

A. I. Nº - 298958.0016/20-0
AUTUADO - ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS S/A
AUTUANTE - JOSMAN FERREIRA CASAES
ORIGEM - DAT NORTE - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 10/03/2023

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0022-06/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM O IMPOSTO PAGO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INFRAÇÃO 01. Revisão efetuada pelo Fisco, resultante do acolhimento em parte das alegações defensivas, reduziu o valor da infração. Infração 01 parcialmente elidida. b) AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO TRIBUTO. INFRAÇÃO 02. O contribuinte colacionou aos autos evidência de que comercializa tais bens na forma de sacos plásticos e o autuante não fez prova de que não houve tributação nas entradas. Infração 02 descaracterizada. 2. PRÁTICA DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. INFRAÇÃO 03. Revisão efetuada pelo Fisco, resultante do acolhimento em parte das alegações defensivas, reduziu o valor da infração. Imputação 03 parcialmente elidida. 3. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTAS DIVERSAS DAQUELAS PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. INFRAÇÃO 04. A argumentação defensiva atinente à infração 04, de que o papel higiênico possui redução de base de cálculo prevista no art. 268, XLIII do RICMS/12, de forma que a carga tributária resulte em 12%, não se aplica ao presente caso, pois o referido dispositivo regulamentar é claro ao dizer que se aplica aos estabelecimentos industriais e atacadistas. As saídas ocorreram mediante a emissão de Notas Fiscais eletrônicas de consumidor. Infração 04 caracterizada. 4. DIFERENÇAS ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNAS E AS INTERESTADUAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) BENS DO ATIVO FIXO. INFRAÇÃO 05. b) MATERIAIS DE USO E CONSUMO. INFRAÇÃO 06. Comprovado nos autos o não cometimento das irregularidades. Infrações 05/06 descaracterizadas. 5. ENTRADAS TRIBUTÁVEIS SEM REGISTRO NA ESCRITA. INFRAÇÃO 07. Revisão efetuada pelo Fisco, resultante do acolhimento em parte das alegações defensivas, reduziu o valor da infração. Infração 07 parcialmente elidida. Diligências realizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado no dia 28/09/2020, exige crédito tributário no valor histórico de R\$ 179.396,54, sob a acusação do cometimento das sete (07) irregularidades a seguir indicadas.

Infração 01 – 01.02.06: Utilização indevida de crédito, referente a mercadorias adquiridas com o imposto pago por substituição tributária (04 a 08, 10 e 11/2019). R\$ 1.610,24 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/1996.

Infração 02 – 01.02.06: Utilização indevida de crédito, relativo a aquisições de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do tributo (03 a 11/2019). R\$ 4.584,59 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/1996.

Infração 03 – 02.01.03: Falta de recolhimento, em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis (04 a 12/2019). R\$ 70.485,92 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/1996.

Infração 04 – 03.02.02: Recolhimento a menor, em razão de aplicação de alíquota diversa daquela prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (04 a 12/2019). R\$ 59.857,81 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/1996.

Infração 05 – 06.01.01: Falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de bens destinados ao ativo fixo (12/2018). R\$ 121,65 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

Infração 06 – 06.02.01: Falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de materiais destinados ao consumo (07/2018). R\$ 1.031,91 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

Infração 07 – 16.01.06: Entradas de mercadorias ou serviços tomados sem o devido registro na escrita fiscal (07/2018 a 12/2019, exceto 08/2018). Multa de R\$ 41.704,42, prevista no art. 42, IX da Lei 7.014/1996.

O contribuinte ingressa com impugnação às fls. 17 a 33.

Em relação à infração 01, assinala que o auditor inseriu equivocadamente as seguintes mercadorias no levantamento fiscal, uma vez que não estão presentes no Anexo 1 do RICMS/12:

- TAPETE BANHEIRO (NCM/SH 3926.90.90).
- PEITO DE FRANGO COPACOL (NCM/SH 16023220).

Quanto à segunda imputação, o auditor alega que o sujeito passivo teria utilizado, indevidamente, crédito fiscal referente às mercadorias sacola bobina e uva passa, adquiridas com saídas subsequentes beneficiadas com isenção.

A uva passa, além de sofrer processo de industrialização na sua desidratação, não está discriminada na Cláusula primeira, inciso II do Convênio ICMS 44/75.

Em referência à sacola bobina, o autuante também teria cometido equívoco ao considerá-la como isenta, já que a mesma não está relacionada em nenhum dos incisos do art. 265 do RICMS/12.

No tocante à infração 03, reconhece a procedência de R\$ 2.292,21 e em seguida passa a demonstrar, exemplificativamente, que as mercadorias atinentes ao restante das operações estavam sujeitas ao regime da substituição tributária, são elas: TILÁPIA, MASSA ALIMENTÍCIA DE ARROZ, MALAS, PIZZAS, SORVETES, REGISTROS DE GÁS, HAMBÚRGUER TRADICIONAL, BISCOITO POLVILHO, BOMBOM SONHO DE VALSA E OURO BRANCO, PETISCOS DOGUITOS e TORRADAS.

Relativamente à infração 04, aduz que papel higiênico possui redução de base de cálculo prevista no art. 268, XLIII do RICMS/12, de forma que a carga tributária resulte em 12%.

No que se refere à quinta imputação, considera que efetuou o pagamento, conforme tenta demonstrar no documento 19, anexado à peça defensiva.

Ademais, o autuante teria se olvidado do crédito de R\$ 54,43 da nota nº 17.983 (documento 20), registrado no campo das informações complementares, em razão de o remetente da mercadoria ser optante do Simples Nacional.

O mesmo alega no que tange à sexta infração, ou seja, que realizou o pagamento regular, conforme o documento 21.

Ao contestar a sétima e última imputação, argumenta que parte das operações autuadas foram registradas na escrita. O que aconteceu, em alguns casos, foi que o autuante se limitou a analisar os lançamentos nos meses de emissão das notas, sem se atentar para os períodos subsequentes. Junta mídia em CD para comprovar as sustentações.

Indicando assistente técnico, pede que seja realizada diligência ou revisão fiscal para sanar os equívocos apontados. Conclui requerendo seja julgado improcedente o Auto de Infração.

Na Informação Fiscal, de fls. 97 a 107, o auditor, no que concerne à primeira imputação, diz que o produto TAPETE BANHEIRO (NCM/SH 3926.90.90) está contemplado no item 8.2 do Anexo 1 do RICMS/12, enquanto PEITO DE FRANGO COPACOL (NCM/SH 16023220) no item 11.31.2 [11.25.00].

Relativamente à infração 02, exclui os valores atinentes à uva passa, mas mantém aqueles condizentes com sacolas bobinas, uma vez que se trata de bobinas de sacos plásticos disponibilizados na sessão de hortifrutigranjeiros para acondicionarem frutas e verduras, produtos beneficiados com isenção. A tributação do produto acessório (sacolas bobinas), segundo alega, deve seguir a do principal (frutas e verduras).

Após as retificações, o valor da infração 02 foi alterado, de R\$ 4.584,59 para R\$ 232,59.

Quanto à terceira imputação, manifesta-se no seguinte sentido:

Tilápia – o produto saiu da isenção desde 01/06/2016, consoante o art. 16 do Decreto nº 16.738, de 20/05/2016.

Massa alimentícia de arroz - não concorda com a defesa, pois o produto não é à base de farinha de trigo, mas de arroz.

Malas – a NCM/SH informada pelo defendente (4202.12.20, item 12.5.1 do Anexo I do RICMS/12) é para malas e pastas para documentos ou de estudantes e artefatos semelhantes, e não para malas de viagens, como é o caso, motivo pelo qual não acata a tese de impugnação.

Pizzas (NCM/SH 1905.90.90, item 11.18.1 do Anexo I do RICMS/12) – o produto é, na verdade, industrializado, com recheio, pronto para consumo, e não massa alimentícia tipo instantânea ou não cozida, não recheada, granoduro, que não contenha ovos, pelo que não acata a tese de defesa;

Sorvetes – acolhe as argumentações defensivas.

Registros de gás – não acolhe, pois a mercadoria, de NCM/SH 8481.10.00, não se enquadra no item 8.79 do Anexo I do RICMS/12.

Hambúrguer Tradicional – a mercadoria é, na verdade, industrializada, não estando sujeita ao regime da substituição tributária.

Torradas (NCM/SH 1905.40.00, item 11.16 do Anexo I do RICMS/12) – não concorda com a defesa, pois o produto não é à base de farinha de trigo, mas de arroz.

Biscoito Polvilho (NCM/SH 1905.31.00, item 11.12.0 do Anexo I do RICMS/12) - não concorda com a defesa, pois o produto não é à base de farinha de trigo, mas de polvilho ou fécula da mandioca, conforme as explicações de fl. 103, não estando sujeito à ST.

Bombom sonho de valsa e ouro branco (NCM/SH 1905.32.00, item 11.15 do Anexo I do RICMS/12) – não concorda com a defesa, uma vez que os produtos saíram da substituição tributária em 01/01/2019, em face do Decreto 18.800/2018.

Petiscos Doguitos – não se trata de rações para animais. Como o próprio nome indica, apenas pequenos petiscos, não estando sujeitos à substituição tributária.

Após as exclusões pertinentes, o crédito reclamado neste item do Auto de Infração foi modificado, de R\$ 70.485,92 para R\$ 47.942,42.

A argumentação defensiva atinente à infração 04, de que o papel higiênico possui redução de base de cálculo prevista no art. 268, XLIII do RICMS/12, de forma que a carga tributária resulte em 12%, não se relaciona com o presente caso, pois o referido dispositivo regulamentar é bastante claro ao dizer que se aplica aos estabelecimentos industriais e atacadistas.

Ao analisar o débito em comento, constatou que as saídas se deram por meio de Nota Fiscal de venda a consumidor eletrônica, em razão de que não há direito à redução de base de cálculo.

Mantém a quarta infração.

Acata integralmente a impugnação relativa às infrações 05/06.

Reconhece, no que pertine à sétima infração, que algumas Notas Fiscais de entrada foram efetivamente escrituradas, motivo pelo qual a revisa, de R\$ 41.704,42 para R\$ 30.043,80.

Pugna pela procedência parcial do lançamento de ofício, na cifra de R\$ 139.686,86.

Na manifestação de fls. 111 a 128, o sujeito passivo, no que diz respeito à infração 01, aduz que tapete para banheiro não é material de construção e que PEITO DE FRANGO COPACOL (NCM/SH 16023220) não se encarta no item 11.25.00 do Anexo I do RICMS/12, porque é cozido e temperado (fl. 112), e não fresco, resfriado, congelado, salgado etc.

Relativamente à infração 02, reitera as argumentações de defesa concernentes à sacola de bobina, uma vez que não está prevista em nenhum dos incisos do art. 265 do RICMS/12. Prova disso é que, no momento da aquisição do produto, tributou normalmente a operação (documento 04).

Repete as alegações de defesa concernentes à infração 03.

Em relação à infração 04, anexa extrato do seu CNPJ à fl. 123 para reforçar o seu argumento de que desenvolve a atividade de comércio atacadista, situação que inclusive foi reconhecida por este Conselho de Fazenda, ao ser determinada em sede de diligência de outro PAF a aplicação do índice de perda de 0,99% em levantamento quantitativo de estoques (documentos 15/16).

Quanto à infração 07, assinala que as notas de devolução, denegadas, de remessa para locação, de comodato e de “*outras saídas*” (fl. 127) também devem ser expurgadas do demonstrativo.

Pede revisão e requer a improcedência da autuação.

Uma vez que a Fiscalização não tomou conhecimento da manifestação de fls. 111 a 128, o PAF foi convertido em diligência à fl. 334 para que tomasse e apresentasse Informação Fiscal, abordando todos os fundamentos de fato e de direito, conforme preceitua o art. 127, § 6º do RPAF/99.

Na Informação de fls. 338 a 345, o auditor assinala o que segue:

“INFRAÇÃO 01 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

Em sua nova peça impugnatória, a Autuada insurge-se contra a cobrança dos produtos Tapete banheiro – NCM 3926.90.90 e Peito de frango – Copacol – NCM 1602.32.20, tendo em vista o fato de que o Auditor considerou, de forma equivocada, que os produtos acima estariam sujeitos ao regime da substituição tributária.

Após análise das planilhas de débito, reconhecemos o equívoco cometido, e informamos a exclusão dos produtos mencionados da planilha de débito, e que anexamos a este PAF nova planilha de débito para a infração ora em lide.

Diante do exposto, e após as exclusões pertinentes, remanesce a cobrança de um crédito tributário em favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia no monte de R\$ 130,15.

INFRAÇÃO 02) utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto.

Para esta Infração, alega a Suplicante que a sacola bobina não pode ser considerada como produto isento, visto que a mesma não está elencada em nenhum dos incisos do art. 265, do RICMS/12, devendo esta ser interpretada literalmente, conforme previsão contida no inciso II, art. 111, do CTN.

Quanto ao produto Sacola Bobina, informamos que se trata de bobinas com sacos plásticos disponíveis na seção de HORTIFRUTIGRANJEIROS dos mercados e supermercados para acondicionarem frutas e verduras, conforme informa a própria Autuada, produtos beneficiados com isenção, portanto o produto acessório (bobinas com sacos plásticos) acompanham a tributação do produto principal.

Diante do exposto, remanesce a cobrança de um crédito tributário em favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia no monte de R\$ 232,59.

INFRAÇÃO 03) Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Alega a Suplicante ter o Autuante, desconsiderado que as mercadorias estavam sujeitas ao regime da substituição tributária, motivo este que descaracteriza a exigência do imposto, já que o mesmo era indevido por já ter sido recolhido quando da aquisição das mercadorias, nos termos do Anexo I do RICMS c/c o artigo 290 do RICMS.

Passando, logo em seguida, a demonstrar exemplificativamente, que as mercadorias estavam sujeitas à isenção ou ao regime da substituição tributária.

Entendemos que razão, em parte, cabe à Autuada, e passaremos a exemplificar os produtos por esta mencionados:

1 - MASSA ALIMENTÍCIA DE ARROZ – produto excluído da planilha de débito;

2 – MALA – produto excluído da planilha de débito;

3 – PIZZAS - Alega a Autuada que a NCM correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal é 1905.90.90, e que o item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2019) onde contem a NCM correta da mercadoria – 11.18.1. – Informação Fiscal – o produto mencionado é, na verdade, produto industrializado, com recheio, e pronta para consumo, e NÃO de massas alimentícias tipo instantâneas ou não cozidas, nem recheadas, granoduro, e que não contenham ovos, mantida a cobrança;

4 – SORVETES - produto excluído da planilha de débito;

5 – REGISTRO DE GÁS - Alega a Autuada que a NCM correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal é 8481.10.00, e que o item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2019) onde contem a NCM correta da

mercadoria – 8.79. – *Informação Fiscal* – informamos que razão não cabe à Defendente, pois o produto mencionado NÃO se enquadra no item 8.79 do Anexo I do RIMCS, mantida a cobrança;

6 – **HAMBURGER TRADICIONAL** - Alega a Autuada que a NCM correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal é 02.02.30.00 e que o item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2019) onde contem a NCM correta da mercadoria – 11.22. – *Informação Fiscal* – o produto mencionado é, na verdade, produto industrializado, tributado normalmente pelo ICMS, não estando sujeito ao regime da substituição tributária, mantida a cobrança;

7 – **BISCOITO POLVILHO** - produto excluído da planilha de débito;

8 – **BOMBOM SONHO DE VALSA E OURO BRANCO** - Alega a Autuada que a NCM correta da mercadoria de acordo com a Nota Fiscal é 1905.32.00, e que o item contido no Anexo I do RICMS (vigente em 2019) onde contem a NCM correta da mercadoria – 11.15. – *Informação Fiscal* – Informamos que NÃO procedem as alegações defensivas, uma vez que os produtos mencionados saíram da Substituição Tributária a partir de 01/01/2019, conforme Decreto nº. 18.800 de 20 de dezembro de 2018, mantida a cobrança;

9 – **PETISCOS DOGUITOS** - produto excluído da planilha de débito;

10 – **TORRADA** - produto excluído da planilha de débito; e

11- **TILÁPIA** - produto excluído da planilha de débito.

Diante do exposto, e após as exclusões pertinentes, remanesce a cobrança de um crédito tributário em favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia no monte de R\$ 27.421,02.

INFRAÇÃO 04) recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regulamente escrituradas.

Para esta Infração, a Defendente alega que o produto papel higiênico, possui uma redução de base de cálculo prevista no inciso XLIII, do artigo 268, do RICMS/12, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12%. O inciso XLIII, do artigo 268, do RICMS/12, é bem claro quanto ao fato de que, os beneficiários da redução da base de cálculo mencionada são os estabelecimentos industriais e atacadistas, e ao analisarmos a planilha de débito em comento, verificamos que as saídas do mencionado produto se dão através de NFC-e (Nota Fiscal de Consumidor Eletrônica), são vendas realizadas para consumidor final. Logo, a Suplicante NÃO tem direito a tal redução da base de cálculo. Quanto a mercadoria mencionada e aos demais produtos constantes da planilha de débito, mantemos a cobrança integral para esta Infração.

INFRAÇÃO 07) deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

Para esta Infração, informamos que **TODAS** as Notas Fiscais de Entrada, que a Autuada comprovou a efetiva escrituração nos livros Registros de Entradas do estabelecimento foram excluídas das planilhas de débito. Informamos ainda o refazimento das planilhas com a exclusão das Notas Fiscais das planilhas de débito. Remanescendo para esta infração o montante de R\$ 15.715,37 em favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia.

DA CONCLUSÃO

Diante do acatamento parcial das alegações da Autuada e efetuados os expurgos pertinentes constantes no PAF ora em lide, correspondente ao refazimento do Demonstrativo de Débito para a mesma, reclamamos em favor da Fazenda Pública Estadual um crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 103.356,94 (Cento e três mil trezentos e cinquenta e seis reais e noventa e quatro centavos) acrescidos dos consectários legais pertinentes”.

O sujeito passivo volta a se manifestar às fls. 352 a 362.

Além de reiterar alguns argumentos já expostos, alega, em referência à infração 02, que as sacolas de bobinas mantidas nesta autuação foram adquiridas com o intuito de revenda, e não de serem alocadas na seção de hortifruti, tanto que no momento da aquisição houve recolhimento de imposto (fl. 353).

Ratifica as demais sustentações da impugnação, pedindo revisão e improcedência.

Na Informação Fiscal de fls. 401 a 406, o autuante mantém o seu posicionamento anterior.

No dia 28/04/2022, o PAF foi convertido em diligência, com as seguintes observações:

“O Auto de Infração, lavrado no dia 28/09/2020, exige crédito tributário no valor histórico de R\$ 179.396,54, sob a acusação do cometimento de sete (07) irregularidades.

O auditor fiscal apresentou informação às fls. 338 a 345, com CD contendo planilhas de revisão, juntado à fl. 347.

Ocorre que alguns dos demonstrativos de revisão não estão condizentes com o conteúdo do texto da informação.

Relativamente à infração 01, por exemplo, foi dito ter sido alterada para R\$ 130,15, muito embora na planilha respectiva do mencionado CD esteja designado o valor originalmente lançado.

No que concerne à infração 03, cuja alteração, consoante o texto da informação, foi para R\$ 27.421,02, a modificação contida no arquivo denominado “SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM TRIBUTAÇÃO - 2019” da mídia em CD de fl. 347 contém o montante de R\$ 47.943,05.

Em face do exposto, na pauta suplementar de março de 2022, a 6ª JJF decidiu converter o feito em diligência ao autuante, para que elabore as devidas correções nos levantamentos revisionais, anexando nova mídia em CD aos autos.

Feito isso, o contribuinte deverá ser cientificado para que, querendo, se manifeste no prazo legal.

Por fim, os autos deverão retornar a este Conselho, com vistas à adoção das medidas necessárias ao julgamento”.

Conforme a informação de fl. 413, o auditor juntou a mídia em CD com os arquivos de correção à fl. 414.

Embora o sujeito passivo não tenha sido notificado da referida diligência, deu-se prosseguimento à instrução do feito, sem prejuízo ao seu direito de defesa, pois a mesma (diligência) teve o simples objetivo de corrigir os valores constantes das planilhas em CD de fl. 347, para que ficassem em consonância com o teor da informação de fls. 338 a 345, sobre os quais o contribuinte teve oportunidade plena de se manifestar e se manifestou.

Os valores expostos nos arquivos em formato EXCEL da mídia em CD de fl. 414, resultado da segunda diligência, já haviam sido apresentados no texto da Informação Fiscal de fls. 338 a 345, sobre a qual o fiscalizado se manifestou.

No dia 19/07/2022 (fl. 440) o PAF foi convertido na terceira diligência, com o seguinte teor:

“A Infração 02 do presente lançamento de ofício imputa ao sujeito passivo a utilização indevida de crédito, relativo a aquisições de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do tributo (03 a 11/2019). R\$ 4.584,59 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/1996.

Em referência ao item sacola bobina, alega o autuado que o autuante teria cometido equívoco ao considerá-la como isenta, já que a mesma não está relacionada em nenhum dos incisos do art. 265 do RICMS/12.

Quanto à mencionada imputação do AI (infração 02), o auditor exclui os valores atinentes à uva passa, mas mantém aqueles condizentes com sacolas, uma vez que, a seu ver, se trata de bobinas de sacos plásticos disponibilizados na sessão de hortifrutigranjeiros para acondicionarem frutas e verduras, produtos beneficiados com isenção. A tributação do produto acessório (sacolas bobinas), na sua linha de entendimento, deve seguir a do principal (frutas e verduras).

Ocorre que, na assentada de julgamento de 19/07/2022, os membros da 6ª JJF não concordaram com a afirmação de que a tributação do acessório deve seguir a do principal, o que, por si só, é situação suficiente para afastar a exigência em comento.

Além disso, há evidências nos autos de que o impugnante oferece sacolas bobinas nas prateleiras para comercialização.

Em face do exposto, decidiu o colegiado converter o feito em diligência ao autuante, para que elabore novo levantamento da infração 02, considerando as razões acima expendidas”.

Na Informação Fiscal, de fl. 445, o auditor ressalta que não remanesceram valores a exigir na infração 02.

À fl. 450, o autuado tomou ciência da diligência fiscal e reiterou todos os argumentos defensivos já expostos nas suas intervenções processuais anteriores.

VOTO

Três diligências já foram realizadas no presente feito. Não é o caso de convertê-lo em outra, o que conluo com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF/99. Todos os elementos necessários ao julgamento estão contidos nos autos.

No dia 28/04/2022, o PAF foi convertido na segunda diligência, com as seguintes observações:

“O Auto de Infração, lavrado no dia 28/09/2020, exige crédito tributário no valor histórico de R\$ 179.396,54, sob a acusação do cometimento de sete (07) irregularidades.

O auditor fiscal apresentou informação às fls. 338 a 345, com CD contendo planilhas de revisão, juntado à fl. 347.

Ocorre que alguns dos demonstrativos de revisão não estão condizentes com o conteúdo do texto da informação.

Relativamente à infração 01, por exemplo, foi dito ter sido alterada para R\$ 130,15, muito embora na planilha respectiva do mencionado CD esteja designado o valor originalmente lançado.

No que concerne à infração 03, cuja alteração, consoante o texto da informação, foi para R\$ 27.421,02, a modificação contida no arquivo denominado “SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM TRIBUTAÇÃO - 2019” da mídia em CD de fl. 347 contém o montante de R\$ 47.943,05.

Em face do exposto, na pauta suplementar de março de 2022, a 6ª JJF decidiu converter o feito em diligência ao autuante, para que elabore as devidas correções nos levantamentos revisionais, anexando nova mídia em CD aos autos.

Feito isso, o contribuinte deverá ser cientificado para que, querendo, se manifeste no prazo legal.

Por fim, os autos deverão retornar a este Conselho, com vistas à adoção das medidas necessárias ao julgamento”.

Conforme a informação de fl. 413, o auditor juntou a mídia em CD de fl. 414.

Embora o sujeito passivo não tenha sido notificado da referida diligência, deu-se prosseguimento à instrução do feito sem prejuízo ao seu direito de defesa, pois a mesma (diligência) teve o simples objetivo de corrigir os valores constantes de alguns arquivos das planilhas em CD de fl. 347, para que ficassem em consonância com o teor e os valores designados na informação de fls. 338 a 345, sobre os quais o contribuinte teve oportunidade plena de se manifestar e se manifestou.

Os valores expostos nos arquivos em formato EXCEL da mídia em CD de fl. 414, resultado da segunda diligência, já haviam sido apresentados no texto da Informação Fiscal de fls. 338 a 345, sobre a qual o fiscalizado exerceu com plenitude o direito de se manifestar.

Além disso, os autos foram convertidos na terceira diligência à fl. 440. À fl. 450, o autuado tomou ciência da diligência fiscal e reiterou todos os argumentos defensivos já expostos nas suas intervenções processuais anteriores.

O primeiro item do Auto de Infração cuida da utilização indevida de crédito, referente a mercadorias adquiridas com o imposto pago por substituição tributária.

O sujeito passivo conseguiu comprovar e o auditor concordou com isso na Informação Fiscal de fls. 338 a 345, acima relatada, que TAPETE BANHEIRO não é material para construção, não estando submetido, portanto, à substituição tributária, e que PEITO DE FRANGO COPACOL (NCM/SH 16023220) não consta do Anexo 1 do RICMS/12.

Acolho a revisão contida no arquivo denominado “*CRÉDITO FISCAL INDEVIDO ST – 2019*” da mídia em CD de fl. 414, de maneira que o valor da infração 01 reste modificado, de R\$ 1.610,24 para R\$ 130,15.

Infração 01 parcialmente elidida, conforme demonstrativo abaixo?

DATA DA OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO R\$	VALOR JULGADO R\$
30/04/2019	285,22	0,00
31/05/2019	112,00	0,00
30/06/2019	3,58	3,58
31/07/2019	201,96	89,57
31/08/2019	352,94	0,00
31/10/2019	259,17	0,00
30/11/2019	395,37	37,00
TOTAL	1.610,24	130,15

A infração 02 trata da utilização indevida de crédito, relativo a aquisições de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do tributo.

A uva passa, além de sofrer processo de industrialização na sua desidratação, não está discriminada no Convênio ICMS 44/75.

Quanto ao produto sacola bobina, não se trata exclusivamente de bobinas com sacos plásticos disponíveis na seção de HORTIFRUTIGRANJEIROS dos mercados e supermercados para acondicionarem frutas e verduras, itens beneficiados com isenção.

O contribuinte colacionou aos autos evidência de que comercializa tais bens na forma de sacos plásticos (fl. 50) e o autuante não fez prova de que não houve tributação nas entradas.

Infração 02 descaracterizada.

Na infração 03, o defendente foi acusado da falta de recolhimento, em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis.

O autuado reconheceu como devido o valor de R\$ 2.292,21, mas contestou o restante, sob o argumento de que os respectivos produtos estavam sujeitos ao regime da substituição tributária. São eles: MASSA ALIMENTÍCIA DE ARROZ, MALAS, PIZZAS, HAMBÚRGUER TRADICIONAL, TILÁPIA, SORVETES, REGISTROS DE GÁS, TORRADAS, BISCOITO POLVILHO, PETISCOS DOGUITOS E BOMBONS SONHO DE VALSA E OURO BRANCO.

Passemos a analisá-los, um a um.

1 - MASSA ALIMENTÍCIA DE ARROZ – acolhidas as argumentações defensivas (itens 11.6 e 11.7 do Anexo 1 do RICMS/12).

2 – MALAS – acolhidas as argumentações defensivas (item 12.5.1 do Anexo 1 do RICMS/12).

3 – PIZZAS - o produto é industrializado, com recheio e pronto para consumo. Não se trata de massas alimentícias tipo instantâneas ou não cozidas, nem recheadas, granoduro e que não contenham ovos.

- 4 – REGISTRO DE GÁS – a mercadoria não se enquadra no item 8.79 do Anexo 1 do RICMS.
- 5 – TORRADA - acolhidas as argumentações defensivas (item 11.16 do Anexo 1 do RICMS/12).
- 6 – BISCOITO POLVILHO - acolhidas as argumentações defensivas (itens 11.11 a 11.13 do Anexo 1 do RICMS/12).
- 7 – BOMBOM SONHO DE VALSA E OURO BRANCO - os produtos saíram da substituição tributária a partir de 01/01/2019, conforme o Decreto nº. 18.800, de 20 de dezembro de 2018.
- 8 - SORVETES – acolhidas as argumentações defensivas (item 15.1 do Anexo 1 do RICMS/12).
- 9 - PETISCOS DOGUITOS – com efeito, trata-se de pequenos agrados alimentares, que devem ser oferecidos como forma de recompensa ou até mesmo para evitar doenças. As RAÇÕES DO TIPO PET para animais domésticos compreendem apenas os produtos utilizados na alimentação de animais capazes de atender integralmente as exigências nutricionais a que se destinam, caracterizando alimentos completos.
- 10 – HAMBÚRGUER TRADICIONAL – o produto mencionado é, na verdade, industrializado, tributado normalmente pelo ICMS, não estando sujeito ao regime da substituição.
- 11 – TILÁPIA - produto excluído da planilha de débito.

Acolho a revisão contida no arquivo denominado “SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM TRIBUTAÇÃO - 2019” da mídia em CD de fl. 414, de maneira que o valor da infração 03 reste modificado, de R\$ 70.485,92 para R\$ 27.421,02.

Infração 03 parcialmente elidida, conforme demonstrativo abaixo:

DATA DA OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO R\$	VALOR JULGADO R\$
30/04/2019	4.182,2	1.252,89
31/05/2019	9.282,73	4.704,54
30/06/2019	7.615,02	4.240,46
31/07/2019	5.596,46	3.186,75
31/08/2019	6.938,66	3.251,42
30/09/2019	6.814,14	2.323,03
31/10/2019	8.106,22	2.728,17
30/11/2019	10.211,17	2.852,64
31/12/2019	11.739,32	2.881,12
TOTAL	70.485,92	27.421,02

A infração 04 imputa recolhimento a menor, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O defendente alega que é atacadista e que papel higiênico possui redução de base de cálculo, prevista no inciso XLIII do artigo 268 do RICMS/12, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12%.

Todavia, restou constatado que as saídas ocorreram mediante a emissão de Notas Fiscais eletrônicas de consumidores.

O inciso XLIII do artigo 268 do RICMS/12 é claro quanto ao fato de que os beneficiários da redução da base de cálculo mencionada são os estabelecimentos industriais e atacadistas.

Infração 04 caracterizada.

No que se refere à quinta imputação, comprovado o pagamento, conforme demonstrado no documento 19, anexado à peça defensiva.

O autuante não observou o crédito de R\$ 54,43 da nota nº 17.983 (documento 20), registrado no campo das informações complementares, em razão de o remetente da mercadoria ser optante do Simples Nacional.

O mesmo ocorreu no tocante à sexta infração, ou seja, comprovado o pagamento regular, conforme o documento 21, colacionado à impugnação.

Infrações 05/06 descaracterizadas.

A infração 07 acusa entradas no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

O autuante informou e o impugnante não mais se manifestou a respeito de que todas as notas de entrada com a escrituração devidamente comprovada nos livros Registro de Entradas do estabelecimento foram excluídas das planilhas de débito.

Acolho a revisão contida nos arquivos denominados “NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO ESCRITURADAS - 2018” e “NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO ESCRITURADAS - 2019” da mídia em CD de fl. 249, de maneira que o valor da infração 07 reste modificado, de R\$ 41.704,42 para R\$ 15.715,38 (R\$ 8.514,78 em 2018 e R\$ 7.200,59 em 2019).

Infração 07 parcialmente elidida.

DATA DA OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO R\$	VALOR JULGADO R\$
31/07/2019	323,08	23,08
30/09/2018	1.036,94	601,65
31/10/2018	3.102,38	2.977,00
30/11/2018	631,50	196,21
31/12/2018	4.921,28	4.716,84
31/01/2019	1.278,40	1.242,71
28/02/2019	578,76	133,41
31/03/2019	5.516,98	160,51
30/04/2019	1.620,46	953,31
31/05/2019	1.373,81	487,69
30/06/2019	1.336,75	1.021,29
31/07/2019	827,65	546,60
31/08/2019	528,79	298,91
30/09/2019	1.693,14	121,57
31/10/2019	2.209,18	905,06
30/11/2019	1.722,26	450,83
31/12/2019	13.002,96	878,71
TOTAL	41.704,32	15.715,38

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, na forma abaixo.

INFRAÇÃO	VALOR HISTÓRICO (R\$)	VALOR JULGADO (R\$)	RESULTADO
1	1.610,24	130,15	PROC PARTE
2	4.584,59	0,00	IMPROCEDENTE
3	70.485,92	27.421,02	PROC PARTE
4	59.857,81	59.857,81	PROCEDENTE
5	121,65	0,00	IMPROCEDENTE
6	1.031,91	0,00	IMPROCEDENTE
7	41.704,42	15.715,38	PROC PARTE
TOTAL	179.396,54	103.124,36	

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 **298958.0016/20-0**, lavrado contra **ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 87.408,98**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e VII, “a” da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no montante de **R\$ 15.715,38**, prevista no art. 42, IX da citada Lei, com os acréscimos moratórios previstos na Lei 9.837/05.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 03 de fevereiro de 2023

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR