que o estado pode exercer para influenciar o preço final, com desconto para o consumidor final, é o abatimento correspondente ao tributo, e a obrigação acessória torna-se indispensável para fruição do benefício. Assim posto, mantenho a decisão recorrida quanto a este item.

FLUÍDO PARA RADIADOR: traz o entendimento da JJF, contudo alega ser equivocado. Explica que a instância de origem desconsiderou o fato de que a Recorrente é uma central de distribuição, e adquire a mercadoria diretamente do industrial.

Que, para o referido produto, o responsável pela retenção e recolhimento do ICMS é do remetente (industrial), e não da Recorrente. Nesse caso, tratando-se de substituição tributária pelas operações posteriores, onde o imposto relativo ao produto já foi devidamente recolhido pelo industrial, não há que se falar em falta de retenção ou retenção a menor do ICMS substituição tributária.

Vejamos o que diz o Convênio ICMS 03/99:

Cláusula primeira-Ficam os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários, autorizados a atribuir aos remetentes de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, situados em outras unidades da Federação, a condição de contribuintes ou de sujeitos passivos por substituição, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos, a partir da operação que os remetentes estiverem realizando, até a última, assegurado o seu recolhimento à unidade federada onde estiver localizado o destinatário.

§ 1º O disposto nesta cláusula também se aplica:

I - às operações realizadas com:

a) aditivos, anticorrosivos, desengraxantes, **fluidos**, graxas e óleos de têmpera, protetivos e para transformadores, ainda que não derivados de petróleo, todos para uso em aparelhos, equipamentos, máquinas, motores e veículos;

Postos os argumentos, decidido. De fato, trata-se de mercadoria sujeita à substituição tributária pelo remetente industrial para o Recorrente, que é um Centro Distribuidor, CD, situado no estado de Pernambuco, e que distribui mercadorias para o Estado da Bahia. Na condição de centro distribuidor, com inscrição de substituto tributário, assume a responsabilidade pela substituição tributária para este Estado, vez que o remetente dos fluidos já não tem nenhum controle sobre o destino da mercadoria.

No caso do remetente industrial, se cumpriu a legislação, reteve o ICMS ST para o Pernambuco, tendo destacado o imposto suportado pelo adquirente na aquisição, no caso, o centro distribuidor. Se a mercadoria é repassada a outro Estado, o remetente já não tem qualquer controle ou responsabilidade pela comercialização da mercadoria, e neste caso, cabe a restituição do ICMS ST pago ao Estado de Pernambuco, mediante lançamento a crédito na conta corrente do Recorrente, compensando o imposto suportado na aquisição, e o correspondente lançamento do ICMS ST ao estado destinatário, no caso, a Bahia. Assim, mantenho o item no lançamento.

Quanto ao pedido de dispensa ou redução da multa, conforme esclarecido em decisão de piso, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal, falece competência a este Conselho de Fazenda, assim como discutir a constitucionalidade e o caráter confiscatório de lei ordinária estadual.

Face ao exposto voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao produto preservativo)

Peço licença ao Ilustre Relator, para divergir exclusivamente no que se refere ao item “preservativos”. Penso que nas transferências a exigência de evidenciação contábil do desconto concedido (de uma filial para a outra, é didático repisar) implica distorções contábil-fiscais inconcebíveis, razão pela qual essa exigência, nas transferências (pela terceira vez, para não restar dúvida) não pode ser aplicada.

O direito opera na órbita do contingente; se suas disposições acarretam regramentos inviáveis, inconcebíveis no plano das ideias ou no plano da natureza, tais disposições não podem ser havidas como válidas.

Rememorando, estamos a tratar de um requisito para a concessão da isenção de operações com “preservativos”, que se encontra insculpido no art. 32, inciso XVII do RICMS-BA/12 (já transcrito acima). O dispositivo fala em abatimento do valor equivalente ao do imposto que seria devido se não houvesse a isenção, descontando-o do *preço*. Repita-se: do **preço**. Não se disse do “valor de transferência”, mas do preço. Preço não é qualquer valor, e sim a obrigação sinalagmática do comprador em uma compra e venda.

Reflitamos sobre a finalidade da norma. Há uma política pública desonerativa da mercadoria “preservativo”. Uma isenção dita objetiva. Para a sua consecução, evidentemente que a cada etapa geradora de valor a agregar, isto é, a cada compra e venda ou operação assemelhada, é prudente exigir-se o repasse do desconto - supondo valores diversos entre a aquisição e a transladação - para que o custo da mercadoria não seja onerado pela tributação. No final, o contribuinte de fato e destinatário final da mercadoria terá assegurada a não incidência da tributação, para que seu preço (aí, sim, preço) seja desonerado de tributação.

Ora, quem transfere mercadorias não está a lidar com “preço”. É verdade que em linguagem natural fala-se em preço noutros contextos, mas certamente não há sentido em um contribuinte, titular de um estabelecimento, transferir mercadorias para outro estabelecimento seu aplicando “preço”. Tanto não faz sentido que a Lei Complementar nº 87/96, em seu art. 13, § 4º, vale-se de sucedâneos ao preço para saídas interestaduais de mercadorias oriundas de um estabelecimento e destinadas a outro estabelecimento de mesma titularidade. Quando se vale da voz “preço” (art. 13, § 4º, inciso III da Lei Complementar nº 87/96), trata-se do “*preço corrente no mercado atacadista do estabelecimento remetente*”. Obviamente não é o “preço” praticado entre estabelecimentos, mas o preço corrente, o preço de mercado, auferido indiretamente por meio de pesquisa de mercado.

Ante o exposto, por entender incabível a evidenciação na escrita de transferência do “abatimento” do tributo que seria devido se não fosse isento, obrigando o estabelecimento transmitente a inflar o valor de modo irreal (e impactar toda a sua contabilidade a partir de uma interpretação que não contempla a *ratio essendi* da norma), é que penso que tal exigência não pode ser havida como requisito para a isenção nas transferências.

Após averiguar os demonstrativos das imputações, ora discutidas, não foi encontrado valor a ser cobrado para a infração 1 em relação ao produto preservativo. Só existe cobrança para a infração 2, conforme os demonstrativos abaixo:

DATA	NF	PRODUTO	QUANT	ICMS ST DEVIDO	
10/08/09	19464	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	8	5,38	Ago/2009
10/08/09	19464	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	8	0,00	5,38
08/09/09	3525	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	4	2,69	
08/09/09	3525	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	4	0,00	
08/09/09	3525	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	4	0,00	
08/09/09	3557	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	4	2,69	
08/09/09	3557	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	4	0,00	
08/09/09	3557	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	4	0,00	
08/09/09	3557	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	4	0,00	
08/09/09	3557	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	4	0,00	
08/09/09	3557	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	4	0,00	
08/09/09	3557	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	4	0,00	
08/09/09	3557	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	12	8,07	
30/09/09	9264	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	32	21,77	
30/09/09	9264	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	32	0,00	Set/2009
30/09/09	9264	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	4	2,69	37,91
06/10/09	10342	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	4	2,69	
28/10/09	15528	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	4	2,69	Out/2009
28/10/09	15528	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	8	5,38	10,76
04/11/09	17081	PRESERV LUBRIF BOLSO 12X3UN JONTEX	96	134,01	
04/11/09	17081	PRESERV LUBRIF BOLSO 12X3UN JONTEX	96	0,00	
04/11/09	17081	PRESERV LUBRIF BOLSO 12X3UN JONTEX	96	0,00	
04/11/09	17082	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	4	2,69	
04/11/09	17082	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	4	0,00	
04/11/09	17082	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	4	0,00	
27/11/09	24300	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	4	2,99	

27/11/09	24300	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	4	0,00	
27/11/09	24300	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	4	0,00	
29/11/09	24634	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	4	2,99	
29/11/09	24634	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	4	0,00	
29/11/09	24634	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	4	0,00	
29/11/09	24701	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	20	14,93	
29/11/09	24701	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	20	0,00	Nov/2009
29/11/09	24701	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	20	0,00	157,61
02/12/09	25677	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	8	5,97	
02/12/09	25677	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	8	0,00	
02/12/09	25677	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	8	0,00	
08/12/09	27871	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	40	30,21	
08/12/09	27871	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	40	0,00	
08/12/09	27871	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	40	0,00	
08/12/09	27871	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	16	12,04	
08/12/09	27871	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	16	0,00	
08/12/09	27871	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	16	0,00	
10/12/09	28754	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	4	3,02	
10/12/09	28754	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	4	0,00	
10/12/09	28754	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	4	0,00	
10/12/09	28754	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	4	0,00	
10/12/09	28754	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	4	0,00	
10/12/09	28754	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	4	0,00	
10/12/09	28754	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	4	3,01	
10/12/09	28754	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	4	0,00	
10/12/09	28754	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	4	0,00	
11/12/09	29099	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	20	15,05	
11/12/09	29099	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	20	0,00	
11/12/09	29099	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	20	0,00	
17/12/09	31341	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	4	3,02	
17/12/09	31341	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	4	0,00	
17/12/09	31341	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	4	0,00	
31/12/09	35177	PRESERV LUBRIF BOLSO 12X3UN JONTEX	168	263,60	
31/12/09	35177	PRESERV LUBRIF BOLSO 12X3UN JONTEX	168	0,00	
31/12/09	35177	PRESERV LUBRIF BOLSO 12X3UN JONTEX	168	0,00	
31/12/09	35249	PRESERV LUBRIF BOLSO 12X3UN JONTEX	48	75,31	
31/12/09	35249	PRESERV LUBRIF BOLSO 12X3UN JONTEX	48	0,00	Dez/2009
31/12/09	35249	PRESERV LUBRIF BOLSO 12X3UN JONTEX	48	0,00	411,23
Total de 2009				622,89	
09/01/10	37819	PRESERV LUBRIF BOLSO 12X3UN JONTEX	97	273,73	
09/01/10	37819	PRESERV LUBRIF BOLSO 12X3UN JONTEX	97	0,00	
09/01/10	37819	PRESERV LUBRIF BOLSO 12X3UN JONTEX	97	0,00	
23/01/10	42368	PRESERV JONTEX BOLSO 6X3 UN	10	14,11	
23/01/10	42368	PRESERV JONTEX BOLSO 6X3 UN	10	0,00	
23/01/10	42368	PRESERV JONTEX BOLSO 6X3 UN	10	0,00	
26/01/10	42738	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	24	32,60	
26/01/10	42738	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	24	0,00	
26/01/10	42738	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	24	0,00	
27/01/10	43343	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	8	10,87	
27/01/10	43343	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	8	0,00	Jan/2010
27/01/10	43343	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	8	0,00	331,31
04/02/10	45679	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	11	16,47	
04/02/10	45679	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	11	0,00	
04/02/10	45679	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	11	0,00	
05/02/10	45878	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	15	22,42	
05/02/10	45878	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	15	0,00	
05/02/10	45878	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	15	0,00	
05/02/10	46024	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	4	5,98	
05/02/10	46024	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	4	0,00	
05/02/10	46024	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	4	0,00	
05/02/10	45878	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	11	16,47	
05/02/10	45878	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	11	0,00	
05/02/10	45878	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	11	0,00	
06/02/10	46406	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	11	16,47	
06/02/10	46406	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	11	0,00	
06/02/10	46406	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	11	0,00	
07/02/10	46663	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	15	22,42	
07/02/10	46663	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	15	0,00	
07/02/10	46663	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	15	0,00	
07/02/10	46602	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	8	11,96	
07/02/10	46602	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	8	0,00	
07/02/10	46602	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	8	0,00	
07/02/10	46575	PRESERV LUBRIF BOLSO 12X3UN JONTEX	19	59,20	
07/02/10	46575	PRESERV LUBRIF BOLSO 12X3UN JONTEX	19	0,00	
07/02/10	46575	PRESERV LUBRIF BOLSO 12X3UN JONTEX	19	0,00	
07/02/10	46575	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	74	110,79	
07/02/10	46575	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	74	0,00	

07/02/10	46575	PRESERV LUBRIF CLASSICO 12X3UN YORKTEX	74	0,00	
09/02/10	47297	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	15	22,42	
09/02/10	47297	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	15	0,00	
09/02/10	47297	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	15	0,00	
11/02/10	48021	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	15	22,42	
11/02/10	48021	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	15	0,00	
11/02/10	48021	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	15	0,00	Fev/2010
27/02/10	54367	PRESERV LUBRIF AROMA MORANGO 12X3 YORKTE	24	3,27	330,29
Total de 2010				661,60	

Ante o exposto, assim como o Relator sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para excluir do lançamento, além das mercadorias “massa de macarrão instantâneo”, a mercadoria “preservativo”. Assim, o montante do Auto de Infração é conforme demonstra abaixo:

Infração 02- 08.35.03 - FALTA DE RETENÇÃO DE ICMS								
Ocorrência	B. Cálculo (R\$)	Multa (%)	Vlr Histórico (R\$)	Cob. p/Sorvete	C. Branca Esc.	Massa Ist. Espaguete	Preservativo	ICMS Dev. Reman.
31/08/2009	58,12	60,00	9,88	0,00	0,00	0,00	-5,38	4,50
30/09/2009	808,06	60,00	137,37	0,00	0,00	-37,34	-37,91	62,12
31/10/2009	619,76	60,00	105,36	0,00	0,00	-49,09	-10,76	45,51
30/11/2009	2.325,06	60,00	395,26	0,00	0,00	-33,69	-157,61	203,96
31/12/2009	5.023,18	60,00	853,94	0,00	0,00	-89,61	-411,23	353,10
31/01/2010	2.332,06	60,00	396,45	0,00	0,00	-14,95	-331,31	50,19
28/02/2010	2.422,53	60,00	411,83	0,00	0,00	-34,47	-330,29	47,07
31/03/2010	2.286,24	60,00	388,66	0,00	0,00	-250,72	0,00	137,94
30/04/2010	1.778,35	60,00	302,32	0,00	0,00	-4,20	0,00	298,12
31/05/2010	728,41	60,00	123,83	0,00	0,00	0,00	0,00	123,83
30/06/2010	2.505,82	60,00	425,99	0,00	0,00	0,00	0,00	425,99
31/07/2010	5.085,47	60,00	864,53	-784,52	0,00	0,00	0,00	80,01
31/08/2010	22.964,82	60,00	3.904,02	-3.255,04	0,00	0,00	0,00	648,98
30/09/2010	10.859,18	60,00	1.846,06	-239,21	0,00	0,00	0,00	1.606,85
31/10/2010	14.992,12	60,00	2.548,66	-155,39	0,00	0,00	0,00	2.393,27
31/12/2010	15.904,47	60,00	2.703,76	-329,15	0,00	0,00	0,00	2.374,61
Total	15.417,92		-4.763,31	0,00		- 514,07	-1.284,49	8.856,05

Portanto, o valor remanescente é de R\$110.131,68, sendo que a infração 1 é no valor de R\$101.275,63 e a segunda infração é o valor de R\$8.856,05, conforme indica acima.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER EM PARTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206912.0030/11-8, lavrado contra **WMS SUPERMERCADOS DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$110.131,68**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR (Produto Preservativo) – Conselheiros(as): Henrique Silva Oliveira, Leila Barreto Nogueira Vilas Boas, Eduardo Ramos de Santana e José Raimundo Oliveira Pinho.

VOTO VENCIDO (Produto Preservativo) – Conselheiros: Ildemar José Landin e Maurício Souza Passos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Produto Preservativo)

HENRIQUE SILVA OLIVEIRA – VOTO VENCEDOR
(Produto Preservativo)

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS