

A. I. N° - 279462.0013/19-6
AUTUADA - ATACADÃO S/A
AUTUANTES - ANNA CRISTINA R. NASCIMENTO e NILDA BARRETO SANTANA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 14.07.2021

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0070-05/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. ERRO NA FIXAÇÃO DAS ALÍQUOTAS E NA DETERMINAÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA. Infrações 01 e 02. Operações de saídas levadas a registro na escrita fiscal. Ocorrências impugnadas pelo sujeito passivo, objeto de revisão. Exclusão das mercadorias beneficiadas com isenção do imposto e sujeitas ao regime da substituição tributária. Ajustes no lançamento para excluir também os valores em que houve repercussões tributárias entre as infrações, ou seja, reenquadramentos dos fatos autuados de uma ocorrência em outra, implicando em mudança de critério jurídico. Rejeitadas as arguições de nulidade. Indeferido o pedido de remessa dos autos para a realização de novas diligências. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 09/09/2019, para a exigência de ICMS, no valor principal de R\$122.064,05, mais acréscimos legais, contendo as seguintes imputações fiscais:

Infração 01 – 03.02.02 – Recolheu a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Conforme consta no Relatório Demonstrativo de Débito a Menor – Erro na aplicação da alíquota NF (CFOP x UF) - Exercícios de 2015 e 2016. Anexo I. Valor exigido: R\$6.819,04. Ocorrência verificada nos meses de janeiro a dezembro de 2015; e meses de janeiro a dezembro de 2016. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 03.02.02 – Recolheu a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Conforme consta no Relatório Demonstrativo de Débito a Menor – ECF - Erro na determinação da Carga Tributária - Exercícios de 2015 e 2016. Anexo II. Valor exigido: R\$115.245,01. Ocorrência verificada nos meses de janeiro a dezembro de 2015; e meses de janeiro a junho de 2016. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “a” da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do lançamento, através de intimação pessoal, ocorrida em 12/09/2019 e ingressou com defesa administrativa, protocolada em 11/11/2019, em petição subscrita por procurador, habilitado a atuar no presente PAF pelo instrumento de procura juntado às fls. 50/59, verso.

Após fazer um registro dos fatos que conduziram às exigências fiscais, destacou como questão preliminar a falta de subsunção/fundamentação dos fatos apontados como infrações e a normas citadas na peça de lançamento, vício que conduzira à nulidade do Auto de Infração. Frisou que o lançamento em lide é inepto, implicando em cerceamento do direito de defesa.

Caso seja superada essa preliminar a defesa, no mérito, afirma que as exigências fiscais não devem prevalecer. Pede a exclusão dos seguintes produtos das infrações 01 e 02, cujas saídas se deram através de notas fiscais e de Equipamentos Emissores de Cupom Fiscal (ECF):

EXERCÍCIO DE 2015

- Pescados elencados no art. 265, II, "e" do RICMS, vigente até 31/05/2016, alcançando filé de peixe polaca alaska (NCM 03049900), isento do ICMS – aponta os valores às pags. 42/43;
- Produto congelado, que não sofre alteração do seu estado natural, conforme art. 265, inc. I, alínea "a" do RICMS (RF SELETA LAR CONG. - NCM 07109000), isento do ICMS - aponta valores à pág. 42;
- Sidra sem álcool (NCM 22021000), classificado na categoria de refrigerante, inserido no item 37, do Anexo I, do RICMS - aponta os valores às págs. 42/44;
- Amendoim (NCM 20081100), classificado na categoria de salgadinhos diversos, enquadrado, no item 38, do Anexo I, do RICMS - aponta valores às págs. 43/44;
- Macarrão (NCM 19021100), sujeito à alíquota de 7%, conforme art. 16, inc. I, alínea "a" da Lei nº 7.014/96 - aponta os valores às págs. 43/44;
- Produto sujeito à substituição tributária (NCM 95030099), item 7, do Anexo I do RICMS (Balão 7, São Roque Uso cristal e outros) - aponta valores às págs. 43/44.

EXERCÍCIO DE 2016

- Produto sem limite de gramagem, conforme tem 11.6 do Anexo I do RICMS - coberturas de chocolate (NCM 18069000) – aponta os valores às págs. 45/46;
- Kit banheiro e lixeira, produto do regime de substituição tributária, item 8.14, do Anexo I, do RICMS (NCM 39249000) - aponta valores à pág. 45;
- Amendoim (NCM 20081100), classificado na categoria de salgadinhos diversos, enquadrado, no item 38, do Anexo I do RICMS - aponta valores à pág. 45;
- Produto congelado, que não sofre alteração do seu estado natural, conforme art. 265, inc. I, alínea "a" do RICMS (FUNGHI, BROCOLIS, COUVE FLOR E ERVILHA - NCM 07123900; 07108000; e, 071022100), isento do ICMS - aponta valores às págs. 45/47;
- Produto do item 11.31.1, do Anexo I, do RICMS, a partir de 01/06/2016, enquadrado no regime de substituição tributária - Banha (NCM 150111000), aponta valores às págs. 45/46;
- Sidra sem álcool (NCM 22021000), classificado na categoria de refrigerante, inserido no item 37, do Anexo I, do RICMS - aponta os valores à pág. 46;
- silicone Gel, produto enquadrado no item 8.4, do Anexo I do RICMS, no regime de substituição tributária - aponta valores à pág. 46;
- Produtos tributados à alíquota de 17% - desodorante e loção hidratante - aponta valores à pág. 47;
- Produto automotivo, enquadrado no item 1.105, do Anexo I do RICMS, enquadrado no regime de substituição tributária - tapetes - aponta valores à pág. 47;
- Produto com mais de 1 kg, enquadrado no item 11.10.2, do Anexo I, do RICMS, no regime de substituição tributária - aponta valores à pág. 47;
- FECOP - Lei nº 13.461, com efeito somente a partir de 10/03/2016 - produtos água oxigenada e desodorante nívea roll-on - aponta valores à pág. 47;
- bebida alcoólica, produto enquadrado no regime da substituição tributária - item 2.24 do RICMS - Kit Salton espumante - aponta valores à pág. 47.

Formula ao final pedido de remessa dos autos para a realização de perícia técnica, caso este órgão julgador não entenda de plano pelas indevidas cobranças. Indica assistentes técnicos qualificados à página 56 dos autos.

Finaliza a peça de defesa pedindo que a mesma seja acolhida para declarar a total insubsistência do lançamento de ofício, seja pela preliminar ou no tocante ao mérito. Apresenta mídia digital contendo arquivos eletrônicos (CD), anexado à fl. 61.

Prestada a Informação Fiscal pelas autuantes, em 13/03/2020, peça processual juntada às fls. 63/77 e correspondentes anexos. Declararam, inicialmente, que o contribuinte exerce atividade econômica de comércio varejista de supermercados, do tipo atacarejo (vendas por atacado para microempresas e no varejo para consumidor final, pessoa física ou jurídica). Ressaltaram ainda se tratar de uma empresa de grande porte, com matriz em São Paulo, e diversas filiais na Bahia, sendo que este estabelecimento foi responsável por uma arrecadação de ICMS na ordem de 8,2 e 10,4 milhões de reais nos exercícios de 2015 e 2016.

Ressaltaram em seguida que todas as infrações lançadas na peça acusatória derivam de erro no tipo de tributação informado para cada item de mercadoria com as seguintes repercussões tributárias:

- 1) se a mercadoria for isenta do ICMS ou tributada por substituição o contribuinte não poderia ter utilizado o crédito fiscal da respectiva aquisição na conta corrente do imposto;
- 2) se a mercadoria for tributada normalmente, o contribuinte tem direito ao crédito fiscal da respectiva aquisição na conta corrente do imposto, mas deverá se debitar do ICMS sobre as saídas subsequentes;
- 3) Se a mercadoria for tributada com redução de base de cálculo na saída, o crédito de aquisição deverá reduzido na mesma proporção.

Afirmaram na sequência que para algumas mercadorias existe interpretação dúbia sobre qual seja a correta tributação das mesmas, de forma que nos casos em que houve uniformidade na aplicação da carga tributária o fisco acatou a forma de tributação adotada pelo contribuinte. Porém, nos casos em que a carga tributária foi mista, o fisco aplicou a tributação devida ou que proporcionou menor prejuízo para o contribuinte.

No tocante às alegações defensivas as autuantes teceram as seguintes alegações:

Exercício de 2015:

- a) Relativamente ao produto **filé de peixe polaca, da posição NCM 0304.7400** afirmaram proceder a alegação defensiva razão pela qual modificaram a tributação deste item para isenção.
- b) Enquadram dentro do regime de tributação normal a mercadoria **Seleta lar congelado, da posição NCM 0710.9000**, em razão desse item ser constituído de um mix de legumes frescos, lavados, cortados, congelados e embalados a vácuo, considerando ainda a disposição do Convênio 44/75 que beneficiava com a isenção tão somente os produtos hortifrutícolas, em estado natural. Porém, destacaram o entendimento consubstanciado no Parecer DITRI nº 38.859/19 que contempla dentro da isenção diversos produtos hortifrutícolas, em estado natural, resfriados ou congelados. Acataram o argumento empresarial no sentido de considerar dentro do campo da isenção a referida mercadoria.
- c) Para o produto **SIDRA CERESER S/ ALCOOL, da posição NCM 2202.1000**, afirmaram que esta mercadoria não está enquadrada no regime de substituição tributária, pois apesar de apresentar a mesma NCM do item refrigerantes e extratos concentrados destinados ao preparo de máquinas (**pré-mix e post-mix**), não contém mesma descrição. Ademais, este produto é feito basicamente de dois ingredientes, sendo uma bebida espumante, com ou sem adição de álcool e que não possui água em sua composição. Fizeram referência aos Pareceres DITRI nº 16.437/2011 e nº 14.608/2012.
- d) Para o item **Amendoim Dori e Amendoim Sta. Helena, da posição NCM 2008.1100**, as autuantes acataram os argumentos defensivos, considerando que este produto está enquadrado no regime da ST, no item 38, Anexo I do RICMS.

e) Acataram também o argumento defensivo que o item **Macarrão, da posição NCM 1902.1100** está sujeito à tributação pela alíquota de 7%, conforme art. 16, inc. I, letra "a" da Lei nº 7.014/96.

f) No que se refere ao produto **Balão 7 S. Roque, da posição NCM 9503.0099**, afirmaram as autuantes não se tratar de produto enquadrado no regime da ST. Trata-se de bola de assoprar ou bexiga, que tem a mesma NCM de brinquedos, porém utilidade distinta. O brinquedo destina-se ao entretenimento de crianças e as bolas de assoprar são utilizadas para decoração ou enfeite de festas. Fizeram referência ao Parecer DITRI nº 21.056/2010.

Exercício de 2016:

a) Para a mercadoria **Cobertura de Chocolate, da posição NCM 1806.9**, as autuantes acataram os argumentos defensivos, reenquadrando a classificação deste item para o regime da ST na condição de "*outros produtos para confeitaria*".

b) Os produtos **Kit para Banheiro e Lixeira Pastigel**, seguiram a tributação adotada pela empresa autuada, considerando estes itens estão dentro do regime de substituição tributária, no item 8.14, do Anexo I do RICMS (artefatos de higiene / toucador de plástico).

c) A mercadoria **Funghi Sechi Di Salerno, da posição NCM 0712.3900**, foi considerada tributada normalmente pelas autuantes, por se tratar de produto industrializado, decorrente do processo desidratação e posterior embalagem em pote plástico, portanto, fora do alcance da isenção prevista no Conv. 44/75. Coadunado com este entendimento foi referenciado o Parecer DITRI nº 13067/2012.

d) O produto **Banha, da posição NCM 1501.1000** foi considerado inserido no regime da ST, conforme item 11.31.1, do Anexo I, do RICMS.

e) O produto **Silicone Gel, da posição NCM 3910.0019** foi enquadrado pelas autuantes com destinação para polimento e conservação de superfícies de metal, sendo excluído do regime da ST a partir de 01/01/2016 e do correspondente Anexo I do RICMS, por não possuir um código CEST (Código Especificador da Substituição Tributária) correspondente. Não acatados os argumentos defensivos.

f) Para as mercadorias **Desodorante Bi-o roll-on, Desodorante Nívea roll-on e Loção Hidratante Paixão, da posição NCM 3307.2**, as autuantes declararam que esses itens são tributados normalmente, à alíquota de 17%, até 09/03/16 e que, em seguida, a partir de 10/03/16, passaram a ser tributadas pela alíquota de 18%, conforme alteração verificada no art. 15 da Lei nº 7.014/96, na redação dada pela Lei nº 14.461/15. Não acatadas nessas cobranças as razões defensivas.

g) Para a mercadoria **Água Oxigenada Beira Alta 30 vol., da posição NCM 2847.0**, além da alíquota ter sido majorada, de 17% para 18%, foi adicionado o percentual de 2%, a título do Fundo de combate à Pobreza, considerando o disposto no art. 16-A e na Instrução Normativa nº 05/2016, normas transcritas na peça informativa. Não acatados também aqui, pela fiscalização, os argumentos empresariais.

h) Os produtos **Tapete 150x200, Tapete 40x60 e Tapete 45x70**, da posição NCM 5702, seriam de uso automotivo. Todavia, as autuantes não consideraram estes itens inclusos no regime da ST, pois pelas dimensões dos mesmos são tapetes de uso doméstico, da posição NCM 5702, codificação que nunca esteve no regime de pagamento antecipado do imposto.

i) Para a mercadoria **Kit Salton Espumante c/ Taças, da posição NCM 2204.1010**, as autuantes afirmaram se tratar de bebida alcoólica, enquadrada no regime de substituição tributária até 30/09/2016. Os argumentos defensivos de exclusão da tributação normal após essa data não foram acatados.

Finalizaram a peça informativa afirmando que analisaram todas as alegações e provas acostadas pela defesa neste processo e que as mesmas serviram para modificar o Demonstrativo de Débito

das infrações que integram o presente lançamento. Reduziram a Infração 01 para a cifra de R\$1.979,04 e a Infração 02, para o montante de R\$81.918,62. Apresentaram novos Demonstrativos juntados às fls. 78 a 92 e mídia digital (CD, fl. 93).

O contribuinte foi notificado acerca das alterações processadas no lançamento, através do Termo de Intimação inserido à fl. 94, com ciência em 18/03/2020, firmada por seu procurador devidamente habilitado nos autos. Após o transcurso do prazo de 10 (dez) dias o sujeito passivo permaneceu silente, não ingressando com novas razões impugnativas.

Na assentada de julgamento ocorrida em 08 de outubro de 2020, que contou com a presença da Auditoria Fiscal autuante, Nilda Barreto de Santana, foi informado pela mesma que ocorreram alterações nas infrações com a migração de cobranças indevidas em uma ocorrência para outra, refletindo essas migrações nos novos Demonstrativos de apuração de impostos produzidos na informação fiscal.

Essas alterações configuram, em verdade, mudança de critério jurídico, a ensejar a necessidade de exclusão dos valores lançados neste PAF nessas circunstâncias, para que se proceda novo lançamento dos valores migrados através de outro processo, mantendo-se apenas os valores que não implicaram em reenquadramento do fato, ainda que a ocorrência esteja contemplada no Auto de Infração.

Em decorrência, naquela assentada, o PAF foi convertido em diligência para que as autuantes procedessem à revisão de todos os valores exigidos no presente Auto de Infração, com a exclusão das importâncias que representaram reenquadramento do fato autuado em outra infração, ainda que os valores totais não tenham sido alterados para mais.

Em atendimento ao quanto solicitado na diligência, as autuantes revisaram todas as infrações, excluindo de cada ocorrência os itens de mercadorias para os quais houve acatamento das razões apresentadas pelo contribuinte na Impugnação Fiscal, ajustando-se os lançamentos da seguinte forma:

- Se a situação tributária da mercadoria foi modificada de isenta para tributada, excluiu-se o item da cobrança do crédito indevido isentas e não se cobrou eventual diferença de débito a menor nas saídas por nota fiscal e por ECF.
- Se a situação tributária da mercadoria foi modificada de ST para tributada normalmente, excluiu-se o item da cobrança do crédito indevido ST e não se cobrou eventual diferença de débito a menor nas saídas por nota fiscal e por ECF.
- Se a situação tributária da mercadoria foi modificada de tributada para isenta, excluiu-se o item da cobrança do débito a menor nas saídas por nota fiscal e por ECF e não se cobrou eventual crédito indevido nas entradas de mercadorias por nota fiscal.
- Se a situação tributária da mercadoria foi modificada de tributada normalmente para ST, excluiu-se o item da cobrança do débito a menor nas saídas por nota fiscal e por ECF e não se cobrou eventual crédito indevido de ST nas entradas de mercadorias por nota fiscal.

Foram alterados todos os relatórios e demonstrativos de débito de cada infração, com a exclusão das possíveis repercussões tributárias entre as mesmas, ou seja, os reenquadramentos dos fatos autuados em outra infração, advindas dos ajustes efetuados quando da primeira informação fiscal. Apresentados novos Demonstrativos de Débito, por mês e ocorrência fiscal, conforme planilhas reproduzidas às fls. 109 a 114 dos autos e mídia digital (fl. 115), de forma que os valores cobrados no Auto de Infração foram ajustados para os seguintes valores:

Infração 01 – R\$ 1.697,76;

Infração 02 – R\$ 73.551,89;

Total R\$ 75.249,51

O contribuinte foi notificado acerca das alterações processadas nesta última revisão fiscal, com a entrega do inteiro teor do texto da diligência e dos correspondentes Demonstrativos.

Em nova Manifestação, inserida entre as fls. 119/121 dos autos, datada de 02/03/2021, o contribuinte fez menção ao acatamento pela auditoria de grande parte das razões apresentadas pela defesa, com a manutenção tão somente das cobranças para os produtos **Sidra Cereser sem álcool, Balão 7 S. Roque, Funghi Secchio Di Salerno, Silicone Gel, Desodorante Bi-o roll-on, Desodorante Nívea roll-on e Loção Hidratante Paixão, Água Oxigenada Beira Alta 30 vol., Tapete 150x200, Tapete 40x60 e Tapete 45x70, e Kit Salton Espumante c/ Taças.**

Em relação aos itens mantidos no lançamento a defesa reiterou as alegações apresentadas na inicial, pedindo a declaração de insubsistência de todos os valores remanescentes.

As autuantes, em novo Informativo Fiscal (fls. 128), prestado em 22/03/2021, afirmaram que ao analisar o inteiro teor da Manifestação defensiva não detectaram nenhum fato novo, contendo essa peça somente reafirmações dos itens já questionados pelo contribuinte. Entendem que os esclarecimentos prestados na diligência fiscal são suficientes para o deslinde das questões postas neste processo.

Este é o Relatório.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 02 (duas) imputações fiscais, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

O contribuinte suscitou nulidade do presente Auto de Infração, ao argumento de que houve falta de subsunção/fundamentação dos fatos apontados como infrações, e a normas citadas na peça de lançamento. Destacou que o lançamento em lide é inepto, implicando em cerceamento do direito de defesa.

A alegação de nulidade articulada na peça de defesa não se sustenta. Inicialmente, cabe consignar que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99. Base imponível e cálculo do imposto apurados e demonstrados pela autuante em atendimento dos procedimentos previstos na legislação regente da matéria. Os valores apurados na ação fiscal se encontram contidos nos demonstrativos de débito (docs. fls. 20 a 34; além da mídia digital – CD de dados – doc. fl. 35). O inteiro teor dessas peças processuais foi entregue ao contribuinte quando da notificação do lançamento, conforme assinatura firmada pelo procurador da empresa nos respectivos Demonstrativos, ocorrida 12/09/2019.

Quanto ao enquadramento legal das infrações e consectários legais (multas, juros e atualização monetária), estão inseridas nos campos “Enquadramento” e “Multa Aplicada” do Auto de Infração, e no campo intimação Demonstrativo de Débito da mesma peça (fls. 01 a 06).

Sob o aspecto formal, observo ainda, que na peça acusatória consta a indicação correta do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além da indicação dos dispositivos da legislação considerados infringidos. Registre-se ainda que a descrição das infrações na peça acusatória foi clara e determinada. O contribuinte contraditou os termos da acusação fiscal exercendo na plenitude o seu direito de defesa. Ademais, pela descrição de fatos o contribuinte entendeu do que foi acusado e ofertou a sua defesa de mérito.

Pedidos de nulidade rejeitados.

Indefiro o requerimento empresarial de remessa dos autos para a realização de nova diligência e/ou perícia técnica, considerando que estão presentes nos autos elementos fático-probatórios suficientes para instrução e deliberação acerca do mérito da exigência fiscal, conforme será melhor detalhado no exame de mérito. Ademais, as questões suscitadas na peça de defesa não demandam análise técnica especializada a exigir a intervenção de perito para a solução da lide.

Passo doravante ao exame das questões de mérito articuladas na peça defensiva.

As duas infrações objeto do lançamento em lide, contêm a acusação de que o contribuinte procedeu ao recolhimento a menor do imposto, nos exercícios de 2015 e 2016, em razão de erro na aplicação da alíquota prevista na legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, nas saídas promovidas através de notas fiscais (Infração 01); ou em decorrência de erro na determinação da carga tributária, ou seja, na base imponível, nas saídas de mercadorias processadas através de Equipamentos Emissores de Cupom Fiscal (ECF - Infração 02).

Foram excluídas da autuação as seguintes operações a seguir descritas:

Exercício de 2015:

- a) saídas do produto filé de **peixe polaca, da posição NCM 0304.7400**, beneficiada com isenção do ICMS, por força no disposto no art. 265, inc. II, letra "e" do RICMS, até 31/05/2016;
- b) saídas da mercadoria **Seleta lar congelado, da posição NCM 0710.9000**, que constitui um mix de legumes frescos, lavados, cortados, congelados e embalados a vácuo, considerando a norma isencional contida no art. 265, inc. I, alínea "a" do RICMS, que alcança os diversos produtos hortifrutícolas, em estado natural, resfriados ou congelados;
- c) saídas do item **Amendoim Dori e Amendoim Sta. Helena, da posição NCM 2008.1100**, considerando que este produto está enquadrado no regime da Substituição Tributária, no item 38, Anexo I do RICMS, de forma que o imposto é recolhido de forma antecipada, não sendo exigível o tributo por ocasião das saídas;
- d) saídas do produto **Macarrão, da posição NCM 1902.1100**, que está sujeito à tributação reduzida, pela alíquota de 7%, conforme art. 16, inc. I, letra "a" da Lei nº 7.014/96, não sendo exigível o imposto pela alíquota geral de 17% aplicável às demais mercadorias.

Exercício de 2016:

- a) saídas da mercadoria **Cobertura de Chocolate, da posição NCM 1806.9**, por se tratar de produto inserido no regime da Substituição Tributária, na condição de "*outros produtos para confeitaria*", da posição 11.6, do Anexo I do RICMS, com obrigação de recolhimento do imposto de forma antecipada;
- b) saídas dos produtos **Kit para Banheiro e Lixeira Pastigel**, considerando que estas mercadorias estão abrangidas no regime de substituição tributária, no item 8.14, do Anexo I do RICMS (artefatos de higiene / toucador de plástico), de forma que o imposto é também exigível de forma antecipada;
- c) Saídas do produto **Banha, da posição NCM 1501.1000**, inserido no regime da Substituição Tributária, conforme item 11.31.1, do Anexo I do RICMS, com obrigação de recolhimento do ICMS exigível também de forma antecipada.

As exclusões processadas pelas autuantes procedem considerando que as operações ou se encontravam beneficiadas com a isenção do imposto ou estavam submetidas ao regime antecipado de pagamento do ICMS, sendo identificado pela Auditoria que a empresa assim procedeu.

Por sua vez foram mantidas, de forma acertada, as exigências lançadas no Auto de Infração para as operações com os seguintes produtos:

- a) saídas da mercadoria **SIDRA CERESER S/ ALCOOL, da posição NCM 2202.1000**, por se tratar de mercadoria não está enquadrada no regime de substituição tributária, pois apesar de apresentar a mesma NCM do item refrigerantes e extratos concentrados destinados ao preparo de máquinas (**pré-mix e post-mix**), não apresentam a mesma descrição. Ademais, este produto é feito basicamente de dois ingredientes, sendo uma bebida espumante, com ou sem adição de álcool e que não possui água em sua composição.

- b) saídas do produto **Balão 7 S. Roque, da posição NCM 9503.0099**, produto que não está enquadrado no regime da Substituição Tributária. Trata-se de bola de assoprar ou bexiga, que tem a mesma NCM de brinquedos, porém utilidade ou destinação distinta;
- c) saídas da mercadoria **Funghi Sechi Di Salerno, da posição NCM 0712.3900**, tributada normalmente, por se tratar de produto industrializado, decorrente do processo desidratação de cogumelos e posterior embalagem em pote plástico, portanto, fora do alcance da isenção prevista no Conv. 44/75 e no RICMS, na condição de produto hortifrutícola;
- d) saídas do produto **Silicone Gel, da posição NCM 3910.0019**, destinado ao polimento e conservação de superfícies de metal, que foi excluído do regime da Substituição Tributária, a partir de 01/01/2016, através da sua retirada do Anexo I do RICMS, por não possuir um código CEST (Código Especificador da Substituição Tributária);
- e) saídas das mercadorias **Desodorante Bi-o roll-on, Desodorante Nívea roll-on e Loção Hidradante Paixão, da posição NCM 3307.2**, tributadas normalmente, à alíquota de 17%, até 09/03/16. A partir de 10/03/16, passaram a ser tributadas pela alíquota de 18%, conforme alteração verificada no art. 15 da Lei nº 7.014/96, na redação dada pela Lei nº 14.461/15. Configurado o recolhimento a menor do ICMS por erro na aplicação das alíquotas a partir de 10/03/16;
- f) saídas da mercadoria **Água Oxigenada Beira Alta 30 vol., da posição NCM 2847.0**. Além da alíquota ter sido majorada, de 17% para 18%, a partir de 10/03/2016, foi adicionado à operação com este produto o percentual de 2%, a título do Fundo de Pobreza, considerando o disposto no art. 16-A e a Instrução Normativa nº 05/2016. Configurado aqui também o recolhimento a menor do ICMS por erro na aplicação das alíquotas a partir de 10/03/16;
- g) saídas dos produtos **Tapete 150x200, Tapete 40x60 e Tapete 45x70**, que pelas dimensões dos mesmos são mercadorias de uso doméstico, da posição NCM 5702, que não pertence ao grupo de mercadorias submetidas ao regime de pagamento antecipado do imposto. Mercadorias, portanto, sujeitas à tributação normal;
- i) saídas da mercadoria **Kit Salton Espumante c/ Taças, da posição NCM 2204.1010**, que por se tratar de bebida alcoólica, esteve enquadrada no regime de substituição tributária até 30/09/2016. Posteriormente passou a ser tributada normalmente, cabendo a manutenção da cobrança lançada neste Auto de Infração, nas operações de venda subsequentes.

Os Demonstrativos de Débito das infrações 01 e 02 foram reduzidas após ajustes na peça de lançamento: a Infração 01, no valor original de R\$6.819,04, passou para a cifra de R\$1.979,04. A Infração 02, foi diminuída de R\$115.245,01, para o montante de R\$81.918,62. Apresentadas novas Planilhas de apuração do imposto, juntadas às fls. 78 a 92 e mídia digital (CD, fl. 93).

Todavia, há um fato relevante a ser considerado por esta Relatoria. É que na assentada de julgamento ocorrida em 08 de outubro de 2020, que contou com a presença da Auditora Fiscal autuante, Nilda Barreto de Santana, foi informado aos integrantes desta 5ª JJF, a ocorrência de alterações nas infrações, com a migração de cobranças indevidas em uma ocorrência para outra, refletindo essas migrações nos novos Demonstrativos de apuração do imposto, produzidos na informação fiscal.

Essas alterações configuraram mudança de critério jurídico, a ensejar a necessidade de exclusão dos valores lançados neste PAF, para se proceder a cobrança, em novo lançamento, mantendo-se apenas os valores que não implicaram em reenquadramento dos fatos, ainda que as ocorrências estejam contempladas neste Auto de Infração.

O PAF foi convertido em diligência, para que as autuantes efetassem a revisão de todos os valores exigidos no presente Auto de Infração, com a exclusão das importâncias que representaram reenquadramento do fato autuado em outra infração, ainda que os valores totais não tenham sido alterados para mais.

Em atendimento ao quanto solicitado na diligência, as autuantes revisaram as duas infrações, excluindo de cada ocorrência os itens de mercadorias em que houve acatamento das razões apresentadas pelo contribuinte na Impugnação empresarial, ajustando o lançamento da seguinte forma:

- Se a situação tributária da mercadoria foi modificada de isenta para tributada, excluiu-se o item da cobrança do crédito indevido isentas e não se cobrou eventual diferença de débito a menor nas saídas por nota fiscal e por ECF.
- Se a situação tributária da mercadoria foi modificada de ST para tributada normalmente, excluiu-se o item da cobrança do crédito indevido ST e não se cobrou eventual diferença de débito a menor nas saídas por nota fiscal e por ECF.
- Se a situação tributária da mercadoria foi modificada de tributada para isenta, excluiu-se o item da cobrança do débito a menor nas saídas por nota fiscal e por ECF e não se cobrou eventual crédito indevido nas entradas de mercadorias por nota fiscal.
- Se a situação tributária da mercadoria foi modificada de tributada normalmente para ST, excluiu-se o item da cobrança do débito a menor nas saídas por nota fiscal e por ECF e não se cobrou eventual crédito indevido de ST nas entradas de mercadorias por nota fiscal.

Foram alterados todos os relatórios e demonstrativos de débito das duas infrações, com a exclusão das possíveis repercussões tributárias entre as mesmas, ou seja, os reenquadramentos dos fatos autuados de uma em outra, ou mesmo o surgimento de novas infrações, advindas dos ajustes efetuados quando da primeira informação fiscal.

Apresentados novos Demonstrativos de Débito, por mês e ocorrência fiscal, conforme planilhas reproduzidas às fls. 109 a 114 dos autos, e mídia digital (fl. 115), de forma que os valores cobrados no Auto de Infração foram ajustados para menos, nos seguintes valores:

Infração 01 – R\$ 1.697,76;

Infração 02 – R\$ 73.551,89;

Total R\$ 75.249,65

Restou, portanto, como matéria controvertida nestes autos, as cobranças relacionadas aos produtos: **Sidra Cereser sem álcool, Balão 7 S. Roque, Funghi Secchio Di Salerno, Silicone Gel, Desodorante Bi-o roll-on, Desodorante Nívea roll-on e Loção Hidratante Paixão, Água Oxigenada Beira Alta 30 vol., Tapete 150x200, Tapete 40x60 e Tapete 45x70, e Kit Salton Espumante c/ Taças**, todos já acima referenciados quanto ao acerto do lançamento, por envolver operações com mercadorias tributadas normalmente, sujeitas às alíquotas de 17% ou 18%, a depender do período em que se processaram as respectivas saídas, através de ECF ou Notas Fiscais, se antes ou depois de 09/03/2016, considerando a alteração promovida pela Lei nº 13.361/15, na Lei nº 7.014/1996.

Acolho, portanto, os valores apurados na última revisão efetuada pela Auditoria, conforme demonstrativos juntados na Informação Fiscal às fls. 109 a 114.

Ante o acima exposto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que fica reduzido de **R\$122.064,05**, para **R\$75.249,65**.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279462.0013/19-6**, lavrado contra **ATACADÃO S/A**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no

valor de **R\$75.249,65**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos demais consectários legais.

Sala das Sessões Virtuais do CONSEF, em 27 de maio de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

ANTONIO EXPEDITO S. DE MIRANDA – JULGADOR