

A. I. N ° - 279696.0005/18-8
AUTUADO - CODICAL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - ANGERSON MENEZES FREIRE
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO – INTERNET – 07.05.2021

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0145-06/21VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INFRAÇÃO 01. Infração 01 parcialmente elidida, após revisões efetuadas pelo Fisco. 2. ALÍQUOTAS. ERRO NA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. a) SAÍDAS POR MEIO DE NOTAS FISCAIS. INFRAÇÃO 02. b) SAÍDAS POR MEIO DE CUPONS FISCAIS. INFRAÇÃO 03. Infrações 02/03 parcialmente elididas, devido à decadência e à revisão elaborada pelo Fisco. c) VENDAS PARA NÃO CONTRIBUÍNTES EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO COM UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL. INFRAÇÃO 05. O agente fiscalizador, de forma correta, acolheu as alegações do contribuinte autuado para o período a partir de 03 de novembro de 2014, quando o adquirente (localizado no RJ – Rio de Janeiro) passou à condição de contribuinte do ICMS naquela unidade da Federação. Infração 05 parcialmente elidida. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. INFRAÇÃO 04. O auditor manteve corretamente a infração 04 (recolhimento a menor, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo, nas saídas regularmente escrituradas (01 a 12/2014)), pois o autuado não indicou de forma específica nenhuma operação constante do levantamento que se adequasse à sua alegação de que o Regulamento do ICMS institui redução de base de cálculo nas operações internas com “*alguns produtos*” (de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% ou a 12%), discriminados nos artigos 266 e 268. Infração 04 caracterizada. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) OMISSÕES TANTO DE ENTRADAS QUANTO DE SAÍDAS. EXIGÊNCIA SOBRE A DIFERENÇA DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA, A DAS ENTRADAS. INFRAÇÃO 06. b) OMISSÃO DE ENTRADAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INFRAÇÃO 07. c) OMISSÃO DE ENTRADAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE PRÓPRIA. INFRAÇÃO 08. O auditor acatou as alegações relativas a fracionamento de carnes e todos os demais produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, bufalino e suíno, em estado natural, refrigerado, congelado, defumado, seco salgado ou temperado, inclusive charque e aves e os retirou do levantamento. Infrações 06 a 08 parcialmente elididas. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. LIVROS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE

ENTRADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. INFRAÇÃO 09. **b)** OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. INFRAÇÃO 10. O defendente limitou-se a negar o cometimento das infrações 09/10. Imputações 09/10 caracterizadas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Acolhida a prejudicial de decadência. Diligência realizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado no dia 23/03/2018 para formalizar a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$59.988,35, sob a acusação do cometimento das 10 (dez) irregularidades a seguir discriminadas.

Infração 01 – Utilização indevida de crédito, referente às aquisições de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária (01/2013 a 12/2014). R\$ 3.494,54 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96.

Infração 02 – Recolhimento a menor, em virtude da aplicação de alíquotas diversas daquelas previstas na legislação, nas saídas regularmente escrituradas (01/2013 a 12/2014 – saídas por meio de notas fiscais eletrônicas). R\$ 3.030,67 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96.

Infração 03 – Recolhimento a menor, em função da aplicação de alíquotas diversas daquelas previstas na legislação, nas saídas regularmente escrituradas (01/2013 a 12/2014 – saídas por meio de cupons fiscais). R\$ 14.673,78 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96.

Infração 04 – Recolhimento a menor, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo, nas saídas regularmente escrituradas (01 a 12/2014). R\$ 298,58 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96.

Infração 05 – Recolhimento a menor, em razão de vendas para não contribuintes localizados em outras unidades da Federação, com a utilização da alíquota interestadual (05 a 12/2014). R\$ 2.565,77 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96.

Infração 06 – Falta de recolhimento, constatada pela apuração de omissão de entradas e saídas, por intermédio de levantamento quantitativo de estoques, com a exigência do tributo relativo à diferença de maior expressão monetária, a das entradas, fundamentada na presunção legal de que o contribuinte, ao não contabilizá-las, efetuou os respectivos pagamentos por meio de receitas igualmente não declaradas, do mesmo exercício (2013 e 2014). R\$ 17.811,09 e multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96.

Infração 07 – Falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido de terceiros mercadorias sem documentos fiscais e sem escrituração, nas entradas sujeitas ao regime da substituição tributária, constatada via levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2013 e 2014). R\$ 8.804,59 e multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96.

Infração 08 – Falta de recolhimento do ICMS antecipação tributária, de responsabilidade própria, apurado mediante valor acrescido e margem de valor adicionado, deduzida parcela a título de crédito, por ter adquirido de terceiros mercadorias sem documentos fiscais, relativas às entradas sujeitas ao regime da substituição tributária, constatada via levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2013 e 2014). R\$ 7.632,51 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

Infração 09 – Entradas tributáveis sem registro na escrita (01/2013 a 12/2014). Multa de R\$ 321,37, prevista no art. 42, IX da Lei 7.014/96.

Infração 10 – Entradas não tributáveis sem registro na escrita (01/2013 a 12/2014). Multa de R\$

1.355,45, prevista no art. 42, XI da Lei 7.014/96.

O contribuinte ingressa com impugnação às fls. 83 a 95.

Inicia assinalando que se dedica ao comércio atacadista de cereais, produtos alimentícios (com fracionamento e acondicionamento), cosméticos, produtos de perfumaria, higiene, limpeza, conservação domiciliar etc.

Suscita prejudicial de decadência e, no mérito da infração 01, alega que as mercadorias autuadas não estão sujeitas ao regime da substituição tributária, pois não correspondem às classificações e descrições contidas no Anexo I do RICMS/12.

Nas suas palavras:

“O Iogurte na NCM 0403, de acordo com a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, trata-se de leiteiro, leite e creme de leite coalhados, iogurte, quefir e outros leites e cremes de leite fermentados ou acidificados, mesmo concentrados ou adicionados de açúcar ou de outros edulcorantes, ou aromatizados ou adicionados de frutas ou de cacau. Ao limitar-se na NCM 0403.1000, a TIPI expressa claramente apenas o produto denominado iogurte, e desta forma, os demais produtos, como por exemplo, o leite fermentado e a bebida láctea, ambos estão classificados na NCM 0403.9000. Ao tocante da norma expressa no artigo 289 do RICMS, é possível evidenciar que o item 21 do anexo I, refere-se apenas a produtos denominados “iogurte”, cujo NCM é 0403.1. Em virtude do exposto, apesar das mercadorias auditadas indevidamente contar nomenclatura denominada “iogurte”, a NCM diverge da norma supracitada, visto que tratam-se de “outros” o qual não abrange o regime da Substituição e/ou Antecipação tributária.

De maneira semelhante, ocorre com a mercadoria denominada “amendoim”. Em análise da NCM 1904, de acordo com a TIPI, trata-se de Produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou por torrefação (flocos de milho (corn flakes), por exemplo); cereais (exceto milho) em grãos ou sob a forma de flocos ou de outros grãos trabalhados (com exceção da farinha, do grumo e da sêmola), pré-cozidos ou preparados de outro modo, não especificados nem compreendidos noutras posições. Ao limitar-se na NCM 1904.1 e 1904.9, a TIPI expressa apenas os produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou por torrefação. Analisando a NCM 2005, segundo a TIPI, trata-se de outros produtos hortícolas preparados ou conservados, exceto em vinagre ou em ácido acético, não congelados, com exceção dos produtos da posição 2006. A NCM 2008 trata de frutas e outras partes comestíveis de plantas, preparadas ou conservadas de outro modo, com ou sem adição de açúcar ou de outros edulcorantes ou de álcool, não especificadas nem compreendidas noutras posições. Contudo, diante do contexto mencionado, é possível evidenciar que o item 38 do anexo I, refere-se somente aos produtos supracitados, desde que, na condição de salgados, uma vez que a própria norma relata “salgados industrializados”. Portanto, não é devido à aplicação da Substituição Tributária para o produto auditado, haja vista, que as operações em questão abrangem amendoim “doce” e outros sem adição de sal.

O entendimento equivocado do fisco estende-se a mercadoria denominada “batata palito”. Este é a batata descascada, cortada em espessuras de aproximadamente 5 cm, cozidas na água, ensacadas e congeladas. Apesar da NCM 2005 na TIPI se referir a outros produtos hortícolas preparados ou conservados, o Anexo I limita-se a mercadoria supracitada sob condição de salgado industrializado, e em nenhum momento menciona o critério de pré-cozida. Portanto, sua aplicabilidade no regime da Substituição Tributária não condiz com as informações expressas no dispositivo legal pertinente ao período do fato gerador.

Referente à mercadoria denominada “Mistura para Pão”, classificada na NCM 1901, de acordo com a TIPI, refere-se a extratos de malte; preparações alimentícias de farinhas, grumos, sêmolos, amidos, féculas ou de extratos de malte, que não contenham cacau ou que contenham menos de 40%, em peso, de cacau, calculados sobre uma base totalmente desengordurada, não especificada nem compreendida noutras posições, preparações alimentícias de produtos das posições 04.01 a 04.04, que não contenham cacau ou que contenha menos de 5%, em peso, de cacau, calculado sobre uma base totalmente desengordurada, não especificada nem compreendida noutras posições. Ao analisar os critérios estabelecidos no item 26 do anexo I, o mesmo condiciona apenas a mistura de farinha de trigo destinada a misturas e pastas para a preparação de produtos de padaria, pastelaria e da indústria de bolachas e biscoitos. Portanto, é possível evidenciar que a mistura auditada não procede aos critérios determinados na norma, pois não é uma mistura de farinha de trigo.

Ainda de acordo com os dados disponíveis do produto, sua composição é feita de Fécula de mandioca, fécula de mandioca modificada, gordura vegetal hidrogenada, leite em pó, polvilho azedo, sal, açúcar, queijo em pó, antiumectante fosfato tricálcico e aromatizante, sendo desta forma, indevido a aplicabilidade da substituição tributária.

Ao que se refere ao produto denominado “confeito cores”, não aplica-se ao regime da substituição tributária, uma vez que o item 11 do Anexo I elenca todos os chocolate em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não, sendo que sua

classificação deverá se enquadrar nas NCMs 1806.3, 1806.9 e 1704.90.1. Atendendo o critério para enquadramento de tributação sob o regime da S.T., não cabe sua aplicabilidade por falta de coincidência dos critérios previstos na norma em conjunto com a efetiva mercadoria em questão.

Quanto à mercadoria denominada “repelex”, classificada na NCM 3808, trata-se de repelente para uso humano. De acordo com o autuante, erroneamente audita o referido produto enquadrando no regime de substituição tributária, sob alegação que o mesmo está amparado no Anexo I do RICMS. Ao requisitar o item 25.10 do dispositivo mencionado, o mesmo faz referência a inseticidas, rodenticidas, fungicidas, raticidas, repelentes e outros produtos semelhantes, desde que apresentados em formas ou embalagens exclusivamente para uso domissanitário direto, isto é, fim específico para aplicabilidade em ambiente domiciliar, sendo que o produto em questão é aplicado sobre a pele para evitar a picada de insetos transmissores de doenças. Desta maneira, não reconhecemos a suposta infração suscitada”.

Relativamente às infrações 02 a 04, assegura não ter ocorrido erro na determinação de alíquotas ou bases de cálculo.

O Regulamento do ICMS institui redução de base de cálculo nas operações internas com alguns produtos (de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% ou a 12%), especificamente discriminados nos artigos 266 e 268.

Com relação às alíquotas, os artigos 15 e 16 da lei 7.014/96 dispõem sobre percentuais diferenciados (7% e 12%). As operações auditadas estariam embasadas nos mencionados dispositivos.

Não concorda com a quinta imputação, sob o argumento de que a Lei 7.014/96, no inciso II do art. 15, estatui que nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias para contribuintes ou não do imposto a alíquota corresponde a 12%, salvo quando oriundas de importação ou quando o processo de transformação tenha utilizado conteúdos de importação superior a 40%, devendo a incidência equivaler a 4% (inciso III).

Também nega o cometimento das infrações 06 a 08.

Em referência à infração 06, afirma que não deixou de efetuar o recolhimento do ICMS na condição de responsável solidário. O que ocorre é que realiza operações com carnes, produtos de padaria e confeitaria.

Para tanto, adquiriu mercadorias com vistas à transformação e consumo. Por isso, entende que não mais deveriam compor o estoque, pois foram devidamente emitidos os documentos fiscais de saída correlatos (por exemplo, transformação da carne bovina in natura em carne do sol salgada, colchão bovino em acém ou filé especial, além das especiarias elaboradas na padaria).

“(…) emitimos uma Nota Fiscal, com CFOP 1949, fundamentando sua respectiva entrada no estoque de mercadorias e disponibilizando para saídas subsequentes. De forma semelhante ocorre com as mercadorias revendidas no açougue do nosso estabelecimento, uma vez que seu recebimento não referencia as partes (cupim, patinho, peito, picanha, acém, filé especial entre outros), nós emitimos as saídas das partes conforme recebimento da NF-e de aquisição e posteriormente, uma entrada específica das partes como são revendidas. Sendo assim, existe uma contagem de estoque específica das mercadorias por nós transformadas e/ou produzidas, contudo, objetivando total clareza diante de nossas operações, para o fato, existe ainda a hipótese da realização de uma Carta de Correção Eletrônica, conforme prevê o art. 42 do Decreto 13.780/2012 (RICMS - Bahia), apenas para incluir a informação contida no campo “informações complementares” sua efetiva finalidade, inclusive, reitero, que essa medida não descaracteriza o fato adequado de nossas operações está devidamente amparadas pela legislação em vigor”.

Quanto às imputações 07/08, argumenta que não possuem previsão legal, pois as suas vendas foram internas, destinadas a consumidores finais.

Ressalta, no que diz respeito às entradas para açougue, que o inciso II do artigo 271 do RICMS dispensa o lançamento e o pagamento do imposto.

Contesta as duas últimas imputações, sob a alegação de que todas as entradas foram documentadas, motivo pelo qual desconhece as operações objeto das respectivas exigências.

Solicita a realização de diligência fiscal e encerra requerendo que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Na informação fiscal, de fls. 133 a 140, o auditor se posiciona da seguinte forma.

Infração 01.

“O código NCM/SH 0403 é genérico, não aplicável à autuação.

NCM 0403.1 – refere-se especificamente a iogurte. Enquadra-se na substituição tributária.

NCM 0403.9 – não consta do Anexo I do RICMS/12. Não sujeito à substituição tributária. Operações excluídas do lançamento. Observadas as notas fiscais apresentadas pelo deficiente, às fls. 123 a 126.

O código NCM/SH 1904 é genérico, não aplicável à autuação.

NCM/SH 1904.1 – trata-se de salgados industrializados, sujeitos à substituição tributária (SUCRILHOS KELLOGS – NCM/SH 1904.1000).

NCM/SH 1904.9 – não consta dos demonstrativos da autuação.

O código NCM/SH 2005 é genérico, não aplicável à autuação.

NCM/SH 2005.2 – trata-se de salgados industrializados, sujeitos à substituição tributária (BATATA PALITO PERDIGÃO CONGELADA – NCM/SH 2005.2000).

O código NCM/SH 2006 é genérico, não aplicável à autuação.

O código NCM/SH 2008 é genérico, não aplicável na situação presente.

NCM/SH 2008.11 – salgados industrializados, sujeitos à substituição tributária (AMENDOIM DORI - NCM 2008.1100).

NCM/SH 2008.19 – não faz parte da autuação.

NCM/SH 1901 - genérico, não aplicável ao caso concreto.

O código NCM/SH 1901.2 diz respeito a mistura de farinha de trigo. Sujeito, portanto, ao regime da substituição tributária. Todavia, considerando que PÃO DE QUEIJO YOKI não contém farinha de trigo, retirou as operações respectivas da planilha e da cobrança.

NCM/SH 1806.3 – chocolates em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons e outras preparações de confeitaria, recheados ou não. Enquadrados na substituição tributária (CHOC BOLINHA/COBERTURA KENKO LIQ. CARAM e diversos – NCM/SH 1806.3210 e 1806.3220).

NCM/SH 1806.9 – chocolates em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons e outras preparações de confeitaria, recheados ou não. Enquadrados na substituição tributária (CHOC PÓ MAVALERIO SOL/CHOC GRAN DR OETKER e diversos, em pó ou granulados e COBERTURA – NCM/SH 1806.9000).

NCM/SH 1704.90.1 – Não faz parte da autuação.

NCM/SH 1704.9020 – trata-se de chocolates em barras, blocos, tabletes, paus ou sob a forma de ovo de páscoa, bombons ou outras preparações de confeitaria, recheados ou não, sujeitos à substituição tributária (CONFEITOS diversos/MINI BRINQ. UNIÃO – NCM/SH 1704.9020).

NCM/SH 3808 (item 25.10) – mantida a exigência para o NCM/SH 3808.91 (repelentes e outros produtos semelhantes)”.

Infrações 02/03.

O impugnante aplicou 12% de alíquota sobre bases de cálculo já reduzidas em 29,41%. Ou seja, reduziu a base de cálculo duas vezes, a exemplo do que ocorreu com óleo de soja e leite em pó.

Exemplifica citando o que consta na primeira linha do levantamento de folha 26:

“(…) ÓLEO DE SOJA SOYA PET 900 ML. O correto é reduzir 29,41% de R\$ 77,40 = BC = R\$ 54,64 x 17% = R\$ 9,29 (de ICMS a ser recolhido), que é 12% de R\$ R\$ 77,40.

O contribuinte reduz em 29,41% o valor do item 77,40 = 54,64 e aplica 12% = R\$ 6,56 (de ICMS) O QUE ESTÁ ERRADO!

Cobramos a diferença = 9,29 – 6,56 = R\$ 2,73, QUE ESTÁ SENDO COBRADA PARA CORREÇÃO DO VALOR DO ICMS.

O mesmo, de forma semelhante, acontece com Leite em Pó.

Aplica diretamente alíquota menor: 0% quando é 7%; 0% quando é 17%; 7% quando é 17% etc.

Mantemos a autuação original para esta Infração 02”.

No caso da infração 03, o sujeito passivo utilizou alíquota menor do que deveria nas saídas com ECF (equipamento Emissor de Cupom Fiscal). Há diversos casos com divergências entre a descrição da mercadoria (sujeita à tributação normal), o CFOP utilizado e o NCM/SH informado.

Observou erros nas planilhas desta infração e os corrigiu.

“No exercício de 2013 excluímos (da planilha e consequentemente da infração) os débitos dos itens com NCM 0403.1 (iogurtes), 2005.2 (salgados industrializados) e 3808.9 (repelentes) e 9619 (roupas íntimas / absorventes) – pois são itens da substituição tributária – do ANEXO 1, e têm descrições do contribuinte compatíveis com os itens da S.T.

No exercício de 2014, pelos mesmos motivos excluímos os itens com NCM 0203 (pernil) e 0403.1 (iogurtes).

Dessa forma revisamos as planilhas e débitos dos exercícios de 2013 e 2014.

As planilhas, de 2013, parcialmente apresentadas nas fls. 31, 32 e 33 devem ser substituídas pelas planilhas completas apresentadas das fls. 160 a 170 desta Informação Fiscal. E o débito deverá ser reduzido de R\$ 5.540,30 para R\$ 5.075,61.

As planilhas constam também no CD desta Informação Fiscal – fl. 229 (envelope) contendo nos títulos as indicações INFR.03.2013 e INFR.03.RESUMO.2013.

As planilhas, de 2014, parcialmente apresentadas nas fls. 34, 35 e 36 devem ser substituídas pelas planilhas completas apresentadas das fls. 171 a 182 desta Informação Fiscal. E o débito deverá ser reduzido de R\$ 9.133,48 para R\$ 8.760,53.

As planilhas constam também no CD desta Informação Fiscal – fl. 229 (envelope) contendo nos títulos as indicações INFR.03.2014 e INFR.03.RESUMO.2014”.

Infrações 04/05.

Mantém a quarta infração na íntegra e, no que se refere à quinta, acolhe as alegações do contribuinte para o período a partir de 03 de novembro de 2014, quando o adquirente (localizado no RJ – Rio de Janeiro) passou à condição de contribuinte do ICMS naquela unidade da Federação (fl. 128).

Infrações 06 a 08.

Acata as alegações relativas a carnes e todos os demais produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, bufalino e suíno, em estado natural, refrigerado, congelado, defumado, seco salgado ou temperado, inclusive charque e aves.

Retira os mencionados itens do levantamento de estoques (NCM/SH 0201 a 0210), bem como todos os tipos de pães.

“Ou seja, foram excluídos os produtos que poderiam ou podem ter sido produzidos ou transformados, modificados, reembalados pelo contribuinte, incorrendo erroneamente em omissões de entradas”.

Mantém as infrações 09/10, por entender que o sujeito passivo não as impugnou especificamente.

Pugna pela procedência parcial, nos termos expostos à fl. 139.

O sujeito passivo se manifesta às fls. 234 a 238.

Segundo afirma, a autoridade fiscal não observou que uma mercadoria somente deve ser considerada sujeita ao regime da substituição quando a descrição e o código NCM/SH constarem do Anexo I do RICMS/12. Sustenta que os itens tidos pelo autuante como iogurtes, na verdade, são derivados do leite, como bebidas lácteas e leites fermentados.

O mesmo ocorre com amendoins, batatas palito e confeitos em cores.

Quanto à mercadoria denominada “repelex”, assinala que o item 25.10 do Anexo I do RICMS/12 faz referência apenas aos inseticidas, raticidas, fungicidas, repelentes e outros semelhantes, inserindo-os na substituição apenas quando aplicáveis no ambiente domiciliar ou sobre a pele, para evitar picadas de insetos, o que não foi analisado pelo auditor.

Em seguida, pontua que - ao prestar informação -, o autuante não enfrentou todas as argumentações

defensivas referentes às infrações 02 a 04, pois sequer se manifestou acerca dos artigos 266 e 268 do RICMS/12.

Idêntica a situação da infração 05, pois nada se disse sobre o art. 15, II da Lei 7.014/96, e 06 a 08, cujas respectivas informações, a seu ver, possuem caráter genérico.

Ratifica a defesa atinente às infrações 09/10 e requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Na pauta suplementar de 17/01/2020, a 1ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência ao autuante e à repartição fiscal de origem, com o seguinte teor:

“À fl. 135, o autuante afirmou ter incluído nos levantamentos da referida imputação itens de código NCM/SH 1704.90.20, que não fazia parte do Anexo I do RICMS/12 em vigor nos períodos auditados (01/2013 a 12/2014).

Em face do exposto, na pauta suplementar de 17/01/2020, a 1ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal) decidiu converter o feito em diligência ao auditor e à repartição fiscal de origem, para que as seguintes medidas sejam adotadas.

AUTUANTE

- Deduzir do levantamento da primeira infração todas as operações com mercadorias cujas descrições ou códigos não estivessem contemplados no Anexo I do RICMS/12 vigente quando das ocorrências.

- Elaborar novo demonstrativo.

INSPETORIA

- Intimar o autuado, com a entrega, mediante recibo, de todos os papéis de trabalho, inclusive deste, para que se manifeste no prazo legal, caso queira. Na hipótese de o contribuinte juntar ao PAF novos documentos ou elementos de prova, o auditor deverá ser cientificado para que preste nova informação.

Por fim, sejam os autos encaminhados à Secretaria do Conselho, com vistas à adoção das medidas necessárias ao julgamento”.

O autuante presta informação fiscal às fls. 246 a 249, apresentando planilha de revisão da infração 01 às fls. 247/248, de R\$ 3.494,54 para R\$ 1.411,71. Já havia sido feita uma alteração quando da prestação da informação fiscal, para R\$ 1.318,81.

Ao se manifestar, às fls. 290 a 295, o contribuinte se insurge contra o fato de a diligência ter sido relativa apenas à infração 01, fato que desconsidera o que tem como diversas irregularidades referentes às demais.

Quanto às infrações 02 a 04, repete as alegações defensivas.

Em referência à quinta imputação, embora o auditor tenha acolhido a impugnação em parte, sustenta que o valor residual não procede, pois as operações foram realizadas com contribuintes inscritos no estado de destino.

O mesmo assevera no que concerne aos valores remanescentes das imputações 06 a 10, que não cometeu qualquer irregularidade.

Pugna por diligência, em nome da verdade material, e que após lhe seja concedido o prazo legal de manifestação, para que, por fim, o lançamento de ofício venha a ser julgado improcedente.

VOTO

Os pressupostos de validade do procedimento administrativo foram devidamente observados, uma vez que o auditor expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu as infrações, com a entrega ao contribuinte dos documentos e demonstrativos (fls. 76 a 78), bem como de seus dados e cálculos, indicou o embasamento jurídico e prestou informação fiscal de acordo com o que determina o art. 127, § 6º do RPAF/99.

Portanto, nada existe que possa macular o lançamento de ofício de nulidade. Não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional,

administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º do RPAF/99), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação.

Rejeitada a preliminar de nulidade, direta ou indiretamente suscitada.

Conforme o Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, quanto à obrigação principal, o prazo decadencial deve ser contado a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), quando o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas efetuar o pagamento em quantia inferior àquela que corresponderia às operações declaradas.

Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I do CTN, quando: a) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas não efetuar o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omitir a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, efetuar o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verificar que o valor recolhido foi menor do que o efetivamente devido, em virtude de dolo, fraude ou simulação, de que não há provas nos presentes autos.

Tais raciocínios somente se aplicam às infrações por descumprimento de obrigações principais (infrações 01 a 08), não havendo que se falar no art. 150, § 4º do CTN quando a obrigação é acessória (infrações 09/10), já que o dispositivo legal complementar faz expressa referência à homologação do lançamento. Nas hipóteses de multas por descumprimento de obrigações acessórias não existe o que homologar, pois os lançamentos ocorrem de ofício.

O teor das infrações 02/03 demonstra que houve recolhimento no exercício de 2013 (recolhimento a menor, em virtude da aplicação de alíquotas diversas daquelas previstas na legislação, nas saídas regularmente escrituradas).

Portanto, como a notificação da lavratura do Auto se deu no período de abril de 2018 (fls. 76 a 81), cumpre reconhecer a extinção do direito da Fazenda Pública de lançar os valores anteriores a 01/04/2013.

Ou seja, alcançadas pelo prazo de caducidade as ocorrências de janeiro a março de 2013.

Prejudicial de decadência acolhida.

Todos os elementos necessários ao julgamento estão presentes nos autos. Indefiro o pedido de realização de nova diligência (uma já foi elaborada), com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF/99.

No mérito, a infração 01 cuida da utilização indevida de crédito, referente às aquisições de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária.

O contribuinte alegou que, apesar de ter escriturado algumas mercadorias como iogurte, trata-se, na verdade, de outros produtos (bebidas lácteas e leites fermentados), de NCM/SH 0403.9 (fls. 123 a 126), não sujeitos ao regime da substituição tributária, o que foi acertadamente acolhido pelo auditor ao prestar informação, já que tais mercadorias – conforme descritas -, não constam do item 21 do Anexo I do RICMS/12 em vigor quando das operações.

Nos dizeres do defendente, *“ao limitar-se na NCM 1904.1 e 1904.9, a TIPI expressa apenas os produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou por torrefação”*.

Não lhe assiste razão, pois o código NCM/SH 1904.1 cuida de salgados industrializados, sujeitos à substituição tributária (SUCRILHOS KELLOGS – NCM/SH 1904.1000).

Idêntica a situação dos itens das rubricas 2005.2 (BATATA PALITO PERDIGÃO CONGELADA – NCM/SH 2005.2000) e 2008.11 (AMENDOIM DORI – NCM/SH 2008.1100), pois ambos são salgados industrializados, sujeitos à substituição tributária.

O sujeito passivo comete equívoco ao afirmar que a Fiscalização não levou em conta a descrição das mercadorias, pois, por exemplo, o código NCM/SH 1901.2 diz respeito a misturas de farinha de trigo, exceto bolo. O autuante, considerando que PÃO DE QUEIJO YOKI não contém farinha de trigo, apesar de ter sido comercializado com a referida rubrica, retirou as operações respectivas da planilha e da cobrança.

Em relação ao REPELEX, tendo em vista as disposições dos Protocolos ICMS 106/09 e 27/10, está contido no item 25.1 do Anexo I do RICMS/12, a título de *“inseticidas, rodenticidas, fungicidas, raticidas, repelentes e outros produtos semelhantes, apresentados em formas ou embalagens exclusivamente para uso domissanitário direto – 3808.50.1, 3808.91, 3808.92.1, 3808.99”*.

O sujeito passivo não comprovou, apenas alegou, que o uso não é domissanitário.

Os itens de NCM/SH 1806.3 (CHOC BOLINHA/COBERTURA KENKO LIQ. CARAM e diversos –1806.3210 e 1806.3220), 1806.9 (CHOC PÓ MAVALERIO SOL/CHOC GRAN DR OETKER e diversos, em pó ou granulados e COBERTURA – 1806.9000) e 1704.9020 – (CONFEITOS diversos/MINI BRINQ. UNIÃO – 1704.9020), conforme informado pelo auditor, estão sujeitos à substituição tributária.

NCM/SH 3808 (item 25.10) – mantida a exigência para o NCM/SH 3808.91 (repelentes e outros produtos semelhantes).

Na pauta suplementar de 17/01/2020, a 1ª JF (Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência ao autuante e à repartição fiscal de origem, com o seguinte teor:

“À fl. 135, o autuante afirmou ter incluído nos levantamentos da referida imputação itens de código NCM/SH 1704.90.20, que não fazia parte do Anexo I do RICMS/12 em vigor nos períodos auditados (01/2013 a 12/2014).

Em face do exposto, na pauta suplementar de 17/01/2020, a 1ª JF (Junta de Julgamento Fiscal) decidiu converter o feito em diligência ao auditor e à repartição fiscal de origem, para que as seguintes medidas sejam adotadas.

AUTUANTE

- Deduzir do levantamento da primeira infração todas as operações com mercadorias cujas descrições ou códigos não estivessem contemplados no Anexo I do RICMS/12 vigente quando das ocorrências.
- Elaborar novo demonstrativo.

INSPETORIA

- Intimar o autuado, com a entrega, mediante recibo, de todos os papéis de trabalho, inclusive deste, para que se manifeste no prazo legal, caso queira. Na hipótese de o contribuinte juntar ao PAF novos documentos ou elementos de prova, o auditor deverá ser cientificado para que preste nova informação.

Por fim, sejam os autos encaminhados à Secretaria do Conselho, com vistas à adoção das medidas necessárias ao julgamento”.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 246 a 249, apresentando planilha de revisão da infração 01 às fls. 247/248, de R\$ 3.494,54 para R\$ 1.411,71.

Como já se disse nos parágrafos acima, já havia sido feita uma alteração quando da prestação da informação fiscal, para R\$ 1.318,81, cujas razões para tanto foram apresentadas no Relatório supra, que acolho parcialmente, pelos seus próprios fundamentos.

Por exemplo, deduzidos os valores atinentes à NCM/SH 0403.9, que não constava do Anexo I do RICMS/12 quando dos fatos. Não sujeito, portanto, à substituição tributária. Operações excluídas do lançamento. Observadas as notas fiscais apresentadas pelo defendente às fls. 123 a 126.

Devido à decadência, acato parcialmente o levantamento de fls. 247/248 (segunda revisão), elaborado pelo Fisco, com exceção dos valores atinentes a janeiro a março de 2013, de modo que o valor da infração 01 reste modificado, de R\$ 3.494,54 para R\$ 1.123,53.

Infração 01 parcialmente elidida.

A infração 02 cuida de recolhimento a menor, em virtude da aplicação de alíquotas diversas

daquelas previstas na legislação, nas saídas regularmente escrituradas (01/2013 a 12/2014 – saídas por meio de notas fiscais eletrônicas).

Como bem disse o auditor ao prestar informação fiscal, o impugnante aplicou 12% de alíquota sobre bases de cálculo já reduzidas em 29,41%. Ou seja, reduziu a base de cálculo duas vezes, a exemplo do que ocorreu com óleo de soja e leite em pó.

Por exemplo, veja-se a primeira linha do levantamento de folha 26:

“(…) ÓLEO DE SOJA SOYA PET 900 ML. O correto é reduzir 29,41% de R\$ 77,40 = BC = R\$ 54,64 x 17% = R\$ 9,29 (de ICMS a ser recolhido), que é 12% de R\$ R\$ 77,40.

O contribuinte reduz em 29,41% o valor do item 77,40 = 54,64 e aplica 12% = R\$ 6,56 (de ICMS) o que está errado.

Cobramos a diferença = 9,29 – 6,56 = R\$ 2,73, que está sendo cobrada para correção do valor do ICMS.

O mesmo, de forma semelhante, acontece com Leite em Pó.

Aplica diretamente alíquota menor: 0% quando é 7%; 0% quando é 17%; 7% quando é 17% etc.”.

Devido à decadência, com a exclusão dos valores concernentes a janeiro a março de 2013 na planilha de fls. 02/03, a infração 02 fica parcialmente elidida, de R\$3.030,67 para R\$2.968,38.

No caso da infração 03 (recolhimento a menor, em função da aplicação de alíquotas diversas daquelas previstas na legislação, nas saídas regularmente escrituradas (01/2013 a 12/2014 – saídas por meio de cupons fiscais)), comprovado que o sujeito passivo utilizou alíquota menor do que deveria nas saídas com ECF (equipamento Emissor de Cupom Fiscal).

Há, segundo comprovou o autuante, diversos casos com divergências entre a descrição da mercadoria (sujeita à tributação normal), o CFOP utilizado e o NCM/SH informado.

Todavia, ao prestar a informação, o auditor percebeu erros no levantamento desta infração e os corrigiu.

“No exercício de 2013 excluímos (da planilha e consequentemente da infração) os débitos dos itens com NCM 0403.1 (iogurtes), 2005.2 (salgados industrializados) e 3808.9 (repelentes) e 9619 (roupas íntimas / absorventes) – pois são itens da substituição tributária – do ANEXO 1, e têm descrições do contribuinte compatíveis com os itens da S.T.

No exercício de 2014, pelos mesmos motivos excluímos os itens com NCM 0203 (pernil) e 0403.1 (iogurtes).

Dessa forma revisamos as planilhas e débitos dos exercícios de 2013 e 2014.

As planilhas, de 2013, parcialmente apresentadas nas fls. 31, 32 e 33 devem ser substituídas pelas planilhas completas apresentadas das fls. 160 a 170 desta Informação Fiscal. E o débito deverá ser reduzido de R\$ 5.540,30 para R\$ 5.075,61.

As planilhas constam também no CD desta Informação Fiscal – fl. 229 (envelope) contendo nos títulos as indicações INFR.03.2013 e INFR.03.RESUMO.2013.

As planilhas, de 2014, parcialmente apresentadas nas fls. 34, 35 e 36 devem ser substituídas pelas planilhas completas apresentadas das fls. 171 a 182 desta Informação Fiscal. E o débito deverá ser reduzido de R\$ 9.133,48 para R\$ 8.760,53.

As planilhas constam também no CD desta Informação Fiscal – fl. 229 (envelope) contendo nos títulos as indicações INFR.03.RESUMO.2013 e INFR.03.RESUMO.2014”.

No CD anexado à fl. 229 dos presentes autos, acolho as planilhas denominadas *INFR.03.RESUMO.2013* e *INFR.03.RESUMO.2014*. Os seus valores respectivos devem ser computados e somados para obter a quantia correta da infração 03. Todavia, da *INFR.03.RESUMO.2013* devem ser expurgadas as quantias referentes a janeiro a março de 2013, devido à decadência.

Com isso, o montante da infração 03 resta alterado, de R\$14.673,78 para R\$12.622,73. O valor de R\$ 12.622,73 resulta da soma dos totais das planilhas *INFR.03.RESUMO.2013* e *INFR.03.RESUMO.2014*, do CD anexado à fl. 229, excluídas de *INFR.03.RESUMO.2013* as quantias atinentes a janeiro a março de 2013.

Infração 03 parcialmente elidida.

O auditor manteve corretamente a infração 04 (recolhimento a menor, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo, nas saídas regularmente escrituradas (01 a 12/2014)), pois o autuado não indicou de forma específica nenhuma operação constante do levantamento que se adequasse à sua alegação de que o Regulamento do ICMS institui redução de base de cálculo nas operações internas com “*alguns produtos*” (de forma que a carga tributária incidente corresponda a 7% ou a 12%), discriminados nos artigos 266 e 268.

Com relação às alíquotas, afirmou genericamente que os artigos 15 e 16 da lei 7.014/96 dispõem sobre percentuais diferenciados (7% e 12%) e que as operações auditadas estariam embasadas nos mencionados dispositivos. Entretanto, mais uma vez, não foi específico na sua argumentação, ou seja, não apontou qualquer situação/ operação concreta.

Infração 04 caracterizada.

Na infração 05, é imputado ao sujeito passivo o recolhimento a menor, em razão de vendas para não contribuintes localizados em outras unidades da Federação, com a utilização da alíquota interestadual.

O autuado não concordou com a quinta imputação, sob o argumento de que a Lei 7.014/96, no inciso II do art. 15, estatui que nas operações e prestações interestaduais que destinem mercadorias para contribuintes ou não do imposto a alíquota corresponde a 12%, salvo quando oriundas de importação ou quando o processo de transformação tenha utilizado conteúdos de importação superior a 40%, devendo a incidência equivaler a 4% (inciso III).

Posteriormente, ao se manifestar sobre a revisão fiscal, asseverou que, embora o auditor tenha acolhido a impugnação em parte, o valor residual não procede, pois as operações foram realizadas com contribuintes inscritos no estado de destino, mas não fez prova do argumento.

O que acontece é que o agente fiscalizador, de forma correta, acolheu as alegações do contribuinte autuado para o período a partir de 03 de novembro de 2014, quando o adquirente (localizado no RJ – Rio de Janeiro) passou à condição de contribuinte do ICMS naquela unidade da Federação (fl. 128).

Do CD anexado à fl. 229, acolho o demonstrativo de nome “*INFR.05.CODICAL.RESUMO.2014.apos.Info.fiscal.xls.pdf*”, de modo que a quinta imputação reste modificada, de R\$2.565,77 para R\$1.966,95.

Infração 05 parcialmente elidida.

A sexta infração resulta de falta de recolhimento, constatada pela apuração de omissão de entradas e saídas, por intermédio de levantamento quantitativo de estoques, com a exigência do tributo relativo à diferença de maior expressão monetária, a das entradas, fundamentada na presunção legal de que o contribuinte, ao não contabilizá-las, efetuou os respectivos pagamentos por meio de receitas igualmente não declaradas, do mesmo exercício (2013 e 2014).

A infração 07 cuida da falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido de terceiros mercadorias sem documentos fiscais e sem escrituração, nas entradas sujeitas ao regime da substituição tributária, constatada via levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2013 e 2014).

Já a oitava da falta de recolhimento do ICMS antecipação tributária, de responsabilidade própria, apurado mediante valor acrescido e margem de valor adicionado, deduzida parcela a título de crédito, por ter adquirido de terceiros mercadorias sem documentos fiscais, relativas às entradas sujeitas ao regime da substituição tributária, constatada via levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados (2013 e 2014).

De forma correta, o auditor acatou as alegações relativas a carnes e todos os demais produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, bufalino e suíno, em estado natural, refrigerado, congelado, defumado, seco salgado ou temperado, inclusive charque e aves.

Retirou os mencionados itens do levantamento de estoques (NCM/SH 0201 a 0210), bem como todos

os tipos de pães.

“Ou seja, foram excluídos os produtos que poderiam ou podem ter sido produzidos ou transformados, modificados, reembalados pelo contribuinte, incorrendo erroneamente em omissões de entradas”.

Acolho a revisão de fl. 139, elaborada pelo Fisco, de maneira que as infrações 06, 07 e 08 tenham os seus valores modificados, respectivamente, de R\$17.811,09 para R\$14.534,53, R\$8.804,59 para R\$5.593,85 e R\$7.632,51 para R\$1.688,08.

Em relação às infrações 09/10, o defendente não apresentou nada de concreto nos autos, a não ser a assertiva de que não cometeu as irregularidades, o que não tem o condão de elidi-las.

Infrações 09/10 caracterizadas.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279696.0005/18-8**, lavrado contra **CODICAL DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$40.796,63**, acrescido das multas de 60% sobre R\$20.668,25 e 100% sobre R\$20.128,38, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d”, VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96, além dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$1.676,82**, previstas no incisos IX e XI da referida Lei e Artigo já citados, com os acréscimos estatuídos na Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de abril de 2021.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR