

PROCESSO - A. I. Nº 298958.0001/16-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA.
RECORRIDOS - MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA. e FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0080-01/17
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/04/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0055-12/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. Revisão do lançamento para retirada de produtos beneficiados com redução da base de cálculo nas operações internas. Infração 11 procedente em parte. Mantida a Decisão recorrida. **2. FALTA DE RECOLHIMENTO. I) DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. a)** Revisão do débito fiscal em razão da retirada da exigência sobre produtos destinados ao ativo fixo, cuja carga tributária interna correspondeu à alíquota interestadual. Infração 2 procedente em parte. Mantida a Decisão recorrida. **II) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS.** Quanto à infração 10, foi solicitada à ASTEC, análise minuciosa quanto aos itens BALÃO ANIVERSÁRIO, BOIA PISCINA, ESCOVAS, ESPONJAS, MASSA LASANHA E OUTRAS MASSAS, se efetivamente estão na substituição tributária, mediante consulta ao Anexo I do RICMS.A infração acusou que estes itens tiveram saída sem tributação, quando o contribuinte insistiu que por estarem na substituição tributária, não poderiam ter saídas tributadas normalmente. O julgamento recorrido já havia reduzido a infração, tendo acatado apenas os itens Café Descafeinado a Vácuo e Chocolate Granulado. A diligência constatou que estavam também enquadradas no regime de substituição tributária, além dos itens já reconhecidos, massa para pizza, para panqueca, para pastel, macarrão instantâneo, massa para lasanha, esponjas, escovas, balão para aniversário, mantendo os demais itens, porém, com redução da infração, cujo valor já foi pago pelo Recorrente. Infração 10 procedente em parte. Modificada a Decisão recorrida. **3. CRÉDITO FISCAL. a) USO INDEVIDO.** Autuado comprovou ter efetuado o estorno dos créditos fiscais no registro de apuração do ICMS, relativo às aquisições destinadas ao ativo fixo e ao uso e consumo do estabelecimento. Infrações 4 e 5 improcedentes. Mantida a Decisão recorrida. **b) demonstrativo de débito revisado para retirada da exigência sobre entradas de mercadorias que não estavam sujeitas ao regime de substituição tributária.** Infração 6 procedente em parte. Mantida a Decisão recorrida. **c) O Autuado comprovou que parte dos créditos fiscais relativo às entradas de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com**

desoneração do imposto, foram estornados no registro de apuração do imposto. Infração 7 procedente em parte. Mantida a Decisão recorrida. 4. FALTA DE REGISTRO DE DOCUMENTOS FISCAIS. Autuado apresentou registros demonstrando que parte das mercadorias foi efetivamente devolvida, e outra parte foi efetivamente escriturada. Infrações 8 e 9 procedentes em parte. Mantida a Decisão recorrida. Pedidos de diligência e perícia indeferidos. Os demonstrativos e as manifestações do autuado e do autuante foram suficientes para se chegar à verdade material dos fatos. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, interpostos em relação à Decisão de piso que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 29/03/2016, que lançou ICMS no valor total de R\$856.184,32, em decorrência de 11 infrações, contudo, sendo reconhecidas as infrações 1 e 3 pelo contribuinte, restando à lide, as infrações 4, 5 (julgadas improcedentes) e 2, 6, 7, 8, 9, 10 e 11 (julgadas procedentes em parte), conforme descrição abaixo:

Infração 2 (06.01.01) – deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, ocorrido nos meses de fevereiro e maio de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$4.800,15, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96. ROV

Infração 4 (01.02.01) – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, ocorrido nos meses de março, maio e dezembro de 2012 e de janeiro, fevereiro, maio e junho de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$19.194,53, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96. RO

Infração 5 (01.02.02) – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, ocorrido nos meses de março, julho, outubro e dezembro de 2012 e de janeiro a dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$22.584,14, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96. RO

Infração 6 (01.02.06) – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária, ocorrido nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$38.943,21, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96. ROV

Infração 7 (01.02.03) – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, ocorrido nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$178.012,23, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96. ROV

Infração 8 (16.01.01) – deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bem ou serviço sujeito a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, ocorrido nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013, sendo exigida multa no valor de R\$169.550,53, prevista no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96. ROV

Infração 9 (16.01.02) – deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, ocorrido nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013, sendo exigida multa no valor de R\$40.922,51, prevista no inciso XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96. ROV

Infração 10 (02.01.03) – deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, ocorrido nos meses de fevereiro e de abril a dezembro de 2012 e de janeiro a março e de maio a dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$105.632,83, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96. ROV

Infração 11 (03.02.02) – recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, ocorrido nos meses de fevereiro e de abril a dezembro de 2012 e de janeiro a março e de maio a dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de

R\$252.181,66, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.
ROV

O autuado apresentou defesa das fls. 204 a 232. O autuante apresentou informação fiscal às fls. 250/263. O autuado apresentou manifestação fiscal das fls. 439 a 464. O autuante apresentou nova informação fiscal às fls. 468 e 469. A seguir, a Junta decidiu pela Procedência Parcial, com os fundamentos no voto abaixo:

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99. Indefero o pedido de diligência e de perícia requeridas pelo autuado. As informações necessárias para compreensão dos fatos ocorridos, para identificação dos produtos e para cálculo do imposto e multa devidos estão presentes no processo.

Os demonstrativos, as manifestações do autuado e do autuante e os demais documentos acostados ao processo são suficientes para se chegar a verdade material dos fatos, não deixando margem de dúvidas quanto à decisão a ser tomada.

No mérito, a infração 1 não foi contestada pelo autuado, ficando mantida a exigência fiscal no valor de R\$19.493,44.

A controvérsia da infração 2, após a revisão feita pelo autuante à fl. 264, se resumiu ao produto Impressora Código de Barra. A alínea “b” do inciso XIII do art. 266 do RICMS/12 estabelecia à época dos fatos geradores a redução de base de cálculo para impressoras classificadas na NCM 8443 de forma que a carga tributária incidente correspondesse a 7%.

Assim, também não deve ser exigido o pagamento do diferencial de alíquotas sobre este produto, classificado na NCM 8443.32.99, adquirido do Estado de São Paulo pela alíquota de 7%. Desse modo, fica a exigência da infração 2 reduzida para R\$487,02, com data de ocorrência em 28/02/2013.

A infração 3 não foi contestada pelo autuado, ficando mantida a exigência fiscal no valor de R\$4.869,09.

As infrações 4 e 5 foram integralmente reconhecidas pelo autuante como indevidas após análise das argumentações apresentadas pelo autuado em sua defesa. O valor dos créditos fiscais considerados como utilizados indevidamente foram efetivamente estornados no livro de apuração do ICMS. Desse modo, considero as referidas infrações improcedentes.

A controvérsia da infração 6, após revisão feita pelo autuante das fls. 265 a 275, consistiu no tratamento tributário dispensado aos repelentes. O item 25.10 do Anexo 1 do RICMS/12, à época dos fatos geradores (2012), enquadrava na substituição tributária os repelentes exclusivamente para uso domissanitário direto, que é um termo utilizado para identificar os saneantes destinados a uso domiciliar.

Da análise dos repelentes que constam no demonstrativo de débito, observo que são apresentados em embalagens de até 200 ml, o que indica que a sua destinação é para uso domiciliar. Portanto, entendo que os repelentes listados nesta infração estavam incluídos no regime de substituição tributária, sendo indevida a escrituração dos créditos fiscais vinculadas às suas aquisições.

Assim, considero procedente em parte a infração 6, no valor de R\$34.568,00, em concordância com a decisão do autuante de retirar da exigência fiscal os produtos Café Maratá Descafeinado e Iogurte Batavo Soja, no entanto, exclui-se os repelentes desta autuação, por não estarem enquadrados no regime de substituição tributária e conforme demonstrativo de fls. 527/534 – CD fl. 535.

Em relação à infração 7, não restou controvérsia após a revisão efetuada pelo autuante no demonstrativo de débito das fls. 276 a 285. Foram abatidos os valores efetivamente estornados pelo autuado no livro de apuração do ICMS. Infração procedente em parte no valor de R\$88.110,56, conforme demonstrativo das fls. 276 a 285.

Em relação à infração 8, o autuante acatou as argumentações apresentadas pelo autuado e procedeu a revisão do demonstrativo de débito retirando da exigência fiscal as notas fiscais em que foi comprovado ter o fornecedor emitido nota fiscal de entrada em devolução em razão do autuado não ter recebido a mercadoria, bem como retirando as notas fiscais em que ficou comprovado que efetivamente foi escriturada pelo autuado.

Não procede, entretanto, a reclamação do autuado em relação a outras possíveis notas fiscais que também não foram escrituradas por ter ocorrido suposta devolução das mercadorias. O autuado não apresentou as respectivas notas fiscais de devolução emitidas pelos fornecedores e requereu uma perícia para comprovar a improcedência.

Entendo que o autuado deveria ter apresentado as provas em seu favor, se elas existem. A autuação é

procedente, pois está baseada em documento fiscal idôneo emitido por contribuinte sem qualquer indicação posterior de que a operação efetivamente não se realizou. Infração 8 procedente em parte no valor de R\$125.112,41, conforme demonstrativo das fls. 286 a 342

Na infração 9, a controvérsia se assemelhou à ocorrida na infração 8. O autuante acatou as argumentações do autuado baseada nos documentos apresentados (notas fiscais de devolução emitidas pelos fornecedores e livro de entradas), mas não aceitou a apresentação destes documentos de devolução emitidos pelos fornecedores como prova para as demais notas fiscais não escrituradas sob a mesma argumentação de que foram devolvidas aos fornecedores, mas sem apresentação de qualquer documento que comprovasse a afirmação. Ao autuado caberia apresentar as provas de sua alegação, tal como fez em relação à parte das notas fiscais que inicialmente compunha o demonstrativo de débito.

A autuação está baseada em documento fiscal idôneo, emitido por contribuinte do ICMS, sem qualquer indicação posterior de que a operação efetivamente não se realizou. Infração procedente em parte no valor de R\$39.241,92, conforme demonstrativo das fls. 343 a 386.

A infração 10 trata da exigência de ICMS sobre determinadas mercadorias que o autuado considerou como não tributadas em razão de estarem incluídas no regime de substituição tributária. Após o reconhecimento pelo autuante de que as mercadorias Absorventes para Seios, Café Maratá Descafeinado a Vácuo e Chocolate Granulado estavam incluídas na substituição tributária e ter excluído, de modo acertado, do demonstrativo de débito, restou controvérsia sobre outras mercadorias que serão analisadas uma a uma.

Para subsidiar a decisão, busquei pelo nome comercial de cada produto a sua identificação na internet. Passo a relacionar os produtos controversos que não estão enquadrados no regime de substituição tributária, e que, portanto, devem ser mantidos na presente exigência fiscal:

1. Balão de aniversário – não está classificado na NCM 9503, mas na NCM 9505 por ser artigo para festa. Portanto, procedente a reclamação de crédito tributário pela falta de tributação nas saídas. O balão de aniversário é produto da substituição tributária.

2. Bóia para piscina – é classificado na posição NCM 9506 e não estava incluída no regime de substituição tributária.

3. MASSA LASANHA MASSA LEVE 500G; MASSA LASANHA MASSALEVE 1KG; MASSA LASANHA PAULISTA FORNO 500G; MASSA LASANHA SABORINA 500G; MASSA LASANHA VILMA C/ESPIN GOURMET 170G; MASSA LASANHA VILMA C/OVOS DURUM 170G; e MASSA LASANHA VILMA INTEG GOURMET 0170G – são massas frescas e, como tal, passa por processo de pasteurização ou cozimento, não se enquadrando no item 33.1 do Anexo 1 do RICMS/12, que apenas admite no regime de substituição tributária as massas para lasanha não cozidas, que são aquelas submetidas exclusivamente a processo de desidratação e secagem.

4. MASSA FOLHADA MASSA LEVE LAM 300G – massa folhada não é macarrão, talharim, espagete, massas para sopas e lasanha, nem outras preparações similares. Portanto, não está na Substituição tributária.

5. MASSA INST MAGGI LAMEN CNE 85G – massa recheada com carne não está na Substituição tributária.

6. MASSA LUIGGI P/PASTEL 200G, MASSA LUIGGI P/PASTEL 400G, MASSA LUIGGI P/PASTEL 500G, MASSA LUIGGI PASTEL ROLO 1KG, MASSA M.LEVE P/PASTEL DISCAO 500G, MASSA MEZZANI PASTEL ROLO 500G, MASSA MEZZANI PASTEL ROLO GRANEL 1KG, MASSA PASTEL MASSA LEVE 200G, MASSA PASTEL MASSA LEVE ROLO 1KG, MASSA PASTEL MASSA LEVE ROLO 400G, MASSA PASTEL MEZZANI 500G, MASSA PASTEL MEZZANI CUMB 200G, MASSA PASTEL PAULISTA FESTA 200G, MASSA PASTEL PAULISTA QUAD 1KG, MASSA PASTEL PAULISTA REDONDA 1KG, MASSA PASTEL PAULISTA REDONDA 500G, MASSA PASTEL PAULISTA ROLO 1KG, MASSA PASTEL SABORINA 200G, MASSA PASTEL SABORINA 500G, MASSA PASTEL SABORINA QUADRADO 20X20 2KG, MASSA PASTEL SABORINA ROLO 1KG, MASSA PASTEL SABORINA ROLO 2KG e MASSA PASTEL SABORINA ROLO 500G – massas para pastel não é macarrão, talharim, espagete, massas para sopas e lasanha, nem outras preparações similares. Portanto, não está na Substituição Tributária.

7. MASSA PANQUECA MASSA LEVE 300G – massas para panqueca não é macarrão, talharim, espagete, massas para sopas e lasanha, nem outras preparações similares. Portanto, não está na Substituição Tributária.

8. MASSA PIZZA MASSA LEVE BROTINHO 300G, MASSA PIZZA MASSA LEVE FRIGID C/10, MASSA PIZZA MEZZANI 2X1 300G, MASSA PIZZA MEZZANI BROTINHO 500G, MASSA PIZZA MEZZANI FRIGIDEIRA 270G, MASSA PIZZA PAULISTA BROTINHO 300G, MASSA PIZZA SABORINA BABY 300G, MASSA PIZZA SABORINA BROTINHO C/8 300G, MASSA PIZZA SABORINA FRIGID 300G, MASSA

PIZZA SABORINA MEDIA 300G e MASSA PIZZA SABORINA QUADRADA C/10 400G - massas para pizza não é macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, nem outras preparações similares. Portanto, não está na Substituição Tributária.

Por outro lado, entendo que os itens a seguir relacionados estão incluídos na substituição tributária e, portanto, devem ser excluídos da presente exigência fiscal:

1. ESCOVA BETTANIN UNHA, ESCOVA SANTA MARIA TANQUE OVAL, ESCOVA SKT BETTANIN e ESCOVA BETTANIN ESFREBOM UNHA – são produtos de limpeza e se enquadram no item 25.41 do Anexo 1 do RICMS/12. O termo unha utilizado na descrição do produto não significa que é uma escova utilizada na higiene pessoal, mas que é um produto de limpeza cuja manipulação não estragam as unhas, pois possui formato que impede o contato com o local onde será utilizado.

2. ESPONJA BETTANIN ESFREBOM UNHA – também é produto de limpeza e se enquadra no item 25.13 do Anexo 1 do RICMS/12. O termo unha utilizado na descrição do produto não significa que é uma esponja utilizada na higiene pessoal, mas que é um produto de limpeza cuja manipulação não estragam as unhas, pois possui formato que impede o contato com o local onde será utilizado.

3. LASANHA SORA SOJA/TRIGO SEMOLA 500G e LASANHA VITARELLA SEMOLA 500G não são massas frescas. É massa submetida a processo de desidratação e secagem, se enquadrando no item 33.1 do Anexo 1 do RICMS/12. Quanto aos supostos créditos fiscais relativos às entradas de mercadorias vinculadas às saídas que foram objeto de exigência fiscal na infração 10, que o autuado alega ter direito, deve ser requerido junto ao titular da repartição fiscal de seu domicílio tributário a autorização para uso extemporâneo, conforme estabelecido no art. 315 do RICMS/12. Dessa forma, fica a infração 10 procedente em parte no valor de R\$53.461,86 para o exercício de 2012 e no valor de R\$32.767,30 para o de 2013, totalizando no valor de R\$86.229,17, nos termos do demonstrativo de débito das fls. 477/504 - CD .

Em relação à infração 11, assiste razão ao autuado acerca da cobrança indevida sobre o composto lácteo no período de 01/08/2013 a 31/12/2013, pois havia previsão da redução de base de cálculo no inciso XXV do art. 268 do RICMS/12. Reconheço como correta a decisão do autuante de retirar a exigência fiscal sobre os cremes vegetais por tratarem-se de margarinas, cuja previsão de redução de base de cálculo para uma carga tributária de 7% estava prevista no inciso XXVII do art. 268 do RICMS/12.

Quanto ao crédito fiscal que o autuado entenda deva ser apropriado em razão de eventuais estornos realizados em decorrência da indevida redução de base de cálculo aplicada nas saídas subsequentes que foram objeto da exigência fiscal contida nesta infração, o autuado deve requerer junto ao titular da repartição fiscal de seu domicílio tributário autorização para uso extemporâneo, nos termos do art. 315 do RICMS/12.

Assim, fica procedente em parte a infração 11 no valor de R\$241.529,46, conforme demonstrativo das fls. 505/526 - CD na fl.535, com a retirada da exigência fiscal sobre composto lácteo, no período de 01/08/2013 a 31/12/2013, e sobre creme vegetal.

Assim, voto PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, ficando o lançamento tributário reduzido para R\$640.674,99.

A JJF recorreu de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “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.

Insatisfeito, o contribuinte apresente o Recurso Voluntário, adiante transcrito, em resumo.

INFRAÇÃO 8 – Anexa notas fiscais de devolução emitidas pelos fornecedores. Também conseguiu identificar notas que foram regularmente escrituradas. Requer o cancelamento da infração 8.

INFRAÇÃO 9 – Alega que se recusou a receber mercadorias e não fez o registro da nota fiscal e anexou notas de devolução dos fornecedores. Requer o cancelamento da infração.

INFRAÇÃO 10 – Diz haver comprovado que os produtos autuados estão no Anexo 1 do RICMS, sujeitas ao regime de substituição tributária, motivo pelo qual não teria saídas tributadas.

A decisão de piso, manteve os seguintes itens:

- BALÃO ANIVERSÁRIO – a autuante informa que embora a recorrente tenha classificado na NCM 9503.00.99, em contraposição a autuante informa que a verdadeira classificação fiscal do produto é BALÃO JUNCO e BALÃO LISO NCM 9505.90.00.
- BOIA PISCINA - a autuante informa que embora a recorrente tenha classificado na NCM

9503.00.99, em contraposição a autuante informa que a verdadeira classificação fiscal do produto é BOIA MOR BRAÇO, E BOIA MOR C/FRALDA NCM 9605.99.00.

- ESCOVAS - Há divergência entre a autuante e a recorrente quanto à classificação do produto e sua respectiva NCM.
- ESPONJAS – o autuante afirma que tais produtos não são de limpeza, há divergência com o recorrente.
- MASSA LASANHA – a fiscalização incluiu no regime de substituição tributária. O autuante informa que é massa fresca sujeitando-se à ST, que não se trata de massa cozida. Há divergência com o recorrente.

Apresenta a seguir uma série de itens com divergência de entendimento: massa folhada, macarrão instantâneo, massa pastel, massa panqueca, massa pizza.

Invoca o princípio da verdade material e pede por diligência à ASTEC para os devidos esclarecimentos.

À fl. 581, foi solicitada diligência à ASTEC quanto às dúvidas da infração 8 e da infração 10, para verificação das provas apresentadas e retificar o lançamento, inclusive com eventuais consultas às notas fiscais de fornecedores, para verificar se foi destacado o imposto por substituição tributária.

À fl. 584, o Recorrente apresenta informação de adesão ao programa CONCILIA BAHIA, reconhecendo e pagando totalmente as infrações 2 e 11, e parcialmente as infrações 7 e 10, no total de R\$252.181,66.

Nas fls. 591/95, o fiscal diligente da ASTEC apresenta relatório nos seguintes termos, em resumo:

Que na infração 8 muitas notas fiscais não estavam canceladas, conforme constatado em consulta ao portal da nota fiscal eletrônica, sendo que as que foram comprovadas como canceladas, já foram excluídas pelo autuante, mantendo o valor de R\$125.112,41 apurado pelo autuante nas fls. 286/342.

Em relação à infração 9, ocorreu situação idêntica ao apurado na infração 8, mantendo o valor encontrado pelo autuante na informação fiscal, de R\$39.241,92, fls. 343/386.

Em relação à infração 10, o Recorrente apresentou planilha contendo os valores correspondentes às mercadorias com ST que constam no auto. O autuante já havia acatado os itens café torrado, moído, absorventes para seios, chocolate granulado mantendo os demais. Foram excluídos da autuação todos os valores referentes às mercadorias e NCM que constam no anexo I, conforme planilha no CD à fl. 147 da impugnação, e após as devidas exclusões totalizou a infração 10 em R\$69.849,05, já reconhecido e pago pelo Recorrente.

O Recorrente se manifestou às fls. 634/36. Quanto ao item 10, concorda com a conclusão da diligência. Com relação à infração 8 reitera os termos da defesa e requer sejam acatadas as provas colacionadas aos autos. Quanto ao item 9, da mesma forma como ocorrido no 8, as notas colacionadas foram de mercadorias que foram devolvidas e sequer chegaram a adentrar o estabelecimento. Reitera as razões recursais.

O autuante se manifesta às fls. 641/42, concorda com a diligência da ASTEC inclusive com da infração 10, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis.

VOTO

Trata o presente, de Recurso de Ofício e também Voluntário, decorrentes de julgamento parcialmente procedente na primeira instância deste Conselho de Fazenda. De início, passo ao julgamento do Recurso de Ofício, decorrente da improcedência ou procedência parcial de diversas infrações.

A infração 2, decorrente de diferença de alíquotas em compras para o ativo fixo, inicialmente com o valor lançado de R\$4.815,15, foi reduzida para R\$487,02. Tal redução, foi feita pelo próprio autuante, ao constatar que à época dos fatos geradores, o item “impressora código de barra” gozava de redução de base de cálculo, com carga tributária correspondente a 7%, a mesma alíquota da origem, no Estado de São Paulo, razão pela qual não era cabível a diferença de alíquotas. Mantido o julgamento recorrido.

Infração 2 parcialmente procedente.

As infrações 4 e 5, crédito fiscal indevido, compras para o ativo e material de uso e consumo, foram reconhecidas como improcedentes na informação fiscal. À fl. 254, o autuante explica que no caso da infração 4, analisou a EFD do contribuinte e constatou que houve estornos dos créditos indevidamente lançados. Quanto à infração 5, também constatou o estorno dos créditos indevidos, razão porque o lançamento efetivamente não procede.

Mantida a decisão recorrida de ofício. Infrações 4 e 5 improcedentes.

A infração 6, trata de crédito indevido, por aquisição de mercadoria sujeita à substituição tributária. Já na informação fiscal, o autuante reconhece que o Café Maratá Descafeinado e o iogurte batavo soja não estavam na ST. O Anexo 1 do RICMS aponta o café torrado ou moído, e não o descafeinado. Quanto ao iogurte, o Anexo 1 aponta o produto iogurte com a NCM 0403.1, e a do iogurte batavo soja, é NCM 2202900.

Mantida a decisão recorrida. Infração 6 procedente em parte.

A infração 7, decorreu de uso de crédito referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção fiscal. O autuante reconheceu, que assim como nas infrações 4 e 5 houve estorno de parte desses créditos indevidos após análise da EDF do recorrente, reduzindo a infração, inicialmente de R\$178.012,23 para R\$88.110,56.

As infrações 8 e 9, multa formal de 1%, com valor inicial de R\$169.550,53 e R\$40.922,51, pela falta de registro de entradas de mercadorias, o autuante na informação fiscal, acatou várias aquisições, cuja devolução foi comprovada por emissão de nota fiscal de entrada do próprio fornecedor.

Infrações 8 e 9 procedentes em parte. Mantida a decisão recorrida de ofício.

A infração 10, trata de saída de mercadorias tributáveis como não tributáveis. Contudo, ficou comprovado que diversas mercadorias, como absorventes para seios e chocolate a vácuo, são tributadas normalmente.

De fato, fazendo uma varredura no Anexo I do RICMS, não foi possível encontrar absorventes para seios, nem chocolate a vácuo. O lançamento inicial, de R\$205.632,83 foi reduzido para R\$86.229,17.

Mantida a decisão recorrida. Infração 10 parcialmente procedente.

A infração 11 trata de alíquota diversa da prevista na legislação. O próprio autuante reconhece que as margarinas têm previsão de redução de base de cálculo para carga tributária de 7%, prevista no inciso XXVII, do art. 268 do RICMS/2012, sendo reduzida a infração de R\$252.181,66, para R\$241.529,46.

Infração 11 parcialmente procedente. Mantida a decisão recorrida.

Passando ao exame do Recurso Voluntário. Conforme peça recursal, o contribuinte se insurgiu contra o resultado do julgamento das infrações 8, 9 e 10.

Constato que à fl. 584 e seguintes, há comunicação do Recorrente acerca do pagamento, em razão do programa CONCILIA BAHIA, do valor integral de R\$4.800,15 da infração 2, embora o julgamento de piso tenha julgado procedente o valor de R\$487,02, sendo que tal infração não foi contestada no Recurso Voluntário.

Pagou também o valor de R\$118.422,12, referente à infração 7, embora o julgamento de piso tenha julgado procedente o valor de apenas R\$88.110,56, embora também não faça parte do Recurso Voluntário apresentado.

Também pagou o valor de R\$69.849,04, referente à infração 10, sendo que foi julgado procedente em parte o valor de R\$86.229,17. Tal valor coincide com o que foi apurado em diligência, conforme relatório à fl. 595, que ainda será devidamente apreciado neste voto. Esta infração faz parte do Recurso apresentado.

Recolheu ainda, o valor de R\$252.181,66, referente à infração 11, cujo valor foi julgado procedente em parte no valor de R\$ 241.529,46, mas que também deixou de fazer parte da lide, visto não ter sido questionada no Recurso Voluntário.

O Recorrente apresenta DAE no valor total principal de R\$445.252,95, e que o pagamento foi realizado no dia 21.12.2018. Pede que seja mantida apenas a discussão administrativa dos débitos que não foram indicados, tendo em vista que parte das infrações exigidas na autuação se encontram extintas por pagamento, bem como pede o reconhecimento dos valores recolhidos.

Assim, passo ao exame do Recurso Voluntário.

Dos 3 itens contestados (infrações 8, 9 e 10). Foi solicitada diligência à Assessoria Técnica do Conselho de Fazenda – ASTEC, no que diz respeito aos argumentos do Recorrente, de que nas infrações 8 e 9, a parte remanescente do julgamento, estaria comprovada a devolução de mercadorias, com notas emitidas pelos próprios fornecedores, além de outras se encontrarem registradas.

O fiscal diligente informou às fls. 591/92, que após análise e confronto das alegações apresentadas, as notas fiscais que foram canceladas ou devolvidas, já foram excluídas pelo autuante, e não há outras comprovações de cancelamento da nota fiscal ou emissão de notas de devolução a serem consideradas.

Que ao consultar o portal da Nota Fiscal eletrônica, constatou que não foram canceladas, como informou a defesa, ficando mantidos os valores apurados na informação fiscal e mantidos no julgamento de piso.

O recorrente reitera sua defesa, contudo sem comprovar as devoluções ou o registro das entradas. A simples negativa do cometimento da infração, não pode ser considerada, devendo se elidir a acusação fiscal, mediante provas materiais, que após diligência, comprovou que efetivamente o valor remanescente diz respeito às aquisições com ausência de registros nos livros de entrada, bem como a validade das notas fiscais emitidas pelo fornecedor, e sem qualquer registro de emissão de notas fiscais de devolução.

Assim posto, mantenho a decisão recorrida. Infrações 8 e 9 procedentes em parte.

Quanto à infração 10, foi solicitada à ASTEC, análise minuciosa quanto aos itens BALÃO ANIVERSÁRIO, BOIA PISCINA, ESCOVAS, ESPONJAS, MASSA LASANHA E OUTRAS MASSAS se efetivamente estão na substituição tributária, mediante consulta ao Anexo I do RICMS.

A infração acusou que estes itens tiveram saída sem tributação, quando o contribuinte insistiu que por estarem na substituição tributária, não poderiam ter saídas tributadas normalmente. O julgamento recorrido já havia reduzido a infração de R\$105.632,83 para R\$86.229,17, tendo acatado apenas os itens Café Descafeinado a Vácuo e Chocolate Granulado.

A diligência constatou que estavam também enquadradas no regime de substituição tributária, além dos itens já reconhecidos, massa para pizza, para panqueca, para pastel, macarrão instantâneo, massa para lasanha, esponjas, escovas, balão para aniversário, mantendo os demais itens, porém, com redução da infração para R\$69.849,05, cujo valor já foi pago pelo Recorrente.

Assim posto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário. Auto de Infração

PROCEDENTE EM PARTE, conforme o demonstrativo abaixo:

INF.	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULG-JJF	VLR. JULG-CJF	MULTA	RESULTADO
01	19.493,44	19.493,44	19.493,44	60%	RECONHECIDA
02	4.800,15	487,02	487,02	60%	PROC. EM PARTE/N.PROVIDO (RO)
03	4.869,09	4.869,09	4.869,09	60%	RECONHECIDA
04	19.194,53	0,00	0,00	60%	IMPROCEDENTE/N.PROVIDO (RO)
05	22.584,14	0,00	0,00	60%	IMPROCEDENTE/N.PROVIDO (RO)
06	38.943,21	34.568,00	34.568,00	60%	PROC. EM PARTE/N.PROVIDO (RO)
07	178.012,23	88.110,56	88.110,56	60%	PROC. EM PARTE/N.PROVIDO (RO)
08	169.550,53	125.112,41	125.112,41	-----	PROC. EM PARTE/N.PROVIDOS (ROV)
09	40.922,51	39.241,92	39.241,92	-----	PROC. EM PARTE/N.PROVIDOS (ROV)
10	105.632,83	86.229,17	69.849,05	60%	PROC. EM PARTE/N.P. – P.PROV. (ROV)
11	252.181,66	241.529,46	241.529,46	60%	PROC. EM PARTE/ N.PROVIDO (RO)
Total	856.174,32	639.641,07	623.260,95		

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 PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0001/16-4**, lavrado contra **MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$458.906,62**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b” e “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$164.354,33**, previstas nos incisos IX e XI do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS