

PROCESSO	- A. I. N° 298958.0016/20-0
RECORRENTE	- ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS S/A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0022-06/23-VD
ORIGEM	- DAT SUL / INFACONSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 18/07/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0209-12/24-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. INFRAÇÃO 03. Revisão efetuada pelo Fisco, resultante do acolhimento em parte das alegações defensivas. Nas razões recursais elidiram autuação nos produtos: “pizzas”, “regulador de gás”, bombons “sonho de valsa” e “ouro branco”, “hambúrguer tradicional” e “petiscos doguitos”. Imputação elidida parcialmente. 2. 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 caracterizada. 3. MULTA. 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. Modificada a Decisão recorrida. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator quanto à infração 4. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário em face da Decisão da 6ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, desonerando o Sujeito Passivo (Inscrição Estadual nº 144.638.888) no valor de R\$ 132.243,56 (fl. 49), ao tempo da prolação da decisão.

Não houve, portanto, desoneração em monta que determinasse o processamento de Recurso de Ofício (art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99).

O Auto de Infração foi lavrado em 28/09/2020 e notificado ao Sujeito Passivo em 03/10/2020 (fls. 15), para exigir ICMS e multa (60% sobre o valor lançado), nas Infrações 01 a 06; mais multa isolada (Infração 07), no montante histórico de R\$ 179.396,64, com os acréscimos legais, em decorrência da acusação de cometimento de sete infrações ao longo dos exercícios de 2018 e 2019.

São objeto do Recurso Voluntário apenas as Infrações 03, 04, e 07, que foram enunciadas da seguinte maneira:

Infração 03 – 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. [...] **Enquadramento Legal:** Art. 2º, inciso I; art. 32 da Lei nº 7.014/96 C/C art. 332, inciso I, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa Aplicada:** art. 42, inciso II,

alínea “a” da Lei 7.014/96. **Total da Infração:** R\$ 70.485,92

Infração 04 – 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. [...] **Enquadramento Legal:** artigos 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96. **Multa aplicada:** Artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96. **Total da Infração:** R\$ 59.857,81

Infração 07 – 16.01.06: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal. [...] **Enquadramento Legal:** Artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa aplicada:** Artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96. **Total da Infração:** R\$ 41.704,42

O contraditório se desenvolveu em primeiro grau com **Defesa** às fls. 17 a 33, mais documentos de fls. 34 a 94; “**Informação Fiscal 1**” às fls. 97 a 108, mídia à fl. 109, concluindo pela revisão parcial do lançamento; **Manifestação** do Defendente às fls. 111 a 128, mais documentos de fls. 129 a 329; **Diligência à INFAT de Origem** (com *Requisição* de fl. 334, para o Autuante prestar informações após manifestação da Defendente; *Informação Fiscal* de fls. 338 a 346; *Manifestação do Defendente* de fls. 352 a 362, ratificando inconformismos com o levantamento; *Informação Fiscal* de fls. 401 a 406, promovendo novos ajustes); nova **Diligência à INFAT de Origem** (com *Requisição* de fl. 408, solicitando esclarecimentos à Fiscalização a respeito dos demonstrativos e intimação da Defendente; *Informação Fiscal* de fl. 413, anexando “planilhas corretas” em mídia de fl. 414).

Remetidos os autos para julgamento (fl. 415) e declarada encerrada a instrução (fl. 416), houve juntada de relatórios de pagamento (fls. 417 a 420, num total de R\$ 14.762,97), e ainda de uma petição de juntada de documentos da Defendente, fls. 422 a 437.

Em sessão de 19/07/2022, foi determinada nova **Diligência à INFAT de Origem** (com *Requisição* de fl. 440, solicitando ajustes no demonstrativo; *Informação Fiscal* de fl. 445, afirmando que com o demonstrativo “não remanesceu nenhum valor em favor da Fazenda Pública Estadual, referente à infração 02”; **Manifestação** do Defendente anuindo com o resultado da diligência, à fl. 450).

Em 03/02/2023 (fls. 457 a 468) a 6ª JJF julgou o Auto de Infração Parcialmente Procedente, consoante voto acolhido à unanimidade e redigido nos seguintes termos:

VOTO

Três diligências já foram realizadas no presente feito. Não é o caso de convertê-lo em outra, o que concluo 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 I 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 secção de HORTIFRUTIGRANJEIROS dos mercados e supermercados para acondicionar 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 defensor 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, TILAPIA, 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 I do RICMS/12).

2 – MALAS – acolhidas as argumentações defensivas (item 12.5.1 do Anexo I 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 I do RICMS.

5 – TORRADA - acolhidas as argumentações defensivas (item 11.16 do Anexo I do RICMS/12).

6 – BISCOITO POLVILHO - acolhidas as argumentações defensivas (itens 11.11 a 11.13 do Anexo I 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 I 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 impõe recolhimento a menor, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regulamente escrituradas.

O defensor 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	

3) Não foi interposto recurso de ofício, certamente por escapar ao valor de alçada (art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99).

Regularmente intimado o Sujeito Passivo ofereceu Recurso Voluntário (fls. 477 a 495), em cujas razões teceu os argumentos a seguir sumarizados:

- A) Em relação à Infração 03, tece considerações analíticas sobre o porquê de cada uma das mercadorias “pizza”, “registro de gás”, “bombons sonho de valsa e ouro branco”, “petiscos doguitos” e “hambúrguer tradicional” não se encontravam sujeitas à tributação normal ao tempo dos fatos, devendo ser excluídos do lançamento.
- B) Em relação à Infração 04, critica a desconsideração da Recorrente na qualidade de “atacadista” para o fim da redução de base de cálculo de que trata o inciso XLIII, do artigo 268 do RICMS-BA/12, aduzindo que para fins da Portaria nº 445/98 é essa a classificação em que a empresa vem sendo enquadrada, por ocasião da apuração das perdas em levantamentos quantitativos de estoques, por espécie de mercadorias, em exercício fechado.
- C) Em relação à Infração 07, afirma que o órgão julgador *a quo* não analisou todas as questões trazidas em sua Defesa (acerca da depuração de notas fiscais classificáveis como “notas de devolução”, “notas denegadas”, “notas de remessa para locação”, “notas de comodato”, e “notas de outras saídas”), e requer que seja reformada a decisão por não ter descumprido a obrigação acessória, tendo escriturado regularmente a entrada de todas as mercadorias e/ou serviços.

Conclui requerendo a exclusão das infrações 03, 04 e 07 do lançamento.

Recebidos os autos, estes foram a mim distribuídos e, por considerá-los instruídos, solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse sua inclusão em pauta, motivo pelo qual os trago a esta assentada. Na oportunidade, falou pela Recorrente o Dr. Sinésio Cyrino da Costa Neto, OAB/BA nº 36.212, em conformidade com o Regimento Interno deste CONSEF.

É o relatório.

VOTO (Vencido quanto à Infração 04)

Conheço do recurso, pois nele enxergo o pressuposto do cabimento (art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99), e da tempestividade (art. 171 do RPAF/99).

Sem preliminares, passo ao mérito.

Em relação à Infração 03:

- “**pizzas**”: com efeito, os itens 11.18.1 (para o exercício de 2019) e 11.28.1 (para o exercício de 2018) do Anexo I ao RICMS-BA/12 inclui as pizzas no regime de substituição, as quais são classificadas e classificáveis na posição da NCM ali indicada (1905.90.90), sujeitas à substituição tributária, portanto **devem ser excluídas** dos demonstrativos do lançamento - cito Acórdãos CJF nºs 0172-11.22-VD, j. em 08/06/2022, e 0142-12/20-VD, j. em 17/06/2020; 0286-12/23-VD, j. em 23/08/2023;
- “**regulador de gás**” (REGISTRO GAS NEDO CO): embora de uso doméstico, a mercadoria é classificada e classificável nas posições NCM 8481, é uma válvula redutora de pressão, que permite que o GLP acomodado no vasilhame de 13kg (por exemplo) seja admitido à pressão adequada para os equipamentos de cocção (fornos, fogões etc.), de modo que nada justifica - e causa espécie a lacuna argumentativa tanto da Fiscalização quanto do órgão de primeiro grau - que se deixe de considerar como sujeito à substituição tributária - cito o Acórdão CJF nº 0280-11/22-VD, j. em 21/09/2022; 0286-12/23-VD, j. em 23/08/2023;
- bombons “**sonho de valsa**” e “**ouro branco**”: a despeito da polêmica nacional em torno da classificação desses itens, que faz corar quem milita pela racionalidade da tributação em nosso País consoante já me manifestei em outras oportunidades, no caso em tela a discussão versa sobre conter ou não cobertura “*que possa ser tecnicamente definida como chocolate ou glacê*” para descharacterizar a referida mercadoria, produto de confeitoraria, seja como “waffer” (itens 11.15, em 2019; e 11.25 em 2018), seja como “produto de confeitoraria contendo cacau” (item 11.7, em 2018) as referidas mercadorias estão sujeitas ao regime de substituição tributária, **devendo ser excluídas** dos demonstrativos, conforme Acórdão CJF nº 0286-12/23-VD, j. em 23/08/2023, levando em consideração que a polêmica nacional em torno da mercadoria nos leva à aplicação do benefício da dúvida ao contribuinte, sob a inspiração do que dispõe o art. 112 do CTN;
- “**hambúrguer tradicional**”: com efeito, trata-se de produto resultante da matança de gado bovino fresco, classificado e classificável na posição NCM 0202.30.00, sujeita à substituição tributária no Anexo I ao RICMS-BA/12 em ambos os exercícios, **nada justificando sua exclusão** sob o pretexto de ser “industrializado”;
- “**petiscos doguitos**”: nada na norma diferencia “*pequenos agrados*”, como afirma o órgão julgador *a quo* de “rações tipo pet”, de modo que a Fiscalização e o primeiro grau, a meu ver, fizeram interpretação que distingue hipóteses onde o legislador não o fez, de modo que a meu ver o item também encontrava-se, ao tempo dos fatos, sujeito ao regime da substituição tributária.

Ante o exposto, em relação à Infração 03, sou pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, de modo que o lançamento, no particular, deve ser liquidado da seguinte maneira:

D.OCORRÊNCIA	VL HISTÓRICO	VL JULGADO-JJF	VL JULGADO-CJF
30/04/2019	4.182,2	1.252,89	219,83
31/05/2019	9.282,73	4.704,54	521,54
30/06/2019	7.615,02	4.240,46	506,15
31/07/2019	5.596,46	3.186,75	367,66
31/08/2019	6.938,66	3.251,42	480,97
30/09/2019	6.814,14	2.323,03	220,28
31/10/2019	8.106,22	2.728,17	385,41
30/11/2019	10.211,17	2.852,64	304,66

31/12/2019	11.739,32	2.881,12	436,15
TOTAL	70.485,92	27.421,02	3.442,65

Em relação à Infração 04:

Com razão a Recorrente ao afirmar que realiza atividade atacadista. Conforme demonstrou, essa atividade encontra-se presente no seu cadastro perante a Fazenda Pública Estadual, sendo ainda objeto de acolhimento pelo Fisco, quando da apuração de perdas em auditorias de estoque, considerando que realiza concomitantemente comércio varejista e comércio atacadista (atacarejo).

Ora, não há razão para se negar a redução de base de cálculo na situação em tela, para o comércio de papel higiênico (art. 268, inciso XLIII do RICMS-BA/12).

Sou pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, também nesse particular.

Em relação à Infração 07

Compulsando os autos, nota-se que houve intenso esgrimir entre a Fiscalização e o Sujeito Passivo no afã de demonstrar, entre outras questões, quais notas fiscais que aparelharam operações destinadas ao Sujeito Passivo haveriam de estar escrituradas ou não. O órgão de piso decidiu à luz das provas, e a partir das diligências fiscais que foram realizadas com a colaboração do Sujeito Passivo.

Em suas razões recursais, contudo, o Sujeito Passivo deixa de apontar quais teriam sido as operações que, em seus demonstrativos, estariam desenquadradas do dever instrumental de registro. Limita-se a indicar quais categorias de notas fiscais que, a seu ver, não deveriam ser escrituradas.

Penso que aqui as regras de aplicação da linguagem das provas, conforme enunciadas no RPAF/99 (arts. 140 e seguintes), acarretam nesse caso o dever de manutenção do lançamento. Sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário nesse particular.

Ante o exposto, sou pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, liquidando-se o lançamento da seguinte maneira:

INFRAÇÃO	VALOR HISTÓRICO (R\$)	6 ^a JJF (R\$)	2 ^a CJF (R\$)	RESULTADO DO RECURSO
1	1.610,24	130,15	130,15	(sem recurso)
2	4.584,59	0,00	0,00	(sem recurso)
3	70.485,92	27.421,02	3.442,65	PROVIDO
4	59.857,81	59.857,81	0,00	PROVIDO
5	121,65	0,00	0,00	(sem recurso)
6	1.031,91	0,00	0,00	(sem recurso)
7	41.704,42	15.715,38	15.715,38	NÃO PROVIDO
TOTAL	179.396,54	103.124,36	19.288,18	

VOTO VENCEDOR (Infração 04)

Peço vênia ao ilustre Relator para discordar quanto ao provimento do Recurso Voluntário em relação à Infração 04 do Auto de Infração, que apurou o recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Efetivamente, verifico que o Autuado utilizou equivocadamente a redução de base de cálculo, concedida para as operações com papel higiênico realizadas por estabelecimento industrial ou atacadista, nas suas vendas para consumidor final, conforme registrado nas suas notas fiscais eletrônicas de venda à consumidor, conforme previsto no Art. 268, XLIII, do RICMS/12, in verbis:

“Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

XLIII - das operações internas com papel higiênico realizadas de estabelecimento industrial ou atacadista, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12 % (doze por cento);

..."

É cediço que o Autuado realiza concomitantemente as atividades de comércio varejista e comércio atacadista, comumente chamadas de atacarejo, não sendo permitido que utilize um benefício exclusivo para os contribuintes do comércio atacadista em todas as suas operações.

Se tal comportamento fosse permitido, haveria uma concorrência desleal entre os contribuintes do ramo de supermercados e os de atacarejo, motivada pela carga tributária, o que não é razoável, por conta da atividade diferenciada, inclusive os percentuais de perda nas suas operações já levam isso em conta, conforme consta no § 1º, do Art. 3º da Portaria nº 445/98.

Diante do exposto, o referido benefício só poderia ser utilizado nas suas vendas a contribuintes do ICMS e, portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário em relação à Infração 04, de forma a julgar a infração subsistente. Portanto, o montante do Auto de Infração é conforme o quadro abaixo:

INFRAÇÃO	VL HISTÓRICO	VALOR-6 ^a JJF	VALOR-2 ^a CJF	RESULTADO DO RECURSO
1	1.610,24	130,15	130,15	(sem recurso)
2	4.584,59	0,00	0,00	(sem recurso)
3	70.485,92	27.421,02	3.442,65	PROVIDO
4	59.857,81	59.857,81	59.857,81	NÃO PROVIDO
5	121,65	0,00	0,00	(sem recurso)
6	1.031,91	0,00	0,00	(sem recurso)
7	41.704,42	15.715,38	15.715,38	NÃO PROVIDO
TOTAL	179.396,54	103.124,36	79.145,99	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER EM PARTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e 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 recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 63.430,61, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a” da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no montante de R\$ 15.715,38, prevista no inciso IX da citada Lei, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Infração 04) – Conselheiros(as): Marcelo Mattedi e Silva, Gabriel Henrique Lino Mota, João Vicente Costa Neto, Camila Magnavita da Fonseca Camargo e Eduardo Ramos de Santana.

VOTO VENCIDO (Infração 04) – Conselheiro: Henrique Silva de Oliveira.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de maio de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Infração 04)

MARCELO MATTEDI E SILVA - VOTO VENCEDOR
(Infração 04)

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS