

A. I. N° - 279462.0012/19-0
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° 0071-05/21-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. 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 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\$135.021,85, 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 (fls. 20/29). Valor exigido: R\$ 2.189,66. 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 (fls. 31/37). Valor exigido: R\$ 132.832,19. 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.

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. 53/62, 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 conduzirá 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 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 págs. 46/47;
- Sidra sem álcool (NCM 22021000), classificado na categoria de refrigerante, inserido no item 37, do Anexo I do RICMS - aponta os valores às págs. 46;
- Amendoim (NCM 20081100), classificado na categoria de salgadinhos diversos, enquadrado no item 38, do Anexo I do RICMS - aponta valores às págs. 46/47;
- Produtos sujeitos à substituição tributária, enquadrado no item 11, do Anexo I do RICMS (coberturas de chocolate - NCM's 17049010 e 180699000) - aponta valores às págs. 45/46/47;

EXERCÍCIO DE 2016

- Produto sem limite de gramagem, conforme item 11.6 do Anexo I do RICMS - coberturas de chocolate (NCM 18069000) – aponta os valores às págs. 47/48/49;
- Lixeira com pedal, produto do regime de substituição tributária, item 8.14, do Anexo I do RICMS (NCM 39249000) - aponta valores à pág. 48;
- Amendoim (NCM 20081100), classificado na categoria de salgadinhos diversos, produto com mais de 1 Kg, enquadrado, no item 11.10.2, do Anexo I do RICMS - aponta valores à pág. 49;
- Produto congelado, que não sofre alteração do seu estado natural, conforme art. 265, inc. I, alínea "a" do RICMS (BRÓCOLIS, COUVE FLOR E ERVILHA - NCM 07123900; 07108000; e, 071022100), isento do ICMS - aponta valores às págs. 48/50;
- Produto do item 11.31.1, do Anexo I do RICMS, enquadrado no regime de substituição tributária - Banha (NCM 150111000), aponta valores às págs. 50;
- Sidra sem álcool (NCM 22021000), classificado na categoria de refrigerante, inserido no item 37, do Anexo I do RICMS - aponta os valores à pág. 49/50;
- Massa de polir, óleo desengripante e óleo para móveis, produtos enquadrados no item 6.8, do Anexo I, do RICMS, no regime de substituição tributária - aponta valores à pág. 48;
- Produto denominado Insetos DTC MO BARATO (NCM 95030039), enquadrado no regime de substituição tributária - item 7, do Anexo I do RICMS - aponta valores à pág. 49;
- Licor Chachoeirano Jenipapo (NCM 22087000), produto enquadrado no regime da substituição tributária - item 2.24 do RICMS - aponta valores à pág. 49;
- Tapete - produto automotivo (NCM 22087000), enquadrado no regime de substituição tributária - item 1.105 do RICMS - aponta valores à pág. 49.

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 51 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 (CD), anexado à fl. 64.

Prestada a Informação Fiscal pelas autuantes, em 13/03/2020, peça processual juntada às fls. 66/77 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 5,0 e 7,31 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) Para a mercadoria **Cobertura de Chocolate da posição NCM 1704.9 e 1806.9**, afirmaram que a alegação do contribuinte procede, razão pela qual modificaram a tributação deste item para o regime de substituição tributária.
- b) 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.
- c) Para o produto **SIDRA CERESER S/ ÁLCOOL, 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 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. 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.

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 confeitoria".
- b) Para o produto **Lixeira com pedal**, seguiram a tributação adotada pela empresa autuada, considerando esta mercadoria dentro do regime de substituição tributária, no item 8.14, do Anexo I do RICMS (artefatos de higiene / toucador de plástico - **NCM 3924**).

c) Enquadraram dentro do regime de tributação normal as mercadorias **BRÓCOLIS, COUVE FLOR E ERVILHA - NCM 07123900; 07108000**; e, **071022100**, em razão desses itens constituíram 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, adotaram 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 as referidas mercadorias.

d) Os produtos **Massa de polir, Óleo Desingripante e Óleo para Móveis Jacarandá, das posições NCM 3405.3, 3824.9 e 2710.1**, foram considerados pela fiscalização integrantes da tributação normal, por se tratar de itens destinados a uso no polimento e conservação, foram excluídos do regime da substituição tributária interna, após a retirada dos mesmos do Anexo I do RICMS.

e) O produto **Banha, da posição NCM 1501.1000** foi considerado pela fiscalização integrante do regime da ST, conforme item 11.31.1, do Anexo I do RICMS.

f) A mercadoria denominada Insetos **DTC MO Barato, da posição NCM 9503**, foi considerada pela fiscalização excluída do regime de substituição tributária, em 31/12/2015, quando o Estado da Bahia denunciou os Protocolos ICMS 108/2009 e 29/2010.

g) Para a mercadoria **Licor Chachoeirano Jenipapo, da posição NCM 2208.7000**, as autuantes afirmaram se tratar de bebida alcoólica, que esteve enquadrada no regime de substituição tributária até 30/09/2016. Os argumentos defensivos de exclusão da tributação normal foram acatados.

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

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\$719,19 e a Infração 02, para o montante de R\$5.339,02. 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. 95, 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 06 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 do imposto produzidos na informação fiscal.

Essas alterações configuraram, 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 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 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 o imposto cobrado no Auto de Infração foi ajustado para os seguintes valores:

Infração 01 – R\$ 621,81;

Infração 02 – R\$ 78.745,99;

Total R\$ 79.367,80.

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

Em nova Manifestação, inserida entre as fls. 118/119 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, Massa de Polir Pérola, Óleo Desingripante Proauto, Óleo para Móveis Jacarandá, Insetos DTC MO Barato, e, Tapete 150x200, Tapete 40x60 e Tapete 45x70**. Anexou documentos e demonstrativos (fls. 120/148).

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 (fl. 150), 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 de 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 37; além da mídia digital – CD de dados – doc. fl. 38). 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), as mesmas 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 das exigências fiscais, 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 **Filé 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 **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 confeitoraria*", da posição 11.6, do Anexo I do RICMS, com obrigação de recolhimento do imposto de forma antecipada;
- 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;

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 confeitoraria*", da posição 11.6, do Anexo I, do RICMS, com obrigação de recolhimento do imposto de forma antecipada;
- b) saídas da mercadoria **BRÓCOLIS, COUVE FLOR E ERVILHA - NCM 07123900; 07108000; e, 071022100**, em razão desses itens constituíram um mix de legumes frescos, lavados e cortados, considerando a norma isencial contida no art. 265, inc. I, alínea "a" do RICMS, que alcança os diversos produtos hortifrutícolas, em estado natural, resfriados ou congelados;
- c) saídas dos produtos **Lixeira c/ Pedal Plasvale**, considerando que esta mercadoria está abrangida 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;
- d) saídas do produto **Licor Cachoeirano Jenipapo, da posição NCM 2208.7000**, por se tratar de bebida alcoólica (bebida quente), que estava enquadrada no regime de substituição tributária até 30/09/16, no item 2.24, do Anexo I do RICMS.

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 que não está enquadrada no regime de substituição tributária, pois apesar de apresentar a mesma NCM dos itens 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 **Massa de polir Pérola, Óleo Desingripante Proauto e Óleo para Móveis Jacarandá, das posições NCM 3405.3, 3824.9 e 2710.1**, destinado ao polimento e conservação de superfícies, que foram excluídos 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);
- c) saídas do produto **Insetos DTC MO Barato, da posição NCM 9503**, que foi excluído do regime de substituição tributária em 31/12/2015, quando o Estado da Bahia se retirou dos acordos firmados através dos Protocolos ICMS nº 108/2009 e 29/2010;
- d) 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;

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\$2.189,66, passou para a cifra de R\$719,19. A Infração 02, foi diminuída de R\$132.832,19 para o montante de R\$85.339,02. Apresentadas novas Planilhas de apuração do imposto, juntadas às fls. 78 a 92 e mídia digital (CD, fl. 93).

Todavia há um fato relevante que não pode ser desconsiderado por esta Relatoria. Na assentada de julgamento ocorrida em 06 de outubro de 2020, que contou com a presença da Auditora Fiscal

autuante, Nilda Barreto de Santana, foi informado aos integrantes desta 5ª JJF, que houve 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 configuram mudança de critério jurídico, a ensejar a necessidade de exclusão dos valores lançados neste PAF, para se proceder a cobrança, em novo lançamento, dos valores indevidamente, mantendo-se apenas os valores que não implicaram em reenquadramento do fato, ainda que as ocorrências estejam contempladas no Auto de Infração.

O PAF foi convertido em diligência, para que as autuantes efetuassem 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 Fiscal, 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 a ocorrência 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\$ 621,81;

Infração 02 – R\$ 78.745,99;

Total R\$ 79.367,80.

Restou, portanto, como matéria controvertida, as cobranças relacionadas com os produtos: **Sidra Cereser sem álcool, Massa de Polir Pérola, Óleo Desingripante Proauto, Óleo para Móveis Jacarandá, Insetos DTC MO Barato, e, Tapete 150x200, Tapete 40x60 e Tapete 45x70**, 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\$135.021,85, para R\$79.367,80.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279462.0012/19-0**, lavrado contra **ATACADÃO S/A**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$79.367,80**, 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

ANTÔNIO EXPEDITO S. DE MIRANDA – JULGADOR