

A. I. Nº - 298627.0001/16-1
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
AUTUANTES - WALDEMAR SANTOS FILHO e VINÍCIUS MIRANDA MORGADO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 24. 11. 2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0192-01/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. **a)** ATIVO IMOBILIZADO. Infração procedente. **b)** USO E CONSUMO. Ocorreu a decadência em relação a parte do período da infração. Infração procedente em parte. **c)** MERCADORIAS ISENTAS. Corrigido o demonstrativo para exclusão dos produtos tributados normalmente. Infração parcialmente procedente. **d)** MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Corrigido o demonstrativo para exclusão dos produtos tributados normalmente. Infração parcialmente procedente. **e)** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS CANCELADAS. Infração procedente. **f)** DOCUMENTOS FISCAIS. LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. Infração procedente. **g)** DOCUMENTOS FISCAIS. LANÇAMENTO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO. Infração procedente. **h)** FALTA DE ESTORNO. SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Ocorreu a decadência em relação a parte do período da infração. Infração procedente em parte. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTADAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. Infração procedente. 3. RECOLHIMENTO A MENOR. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. BRINDES. Ocorreu a decadência em relação a todo o período da infração. Infração improcedente. **b)** OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. ICMS NÃO DESTACADO. Infração procedente. **c)** DIVERGÊNCIA ENTRE IMPOSTO ESCRITURADO E RECOLHIDO. Infração procedente. **d)** DIVERGÊNCIA ENTRE IMPOSTO DESTACADO E ESCRITURADO. ICMS NORMAL. Ocorreu a decadência em relação a parte do período da infração. Infração procedente em parte. **e)** DIVERGÊNCIA ENTRE IMPOSTO DESTACADO E ESCRITURADO. ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Ocorreu a decadência em relação a parte do período da infração. Infração procedente em parte. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. **a)** NOTAS FISCAIS. Ocorreu a decadência em relação a parte do período da infração. Infração procedente em parte. **b)** ECF. Ocorreu a decadência em relação a parte do período da infração. Infração procedente em parte. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. **a)** ECF. Ocorreu a decadência em relação a parte do período da infração. Infração procedente em parte. **b)** NOTAS FISCAIS. Ocorreu a decadência em relação a parte do período da infração. Infração procedente em parte. 4. DIFERENÇA DE

ALÍQUOTAS. **a)** ATIVO PERMANENTE. RECOLHIMENTO A MENOR. Ocorreu a decadência em relação a parte do período da infração. Infração procedente em parte. **b)** ATIVO PERMANENTE. ERRO NA CLASSIFICAÇÃO. Infração procedente. **c)** USO E CONSUMO. RECOLHIMENTO A MENOR. Ocorreu a decadência em relação a parte do período da infração. Infração procedente em parte. **d)** USO E CONSUMO. ERRO NA CLASSIFICAÇÃO. Ocorreu a decadência em relação a parte do período da infração. Infração procedente em parte. **5.** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR. Ocorreu a decadência em relação a parte do período da infração. Infração procedente em parte. Indeferidos os pedidos de diligência e perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2016, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$ 1.616.414,02, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 01 - 01.02.01 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, conforme Anexos nº 1 e 2. Infração apurada no mês de julho de 2011, no valor de R\$ 134,88, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 - 01.02.02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, conforme Anexos nº 3 e 4. Infração apurada nos meses de junho a dezembro de 2011 e janeiro a dezembro de 2012, no valor de R\$ 11.283,91, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 - 01.02.03 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, conforme Anexos nº 5 e 6. Infração apurada nos meses de janeiro a dezembro de 2011 e 2012, no valor total de R\$ 35.574,60, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 04 - 01.02.06 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária, conforme Anexos nº 7 e 8. Infração apurada nos meses de janeiro a dezembro de 2011 e 2012, no valor total de R\$ 282.565,56, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 05 - 01.02.11 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documento(s) fiscal(is) falso(s), ou inidôneo(s), conforme Anexos nº 9 e 10. Infração apurada nos meses de junho a agosto e outubro a dezembro de 2011, no valor total de R\$ 674,58, com aplicação de multa de 100%, prevista no Art. 42, IV, “j”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 06 - 01.02.20 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento(s) fiscal(is) em duplicidade, conforme Anexos nº 11 e 12. Infração apurada nos meses de julho e outubro de 2011 e junho a agosto de 2012, no valor total de R\$ 157.097,81, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 07 - 01.02.40 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is), conforme Anexos nº 13 e 14. Infração apurada nos meses

de julho e setembro a dezembro de 2011 e janeiro a julho de 2012, no valor total de R\$ 7.798,04, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 08 - 01.05.03 - Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, conforme Anexo nº 15. Infração apurada nos meses de junho, novembro e dezembro de 2011 e janeiro a dezembro de 2012, no valor total de R\$ 31.288,19, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “b”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 09 - 02.01.02 - Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, conforme Anexos nº 16 e 17. Infração apurada nos meses de janeiro de 2011 e agosto e setembro de 2012, no valor total de R\$ 1.868,99, com aplicação de multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 10 - 02.01.03 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, referente a saída de mercadorias destinadas a doação e brindes sem tributação, conforme Anexos nº 18 e 19. Infração apurada nos meses de março e abril de 2011, no valor total de R\$ 22,26, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 11 - 02.01.03 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, referente a emissão de notas fiscais com o CFOP 5.949 sem o destaque de ICMS, conforme Anexos nº 20 e 21. Infração apurada nos meses de julho a dezembro de 2011 e janeiro a dezembro de 2012, no valor total de R\$ 35.984,76, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 12 - 03.01.01 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, conforme Anexo nº 22. Infração apurada nos meses de julho a outubro de 2011, no valor total de R\$ 150.069,82, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “b”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 13 - 03.01.04 - O contribuinte recolheu a menor ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, conforme Anexos nº 23 e 24. Infração apurada nos meses de janeiro a julho de 2011, no valor total de R\$ 22.479,44, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “b”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 14 - 03.01.04 - O contribuinte recolheu a menor ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, conforme Anexos nº 25 e 26. Infração apurada nos meses de janeiro a julho de 2011, no valor total de R\$ 6.022,39, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “b”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 15 - 03.02.02 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, referente a saída de mercadorias por meio de notas fiscais eletrônicas, conforme Anexos nº 27 e 28. Infração apurada nos meses de fevereiro a abril de 2011 e julho e agosto de 2012, no valor total de R\$ 295,79, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 16 - 03.02.02 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, referente a saída de mercadorias por meio de ECF, conforme Anexos nº 29 e 30. Infração apurada nos meses de janeiro a dezembro de 2011 e 2012, no valor total de R\$ 645.029,30, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 17 - 03.02.04 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, conforme Anexos nº 31 e 32. Infração apurada nos meses de janeiro a dezembro de 2011 e 2012, no valor total de R\$ 156.650,52, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 18 - 03.02.05 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, conforme Anexos nº 33 e 34. Infração apurada nos meses de janeiro a junho e dezembro de 2011 e março a maio, julho e setembro de 2012, no valor total de R\$ 3.232,69, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 19 - 06.01.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme Anexos nº 35 e 36. Infração apurada nos meses de janeiro e março de 2011 e fevereiro, agosto e dezembro de 2012, no valor total de R\$ 16.391,83, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 20 - 06.01.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme Anexo nº 37, combinado com o Anexo nº 2, já que este último apresenta o detalhamento necessário para a análise em conjunto da infração através das informações contidas na coluna VIDifalAud. Infração apurada no mês de julho de 2011, no valor total de R\$ 184,18, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 21 - 06.02.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, conforme Anexos nº 38 e 39. Infração apurada nos meses de janeiro, fevereiro e abril a dezembro de 2011 e janeiro a dezembro de 2012, no valor total de R\$ 19.675,73, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 22 - 06.02.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, conforme Anexo nº 40, combinado com o Anexo nº 4, já que este último apresenta o detalhamento necessário para a análise em conjunto da infração através das informações contidas na coluna VIDifalAud. Infração apurada nos meses de março e junho a dezembro de 2011 e janeiro a dezembro de 2012, no valor total de R\$ 4.669,06, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 23 - 07.01.02 - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, conforme Anexo nº 41. Infração apurada nos meses de janeiro, abril e setembro de 2011, no valor total de R\$ 27.419,69, com aplicação de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O Autuado apresentou defesa (fls. 145 a 169), onde demonstrou a tempestividade da impugnação e arguiu a decadência parcial das Infrações 02, 03, 04, 05, 08, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22 e 23, em relação aos fatos geradores anteriores a 06/07/2011, por entender que o Auto de Infração somente ingressou no mundo jurídico em 06/07/2016, data da sua ciência, quando já havia ocorrido a perda do direito do Fisco de rever o lançamento por homologação, em razão do disposto no §4º do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN.

Disse que esse é o entendimento pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça - STJ, cujos mais recentes acórdãos estabelecem a perfeita distinção entre o direito de rever a

constituição do crédito feita pelo contribuinte (Art. 150, §4º, do CTN) e o direito de constituir o crédito tributário (Art. 173, I, do CTN), afirmando que, nos tributos cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (Art. 150, §4º, do CTN).

Solicitou o reconhecimento da decadência parcial dos valores cobrados no Auto de Infração, excluindo os valores cobrados do período de 01/2011 a 06/2011.

No tocante à Infração 03, falou que o equívoco da Fiscalização foi ter incluído na autuação mercadorias sujeitas à tributação normal - mandioca palito, feijão temperado, ovos pasteurizados, sal grosso e Ajinomoto -, requerendo a exclusão dos produtos indevidos no valor total de R\$ 7.017,40. Apresentou CD com as ilustrações dos produtos.

Quanto à Infração 04, afirmou que o equívoco da Fiscalização foi ter incluído na autuação produtos que não estão sujeitos à substituição tributária – assentos, bebidas lácteas (Art. 353, I, 3.4, do RICMS/97, revogado em 01/10/2005), biscoito de polvilho (não é à base de farinha de trigo), mistura para bolinhos/petiscos, bomboniere (não incluso no Art. 353, I, 8.5, do RICMS/97), café solúvel (não incluso no Art. 353, I, 10, do RICMS/97), confeitos (Art. 353, I, 8.3, do RICMS/97, revogado em 01/01/2009), cosméticos (corretivo e pincel - não inclusos no Art. 353, I, 38, do RICMS/97), desodorantes e repelentes (não inclusos no Art. 353, I, 36, do RICMS/97), embutidos/fiambre, espetinhos e filé de frango (não inclusos no Art. 353, I, 9, do RICMS/97), farinha de rosca e sequilhos (não inclusos no Art. 353, I, 11, do RICMS/97), flutuador, papel alumínio, talco e própolis -, requerendo a exclusão dos produtos indevidos no valor total de R\$ 63.652,96. Apresentou CD com as ilustrações dos produtos.

Esclareceu que “domissanitário” é o termo utilizado para identificar os saneantes destinados ao uso domiciliar, que os saneantes são substâncias ou preparações destinadas à higienização, desinfecção ou desinfestação domiciliar, diferente dos repelentes utilizados para uso tópico sobre a pele, apresentando CD com a descrição dos produtos repelentes OFF aerosol, loção, refresh e spray e a indicação do tipo repelentes, bem como o Anexo 1 do RICMS/12 com a descrição dos produtos “repelentes exclusivamente para uso domissanitário direto” e respectiva NCM, bem como a composição do produto informado pelo fornecedor.

Aduziu, na Infração 08, que a fiscalização não observou os estornos de créditos indicados no Registro de Apuração do ICMS, constante do CD anexado, e requereu a exclusão do valor de R\$ 29.599,22.

Explicou que a Infração 16 decorre de erro do sistema Calypso, antigo sistema de automação de frente de loja, cujas diferenças eram lançadas em códigos genéricos de mercadorias no registro C425 da EFD, sendo cobrado o ICMS sob a alíquota de 17%, sem deixar claro que as mercadorias passaram pelo PDV da filial.

Acrescentou que esse problema decorria do sistema que, quando trabalhava off-line, acabava perdendo alguns itens de venda e, quando os seus prepostos validavam os movimentos para envio da EFD, encontravam divergência entre os itens vendidos e o movimento de alíquotas da redução Z, tendo corrigido o problema mediante a criação de uma rotina que substituíra estes itens por um código genérico de acordo com a tributação da venda realizada, em virtude do SPED fiscal cruzar estas informações e não permitir que o arquivo fosse enviado sem a descrição das mercadorias vendidas, apresentando exemplo.

Asseverou que não causou prejuízos ao Fisco, porque não era feita nenhuma alteração na movimentação de alíquotas das vendas dos ECFs, e anexou CD contendo planilha com a demonstração dos valores indevidos de R\$ 47.744,20.

Alegou que, na Infração 17, a Fiscalização cometeu erro na formação de cálculo, consoante comprova a planilha com a demonstração dos valores indevidos de R\$ 87.043,06, constante do CD anexado.

Requeru a exclusão dos produtos indevidos no valor de R\$ 13.368,31 da Infração 19, por terem sido incluídos na autuação produtos de informática, para os quais não se aplica diferencial de alíquotas por gozarem do benefício de redução de base de cálculo, não incluído na previsão do Art. 87, I, V e XLIV do RICMS/97.

Solicitou a exclusão dos produtos indevidos no valor de R\$ 2.362,56 da Infração 21, por terem sido incluídos na autuação material gráfico, que não sofre incidência do ICMS, consoante o Art. 6º, I c/c XIV, “d”, 1 e 2 do RICMS/97.

Argumentou que a Fiscalização verificou o erro no procedimento adotado na apuração e recolhimento do ICMS dos produtos que não sofreram tributação, não observou que os mesmos produtos não tiveram o crédito a que tem direito a ora Impugnante na entrada das referidas mercadorias, assim como tem direito a créditos de mercadorias, tributadas a menor na saída do PDV, que não foram utilizados, quando deveria ter sido utilizado na alíquota correspondente em ambas as operações, pedindo, por questão de justiça fiscal, a homologação e o abatimento do Auto de Infração pela SEFAZ/BA do seu crédito no valor de R\$ 627.996,55, anexando CD contendo planilha demonstrativa, e a exclusão dos valores cobrados indevidamente no total de R\$ 47.744,20.

Requeru que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente e, em homenagem aos princípios da verdade material e da ampla defesa, o deferimento de diligência fiscal e perícia, através de Auditor Fiscal integrante da ASTEC do CONSEF ou que não tenha participado da Fiscalização que originou o Auto de Infração, nos termos dos Art. 137, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, apresentando quesitos para serem respondidos, com a finalidade de exclusão dos valores cobrados indevidamente.

Os Autuantes apresentaram Informação Fiscal (fls. 192 a 242), onde destacaram a tempestividade da defesa e que não pode ser arguida a determinação do Art. 150, §4º, do CTN, que se aplica apenas quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação, já que o §5º do Art. 107-B da Lei nº 3.956/81, que instituiu o Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores das infrações em discussão, fixou prazo para a homologação do lançamento.

Disseram que a homologação tácita, prevista no Art. 150, §4º, do CTN, só ocorre quando o imposto devido é lançado pelo sujeito passivo e pago dentro das condições previstas na legislação tributária, o que não ocorreu, já que os valores lançados foram apurados mediante a realização de uma auditoria fiscal que identificou a ocorrência de várias infrações e, consequentemente, o recolhimento a menor do ICMS apurado mensalmente.

Acrescentaram que essa parcela do ICMS que deixou de ser recolhida foi lançada de ofício e, portanto, em relação aos valores cobrados no Auto de Infração não houve o lançamento por homologação, não podendo ser aplicado o previsto no dispositivo legal que fundamentou a contestação do Autuado, sendo que para os fatos geradores ocorridos durante o exercício de 2011, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/2016 para constituir o crédito tributário, que foi constituído em 06/07/2016, quando foi encerrado o procedimento fiscal com a lavratura do Auto de Infração e a respectiva ciência do representante legal do Defendente, não havendo, portanto, a alegada decadência.

Ressaltaram que a Informação Fiscal deste Auto de Infração está em conformidade com o posicionamento firmado por este Egrégio Conselho de Contribuintes a respeito do prazo decadencial, a exemplo dos seguintes acórdãos proferidos em segundo grau: CJP nº 0314-12/15, CJP nº 0322-12/15, CJP nº 0325-12/15, CJP nº 0327-11/15, CJP nº 0328-11/15, CJP nº 0340-12/15, CJP nº

0345-12/15, CJF nº 0346-11/15, CJF nº 0348-11/15, CJF nº 0351-11/15, CJF nº 0352-12/15, CJF nº 0353-12/15, CJF nº 0363-12/15, CJF nº 0371-12/15, CJF nº 0372-12/15, CJF nº 0376-12/15 e CJF nº 0378-12/15.

Em relação à Infração 03, analisaram cada produto questionado pelo Autuado como sujeito à tributação normal, conforme abaixo:

- Mandioca palito: acataram as alegações do Autuado porque o produto foi acondicionado numa embalagem de apresentação que a caracteriza como um produto industrializado, nos termos do Art 4º, IV, do RIPI/2010, aprovado pelo Decreto Federal nº 7.212/10, reduzindo o lançamento em R\$ 352,71, conforme planilha apresentada.
- Feijão temperado: acataram as alegações do Autuado porque se trata de feijão cozido e temperado, que possui regime de tributação normal, reduzindo o lançamento em R\$ 343,17, conforme planilha apresentada.
- Ovos pasteurizados: acataram as alegações do Autuado porque se trata de ovos pasteurizados, que possui regime de tributação normal, reduzindo o lançamento em R\$ 5.676,96, conforme planilha apresentada.
- Sal grosso: mantiveram a autuação porque o produto sal grosso sem a adição de condimentos e temperos tem o direito ao benefício da redução de 100% da base de cálculo ou da isenção, conforme, respectivamente, o RICMS/97 e o RICMS/12, tendo a Diretoria de Tributação - DITRI já firmado posicionamento neste sentido por meio dos pareceres nº 1.014/2006, 7.498/2006, 9.070/2006, 9.317/2006, 14.664/2010, 14.673/2010, 19.198/2010 e 16.780/2011. Relacionaram vendas do produto realizadas pelo próprio Autuado sem o destaque do ICMS.
- Ajinomoto: acataram as alegações do Autuado porque o referido produto, em suas três versões (aji – sal, aji – sal churrasco e aji – sal com pimenta), adiciona o realçador de sabor glutamato monossódico, não se tratando de sal na acepção universalmente aceita (cloreto de sódio) e, consequentemente, sem o benefício da isenção ou da redução de 100% da base de cálculo, possuindo regime de tributação normal. Constataram a inclusão indevida do item sal aur italia kg (código nº 444106) no demonstrativo, que se trata do salame italiano Aurora com tributação normal e alíquota de 17%. Reduziram o lançamento em R\$ 568,25, conforme planilha apresentada.

Quanto à Infração 04, também analisaram cada produto questionado pelo Autuado como sujeito à tributação normal, conforme abaixo:

- Assentos: mantiveram a autuação porque se referem a cadeira ou assento automotivo para bebês, classificada com a NCM 9401.80.00, e estão sujeitos à antecipação tributária, conforme Art. 353, II, item 30, do RICMS/97 e item 28 do Anexo 1 do RICMS/12, já tendo sido firmado posicionamento neste sentido pela DITRI e pelo CONSEF por meio, respectivamente, do Parecer nº 16.454/2011 e do Acórdão CJF nº 0064-12/16.
- Bebidas lácteas: mantiveram a autuação porque todos os produtos relacionados possuem a descrição iogurte ou o código da NCM 0403.10.00, conforme notas fiscais eletrônicas e sua escrituração fiscal digital apensadas aos autos (fl. 134), e estão sujeitos à antecipação tributária, conforme Art. 353, II, item 3, subitem 3.3, do RICMS/97 e item 21 do Anexo 1 do RICMS/12. Relacionaram vendas do produto realizadas pelo próprio Autuado sem o destaque do ICMS.
- Biscoito de polvilho: acataram as alegações do Autuado porque o produto não é elaborado à base de farinha de trigo, não incluído na previsão do Art. 353, II, item 11.4, do RICMS/97, possuindo regime de tributação normal, reduzindo o lançamento em R\$ 3.566,36, conforme planilha apresentada.
- Bolinho/Petiscos: acataram as alegações do Autuado porque se trata de mistura para bolinho de chuva e petiscos, possuindo regime de tributação normal, reduzindo o lançamento em R\$ 457,64, conforme planilha apresentada.

- Bomboniere: acataram as alegações do Autuado porque se trata de frascadeiras para bombons, que não se inclui na previsão do Art. 353, II, item 8.5, do RICMS/97, possuindo regime de tributação normal, reduzindo o lançamento em R\$ 50,31, conforme planilha apresentada.
- Café solúvel: acataram as alegações do Autuado porque se trata de café solúvel, que não se inclui na previsão do Art. 353, II, item 10, do RICMS/97, possuindo regime de tributação normal, reduzindo o lançamento em R\$ 2.144,96, conforme planilha apresentada.
- Confeitos: mantiveram a autuação porque se trata de chocolates m&m e preparações de confeitaria, classificados com as NCM 1806.3, 1806.9 e 1704.90.1, e estão sujeitos à antecipação tributária, conforme Art. 353, II, item 8, subitem 8.5, do RICMS/97 e item 11 do Anexo 1 do RICMS/12, já tendo sido firmado posicionamento neste sentido pela DITRI mediante o Parecer nº 19.956/2009. Relacionaram vendas do produto realizadas pelo próprio Autuado sem o destaque do ICMS.
- Cosméticos: acataram as alegações do Autuado porque se trata de corretivo e pincel, que não se incluem na previsão do Art. 353, II, item 38, do RICMS/97 (Produtos de Papelaria), possuindo regime de tributação normal, reduzindo o lançamento em R\$ 216,16, conforme planilha apresentada.
- Desodorantes: acataram as alegações do Autuado porque não se inclui na previsão do Art. 353, II, item 36, do RICMS/97 (Produtos de Limpeza), possuindo regime de tributação normal, reduzindo o lançamento em R\$ 674,65, conforme planilha apresentada.
- Embutidos/Fiambre: acataram as alegações do Autuado porque não se inclui na previsão do Art. 353, II, item 9, do RICMS/97, possuindo regime de tributação normal, reduzindo o lançamento em R\$ 944,61, conforme planilha apresentada.
- Espetinhos: acataram as alegações do Autuado porque se trata de espetinhos de linguixa (embutidos), não incluídos na previsão do Art. 353, II, item 9, do RICMS/97, possuindo regime de tributação normal, reduzindo o lançamento em R\$ 228,17, conforme planilha apresentada.
- Farinha de rosca: mantiveram a autuação porque se trata de torrada ralada, produto derivado da farinha de trigo e sujeito à antecipação tributária, conforme Art. 353, II, item 11, subitens 11.4 e 11.4.2, do RICMS/97 e item 33, subitem 33.2, do Anexo 1 do RICMS/12, já tendo sido firmado posicionamento neste sentido pela DITRI mediante os Pareceres nº 6.019/2004 e 15.707/2012. Relacionaram vendas do produto realizadas pelo próprio Autuado sem o destaque do ICMS.
- Filé de frango: acataram as alegações do Autuado porque se trata de filé de frango já preparado à parmegiana, não incluído na previsão do Art. 353, II, item 9, do RICMS/97, possuindo regime de tributação normal, reduzindo o lançamento em R\$ 2.254,35, conforme planilha apresentada.
- Flutuador: acataram as alegações do Autuado porque possui regime de tributação normal, reduzindo o lançamento em R\$ 475,88, conforme planilha apresentada.
- Papel alumínio: mantiveram a autuação porque se trata de produto de papelaria (papel laminado - NCM 7607.11.90), conforme notas fiscais eletrônicas e sua escrituração fiscal digital apensadas aos autos (fl. 134), conforme Art. 353, II, item 38, do RICMS/97 e item 27, subitem 27.35, do Anexo 1 do RICMS/12, já tendo sido firmado posicionamento neste sentido pela DITRI mediante o Parecer nº 29.883/2012.
- Talco: mantiveram a autuação porque se trata de polvilho antisséptico, composto de ácidos salicílico e bórico, enxofre e óxido de zinco, classificado com a NCM 3004.90.99. A supracitada mercadoria está incluída na tabela ABCFARMA, comprovando que a mesma se trata de medicamento, conforme Art. 353, II, item 13, subitem 13.2, do RICMS/97 e item 32, subitem 32.1, do Anexo 1 do RICMS/12. Relacionaram vendas do produto realizadas pelo próprio Autuado sem o destaque do ICMS.

- Própolis: acataram as alegações do Autuado porque possui regime de tributação normal, reduzindo o lançamento em R\$ 55,51, conforme planilha apresentada.
- Repelentes: acataram as alegações do Autuado porque se trata de repelente para uso tópico, não incluídos na previsão do Art. 353, II, item 36, do RICMS/97 (produtos de limpeza listados no item 10 do Anexo único do Protocolo ICMS 106/09), possuindo regime de tributação normal, reduzindo o lançamento em R\$ 79,92, conforme planilha apresentada.
- Sequilhos: mantiveram a autuação porque se trata de produto assemelhado a um biscoito, derivado da farinha de trigo, classificada com a NCM 1905.31.00, e sujeito à antecipação tributária, conforme Art. 353, II, item 11, subitens 11.4 e 11.4.2, do RICMS/97 e item 33, subitem 33.1, do Anexo 1 do RICMS/12. Relacionaram vendas do produto realizadas pelo próprio Autuado sem o destaque do ICMS.

Afirmaram que a alegação do Autuado em relação à Infração 08 não procede, pois no demonstrativo da infração em discussão (Anexo nº 15) não consta mercadoria que integra a memória de cálculo referente ao estorno de crédito apresentada pelo Autuado, conforme CD apensado aos autos (fl. 134), incluindo apenas os produtos que não foi efetuado o estorno de crédito.

Asseveraram que, na Infração 16, o Autuado informou que a descrição genérica foi proveniente de um erro no seu sistema, mas não conseguiu comprovar que as mercadorias relacionadas no demonstrativo tem saídas com carga tributária inferior a 17% ou sem tributação (isentas e sujeitas ao regime de substituição tributária), conforme planilha apresentada, sendo que a maior parte deste montante se refere a mercadorias com o código de NCM 2008.60.90 (outras cerejas – cozidas, exceto em água e vapor, congeladas e sem adição de açúcar ou de outros edulcorantes), tributadas à alíquota de 17%.

Explicaram que, na Infração 17, foram identificadas diferenças entre o valor do ICMS informado na escrituração fiscal do Autuado e o resultado da multiplicação da carga tributária sobre a base de cálculo em cada operação, não existindo qualquer tipo de erro na apuração do ICMS devido no levantamento fiscal (Anexos nº 31 e 32), pois os cálculos foram realizados com base no valor líquido, que deve coincidir com o valor da base de cálculo de cada item, ou seja, a carga tributária de cada operação efetuada por meio de Emissor de Cupom Fiscal - ECF é determinada apenas por sua alíquota, conforme pode ser constatado no Guia Prático EFD-ICMS/IPI – Versão 2.0.19, que transcreveu.

Salientaram que o próprio Autuado cometeu um erro na elaboração de sua Escrituração Fiscal Digital - EFD, quando, em diversas situações, o valor líquido do item não correspondeu a sua base de cálculo, fato que pode ter confundido o Autuado, apensando um novo demonstrativo (Anexo 1 – Informação Fiscal), onde acrescentaram a coluna “valor líquido do item”, evidenciando o erro cometido pelo Autuado.

Disseram que, em relação à Infração 19, as alegações do Autuado não procedem, pois o benefício da redução da base de cálculo para os produtos de informática só é válido nas operações internas, devendo ser efetuado o pagamento da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais, conforme o Art. 72, I, do RICMS/97 e o §4º do Art. 268 do RICMS/12, cujos dispositivos transcreveram, já tendo a DITRI firmado posicionamento neste sentido, por meio dos pareceres nº 9.952/2009, 14.894/2009 e 6.760/2010.

Reconheceram, entretanto, que, entre as datas de 21/12/2012 e 27/09/2013, houve uma mudança do procedimento para o cálculo do recolhimento da diferença de alíquotas relativo a operações ou prestações tributadas com redução da base de cálculo, sendo o imposto resultante do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual aplicada sobre a base de cálculo reduzida, independentemente da operação ou prestação ter sido tributada com o referido benefício fiscal decorrente de convênio ou de legislação interna, conforme a redação à época do

§4º do art. 268 do RICMS/12, que reproduziram, e elaboraram demonstrativo reduzindo a infração em R\$ 476,05 no mês de dezembro de 2012.

Explicitaram que as mercadorias classificadas como material gráfico pelo Autuado na Infração 21, a exemplo de wobbler, banner, stooper, splash e móbile, são oriundas de transferências efetuadas pela matriz localizada no Estado de Sergipe, não contempladas pela previsão disposta no Art. 6º, XIV, “d”, 1 e 2 do RICMS/97, arguido pelo Autuado, cujo texto reproduziram, por não terem sido confeccionados sob encomenda para o Autuado, são materiais promocionais de fornecedores - Honda, Philadelphia, Hikari, Maguary e Mate Leão -, que são distribuídos gratuitamente juntamente com os panfletos, portanto, não sendo aplicada a desoneração do imposto.

Argumentaram que o Convênio ICM 11/82, estabelece em sua cláusula primeira a não exigência do imposto nas saídas de impressos personalizados promovidas por estabelecimento gráfico a usuário final, que o seu Parágrafo único esclarece o entendimento de usuário final, como sendo a pessoa física ou jurídica que adquira o produto personalizado, sob encomenda, diretamente de estabelecimento gráfico, para seu uso exclusivo, e sua Cláusula segunda prevê a não aplicabilidade da desoneração do imposto, quando a saída desses impressos personalizados, tenham como destino a comercialização, a industrialização ou a distribuição a título gratuito.

Salientaram que a DITRI já firmou posicionamento acerca da matéria, por meio dos Pareceres nº 45/2009, 1.616/2011 e, especialmente, 17.271/2009.

Ressaltaram que se existisse algum crédito não apropriado tempestivamente pelo Autuado, este jamais poderia ser utilizado na compensação de um lançamento decorrente de uma ação fiscal, pois a sua escrituração dependeria da autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte e apropriado em tantas parcelas mensais, iguais e consecutivas, quantos tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar, nos termos do Art. 315 do RICMS/12, que transcreveram.

Afirmaram ter constatado, após análise do demonstrativo “Recuperação de crédito infração 16”, apresentado pelo Autuado, que o mesmo entende ter direito a um crédito decorrente da diferença entre a alíquota adotada pelos Autuantes nas mercadorias objeto do lançamento da Infração 16 e a carga tributária correspondente ao ICMS destacado nas entradas dos referidos produtos, conforme quadro com a relação de alguns itens, sem apresentar qualquer fundamentação legal, e que desconhecem algum tipo de dispositivo dentro do ordenamento jurídico que pudesse lastrear tal pretensão.

Aduziram, com relação ao pedido de diligência, que os pequenos equívocos já foram sanados pelos Autuantes e os quesitos devidamente respondidos, não existindo qualquer evidência de outros erros nos demonstrativos que integram o Auto de Infração, entendendo que os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação da convicção dos julgadores, bem como as infrações contestadas são decorrentes de roteiros realizados com muita frequência nos trabalhos de auditoria, caracterizando matéria de complexidade simples.

Ressaltaram que o Autuado não apresentou nenhuma alegação e/ou contestação específica a respeito do mérito, o que caracteriza que concordou plenamente com o débito apurado, nas Infrações 01, 02, 05, 06, 07, 09, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17, 18, 20, 22 e 23, e defenderam a procedência parcial do Auto de Infração, apresentando quadro demonstrando o saldo remanescente das Infrações 03, 04 e 19.

O Autuado acostou nova manifestação (fls. 255 a 274), onde novamente solicitou o reconhecimento da decadência parcial dos valores cobrados no Auto de Infração, excluindo os valores cobrados do período de 01/2011 a 06/2011.

No tocante à Infração 03, falou que, apesar dos Autuantes terem promovido os expurgos dos valores atinentes aos produtos objeto de indevida cobrança, os demais produtos – sal grosso e Ajinomoto - necessitam ser excluídos da infração por serem tributados normalmente.

Quanto à Infração 04, afirmou que os Autuantes reconheceram parcialmente a pertinência das alegações da defesa, mas devem ser excluídos os demais produtos por serem tributados normalmente: assentos, bebidas lácteas, confeitos, farinha de rosca, papel alumínio, talco e sequilhos.

Repetiu, na Infração 08, que a fiscalização não observou os estornos de créditos indicados no Registro de Apuração do ICMS e requereu a exclusão dos valores indevidos mantidos na Informação Fiscal.

Reiterou os argumentos apresentados na defesa de que a Infração 16 decorre de erro do sistema Calypso, que não causou prejuízos ao Fisco, pedindo a exclusão dos valores indevidos mantidos na Informação Fiscal.

Alegou mais uma vez que, na Infração 17, a Fiscalização cometeu erro na formação de cálculo e solicitou a exclusão dos valores indevidos mantidos na Informação Fiscal.

Requereu a exclusão, da Infração 19, dos produtos de informática mantidos na Informação Fiscal, cobrados indevidamente por gozarem do benefício de redução de base de cálculo, não incluído na previsão do Art. 87, I, V e XLIV, do RICMS/97.

Solicitou a exclusão, da Infração 21, dos materiais gráficos, por entender que estes produtos não sofrem incidência do ICMS, consoante o Art. 6º, I c/c XIV, “d”, 1 e 2 do RICMS/97.

Reclamou o direito a um crédito fiscal no valor de R\$ 627.996,55, referente às mercadorias tributadas a menor na saída do PDV, que não foram utilizados, quando deveriam ter sido utilizados na alíquota correspondente em ambas as operações.

Reiterou o requerimento para que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente e o deferimento de diligência fiscal e perícia, através de Auditor Fiscal integrante da ASTEC do CONSEF ou que não tenha participado da Fiscalização que originou o Auto de Infração, nos termos dos Art. 137, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, apresentando quesitos para serem respondidos, com a finalidade de exclusão dos valores cobrados indevidamente.

Auditor estranho ao feito apresentou nova Informação Fiscal (fl. 279), em função dos Autuantes estarem cedidos a outro órgão, onde afirmou que o Autuado não apresentou fatos novos ou qualquer tipo de demonstrativo ou memória de cálculo e opinou pela procedência parcial do Auto de Infração, tendo em vista que, no momento da primeira Informação Fiscal, já foram autorizadas as reduções que entendeu corretas.

VOTO

Verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, inclusive a entrega de todos os demonstrativos e planilhas elaboradas na autuação.

O Autuado arguiu a decadência parcial das Infrações 02, 03, 04, 05, 08, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22 e 23, em relação aos fatos geradores ocorridos de janeiro a junho de 2011, por entender que o Auto de Infração somente ingressou no mundo jurídico em 06/07/2016, data da sua ciência, quando já havia ocorrido a perda do direito do Fisco de rever o lançamento por homologação, em razão do disposto no §4º do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN.

Os Autuantes alegaram que a determinação do Art. 150, §4º, do CTN se aplica apenas quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação, e o §5º do Art. 107-B da Lei nº 3.956/81, que

instituiu o Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores das infrações em discussão, fixou prazo para a homologação do lançamento.

Acrescentaram que essa parcela do ICMS que deixou de ser recolhida foi lançada de ofício e a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/2016 para constituir o crédito tributário, ressaltando que o seu entendimento está em conformidade com o posicionamento firmado pelo CONSEF, conforme os diversos acórdãos proferidos em segundo grau que citaram.

Saliento que ocorreu uma mudança de entendimento neste CONSEF em função de posicionamento formal da Procuradoria Geral do Estado - PGE quanto à decadência quinquenal, que promoveu a uniformização de sua orientação jurídica acerca deste tema, tendo em vista o grande volume de decisões desfavoráveis à Fazenda Pública.

Conforme o Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no Art. 150, §4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele 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 declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do Art. 150, §4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no Art. 173, I, do mesmo Código. Nessa esteira, ainda quando tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, há casos específicos em que o prazo decadencial deverá ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador. Assim o será, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas, que se poderá ter por caracterizada a hipótese de fraude ou simulação. De igual forma, quando se verifique o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos, a situação poderá se subsumir à hipótese de dolo, fraude ou simulação.

Diante do exposto, entendo que se operou a decadência parcial, ou seja, em relação aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a junho de 2011, nas Infrações 02, 08, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22 e 23, por contar o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no Art. 150, §4º, do CTN, tendo em vista que o contribuinte declarou a ocorrência das operações, mas efetuou o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Deve ser ressaltado ainda que, conforme o Ofício PGE/PROFIS/NCA nº 03/2017, a data da ciência da lavratura do Auto de Infração é que deve ser considerada como marco para apuração da decadência, não importando a data da lavratura do Auto de Infração ou da ciência da 1ª Intimação ou do Termo de Início de Fiscalização.

Já em relação às Infrações 03, 04, 05 e 09, não se aplica a decadência quinquenal, devendo ser contado 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, o que só ocorreria em 31/12/2016, sendo os créditos fiscais exigidos nas Infrações 03, 04 e 05 manifestamente ilegítimos e, na Infração 09, o Autuado não declarou a realização das operações.

Indefiro as solicitações de perícia e diligência, com fulcro no Art. 147, I, “a”, e II, “a” e “b”, do RPAF/99, por ser destinada a verificar fatos vinculados à escrituração fiscal e por constatar que o processo contém elementos suficientes para a formação de minha convicção para a decisão sobre a lide, bem como pelo fato da prova pretendida não depender do conhecimento especial de técnicos e ser desnecessária em vista de outras provas produzidas.

No tocante ao mérito, verifico que o Autuado não apresentou nenhum questionamento para as Infrações 01, 02, 05, 06, 07, 09, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 18, 20, 22 e 23, em relação às quais não há lide, sendo integralmente procedentes as Infrações 01, 05, 06, 07, 09, 11, 12 e 20, e parcialmente procedentes as Infrações 02, 13, 14, 15, 18, 22 e 23, em função da decadência aos fatos geradores ocorridos de janeiro a junho de 2011, o que também resultou na improcedência da Infração 10. Assim, restaram em lide as Infrações 03, 04, 08, 16, 17, 19 e 21.

Na Infração 03, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS na aquisição de mercadorias isentas, o Autuado questionou a inclusão dos produtos mandioca palito, feijão temperado, ovos pasteurizados, sal grosso e Ajinomoto, por entender que são mercadorias sujeitas à tributação normal, sendo que os Autuantes acatarem as alegações do Autuado, exceto apenas em relação ao sal grosso, aduzindo que este produto tem o direito ao benefício da redução de 100% da base de cálculo ou da isenção, conforme, respectivamente, o RICMS/97 e o RICMS/12.

Disseram que a Diretoria de Tributação - DITRI já firmou posicionamento neste sentido por meio dos pareceres nº 1.014/2006, 7.498/2006, 9.070/2006, 9.317/2006, 14.664/2010, 14.673/2010, 19.198/2010 e 16.780/2011.

Em que pese os referidos pareceres, o sal grosso possui tributação normal. Apenas o sal de cozinha, que não se confunde com o sal grosso, tem o direito ao benefício da redução de 100% da base de cálculo ou da isenção, conforme, respectivamente, o RICMS/97 e o RICMS/12. Já há inclusive decisões neste CONSEF, mediante os Acórdãos CJF 0213-12/15 e 0236-12/15, no sentido de que o sal grosso possui tributação normal.

Diante do exposto, a Infração 03 é parcialmente procedente no valor total de R\$ 28.341,43, após as exclusões dos produtos mandioca palito, feijão temperado, ovos pasteurizados, sal grosso e Ajinomoto, conforme demonstrativo abaixo:

Data Ocorrência	Saldo após Julgamento
jan/11	R\$ 90,37
fev/11	R\$ 11,33
mar/11	R\$ 121,16
abr/11	R\$ 99,22
mai/11	R\$ 65,15
jun/11	R\$ 13,54
jul/11	R\$ 106,16
ago/11	R\$ 447,28
set/11	R\$ 179,62
out/11	R\$ 192,40
nov/11	R\$ 190,30
dez/11	R\$ 710,04
jan/12	R\$ 974,17
fev/12	R\$ 81,50
mar/12	R\$ 441,56
abr/12	R\$ 612,27
mai/12	R\$ 206,55
jun/12	R\$ 245,68

jul/12	R\$ 177,51
ago/12	R\$ 208,41
set/12	R\$ 1.821,02
out/12	R\$ 6.303,20
nov/12	R\$ 10.851,45
dez/12	R\$ 4.191,54

Quanto à Infração 04, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS na aquisição de mercadorias sujeitas à substituição tributária, o Autuado também afirmou que foram incluídas as seguintes mercadorias sujeitas à tributação normal: assentos, bebidas lácteas, biscoito de polvilho, mistura para bolinhos/petiscos, bomboniere, café solúvel, confeitos, cosméticos (corretivo e pincel), desodorantes, repelentes, embutidos/fiambre, espetinhos, filé de frango, farinha de rosca, sequilhos, flutuador, papel alumínio, talco e própolis.

Os Autuantes acataram as alegações do Autuado, exceto em relação aos seguintes produtos:

- Assentos: porque se trata de cadeira ou assento automotivo para bebês, NCM 9401.80.00, sujeito à antecipação tributária, conforme Art. 353, II, item 30, do RICMS/97 e item 28 do Anexo 1 do RICMS/12, já tendo sido firmado posicionamento neste sentido pela DITRI e pelo CONSEF por meio, respectivamente, do Parecer nº 16.454/2011 e do Acórdão CJF nº 0064-12/16.
- Bebidas lácteas: porque se trata de iogurte, NCM 0403.10.00, sujeito à antecipação tributária, conforme Art. 353, II, item 3, subitem 3.3, do RICMS/97 e item 21 do Anexo 1 do RICMS/12.
- Confeitos: porque se trata de chocolates m&m e preparações de confeitaria, classificados com as NCM 1806.3, 1806.9 e 1704.90.1, sujeitos à antecipação tributária, conforme Art. 353, II, item 8, subitem 8.5, do RICMS/97 e item 11 do Anexo 1 do RICMS/12, já tendo sido firmado posicionamento neste sentido pela DITRI mediante o Parecer nº 19.956/2009.
- Farinha de rosca: porque se trata de torrada ralada, produto derivado da farinha de trigo e sujeito à antecipação tributária, conforme Art. 353, II, item 11, subitens 11.4 e 11.4.2, do RICMS/97 e item 33, subitem 33.2, do Anexo 1 do RICMS/12, já tendo sido firmado posicionamento neste sentido pela DITRI mediante os Pareceres nº 6.019/2004 e 15.707/2012. Relacionaram vendas do produto realizadas pelo próprio Autuado sem o destaque do ICMS.
- Papel alumínio: porque se trata de produto de papelaria (papel laminado - NCM 7607.11.90), sujeito à antecipação tributária, conforme Art. 353, II, item 38, do RICMS/97 e item 27, subitem 27.35, do Anexo 1 do RICMS/12, já tendo sido firmado posicionamento neste sentido pela DITRI mediante o Parecer nº 29.883/2012.
- Talco: porque se trata de polvilho antisséptico, composto de ácidos salicílico e bórico, enxofre e óxido de zinco, classificado com a NCM 3004.90.99, incluído na tabela ABCFARMA, comprovando que se trata de medicamento, sujeito à antecipação tributária, conforme Art. 353, II, item 13, subitem 13.2, do RICMS/97 e item 32, subitem 32.1, do Anexo 1 do RICMS/12.
- Sequilhos: porque se trata produto assemelhado a um biscoito, derivado da farinha de trigo, classificada com a NCM 1905.31.00, sujeito à antecipação tributária, conforme Art. 353, II, item 11, subitens 11.4 e 11.4.2, do RICMS/97 e item 33, subitem 33.1, do Anexo 1 do RICMS/12.

Verifico que assiste razão aos Autuantes, estando todos os produtos acima descritos sujeitos à substituição tributária, conforme indicado. Portanto, a Infração 04 é parcialmente procedente no valor total de R\$ 271.417,04, de acordo com o demonstrativo apresentado na Informação Fiscal (fl. 242).

Na Infração 08, o Autuado alega que a fiscalização não observou os estornos de créditos indicados no Registro de Apuração do ICMS, entretanto não observou que o demonstrativo

anexado no Auto de Infração indica as notas fiscais e as mercadorias sobre as quais a exigência está sendo efetuada, que não são as mesmas que integram a memória de cálculo referente ao estorno de crédito apresentada pelo Autuado, incluindo apenas os produtos que não foram objeto de estorno de crédito anteriormente. A Infração 08 é parcialmente procedente no valor de R\$ 30.870,75, tendo em vista a decadência em relação ao mês de junho de 2011, pelos motivos já expostos no início deste voto.

A Infração 16 trata de recolhimento a menor do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias por meio do ECF e regularmente escrituradas. O Autuado requereu a exclusão do valor de R\$ 47.744,20, alegando que não houve recolhimento a menor, pois a infração decorre da escrituração com a descrição genérica no registro C425 do EFD, em função de erro no seu sistema Calypso, o qual, quando operava “off line”, perdia a informação de alguns itens, que eram substituídos por um código genérico com a mesma natureza tributária dos produtos originários, após um cotejamento entre o sistema e o movimento de alíquotas da redução Z.

Os Autuantes demonstraram que grande parte dessa descrição genérica se refere aos produtos enquadrados na NCM 2008.60.90, que são cerejas preparadas não acondicionadas em água edulcorada, produto tributado normalmente à alíquota de 17%. Como o Autuado não conseguiu comprovar que as mercadorias indicadas pela descrição genérica não eram tributadas ou eram tributadas com carga tributária inferior a 17%, a Infração 16 é parcialmente procedente no valor de R\$ 499.414,10, tendo em vista a decadência em relação aos meses de janeiro a junho de 2011, pelos motivos já expostos no início deste voto.

Quanto à alegação do direito ao suposto crédito utilizado a menor, verifico que não assiste razão ao Autuado, tanto porque não é permitida a utilização de créditos fiscais em valores superiores aos destacados nos documentos fiscais, quanto porque a escrituração intempestiva de crédito fiscal obedece a um rito próprio estabelecido no Art. 315 do RICMS/12.

A infração 17 exige imposto e multa relativo ao recolhimento a menor do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. O Autuado requereu a redução da infração no valor de R\$ 87.043,06, sob a alegação de erro na apuração do cálculo identificado no levantamento fiscal. Constatado que a divergência reside na base de cálculo do imposto, já que o Autuado utilizou como base de cálculo um valor inferior ao valor do item indicado no Campo 06 do Registro C470 da EFD. Diante do exposto, a Infração 17 é parcialmente procedente no valor de R\$ 155.874,93, tendo em vista a decadência em relação aos meses de janeiro a junho de 2011, pelos motivos já expostos no início deste voto.

Na Infração 19, é exigido ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo permanente do estabelecimento. O Autuado requereu a exclusão no valor de R\$ 13.368,31, alegando ter havido a inclusão indevida no lançamento de produtos de informática que, em seu entendimento, não estariam sujeitos ao pagamento do ICMS por diferença de alíquotas, por se tratar de mercadorias acobertadas pelo benefício da redução de base de cálculo, conforme previsão do Art. 87, V e XLIV, do RICMS/97.

Constatado que os produtos de informática são acobertados pelo benefício da redução de base de cálculo nas operações internas, com base no Art. 87, V e XLIV, do RICMS/97, e no Art. 266, XIII e XXXIV, do RICMS/12. Ocorre que o benefício de redução de base de cálculo não alcança o ICMS relativo à diferença de alíquotas, salvo quando decorrente de convênio interestadual ou nas operações com máquinas, aparelhos, equipamentos e implementos, conforme dispõe o Art. 72 do RICMS/97 e o Art. 268, §4º, do RICMS/12.

Entretanto, no período de 21/12/2012 a 27/09/2013, foi alterado o procedimento para o cálculo do recolhimento do ICMS relativo à diferença de alíquotas em operações tributadas com redução da

base de cálculo, previsto no Art. 268, §4º, do RICMS/12. Neste período, a legislação permitia a aplicação da diferença de alíquotas sobre a base de cálculo reduzida.

Os Autuantes acertadamente acataram parcialmente as alegações do Autuado e efetuaram a redução do lançamento em relação ao mês de dezembro de 2012 para R\$ 5.917,75. Neste compasso, entendo que a Infração 19 é parcialmente procedente no valor total de R\$ 13.552,07, tendo em vista a redução acima e a decadência em relação aos meses de janeiro e março de 2011, pelos motivos já expostos no início deste voto.

Na Infração 21, é exigido ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. O Autuado requereu a exclusão no valor de R\$ 2.362,56, alegando ter havido a inclusão indevida no lançamento de material gráfico que, em seu entendimento, não sofre incidência do ICMS, citando o Art. 6º, I, c/c XIV, “d”, 1 e 2, do RICMS/97.

Os materiais gráficos a que o Autuado se refere são materiais promocionais de seus fornecedores, como Honda, Philadelphia, Hikari, Maguary e Mate Leão, utilizados para propaganda das mercadorias, tais como wobblers, banners, stoopers, splashes e móveis. Não se aplica o dispositivo citado por não se enquadrar na situação fática ali indicada, ou seja, não foram remetidos por um prestador de serviço gráfico.

Verifico que as mercadorias são destinadas a uso e consumo do Autuado, nos termos do Art. 4º, XV, da Lei nº 7.014/96, bem como do Art. 1º, §2º, IV, do RICMS/97 e do Art. 305, §4º, III, “a”, do RICMS/12. Contudo é parcialmente procedente a Infração 21, no valor de R\$ 18.228,59, tendo em vista a decadência em relação aos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio e junho de 2011, pelos motivos já expostos no início deste voto.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor histórico total de R\$ 1.405.257,80, conforme demonstrativo a seguir:

Infração	Crédito Tributário	Multa	Multa	Julgamento
1	R\$ 134,88	60%	Art. 42, VII, “a”	Procedente
2	R\$ 10.684,00	60%	Art. 42, VII, “a”	Procedente em Parte
3	R\$ 28.341,43	60%	Art. 42, VII, “a”	Procedente em Parte
4	R\$ 271.417,04	60%	Art. 42, VII, “a”	Procedente em Parte
5	R\$ 674,58	100%	Art. 42, IV, “j”	Procedente
6	R\$ 157.097,81	60%	Art. 42, VII, “a”	Procedente
7	R\$ 7.798,04	60%	Art. 42, VII, “a”	Procedente
8	R\$ 30.870,75	60%	Art. 42, VII, “b”	Procedente em Parte
9	R\$ 1.868,99	100%	Art. 42, III	Procedente
10	-	-	-	Improcedente
11	R\$ 35.984,76	60%	Art. 42, II, “a”	Procedente
12	R\$ 150.069,82	60%	Art. 42, II, “b”	Procedente
13	R\$ 1.534,38	60%	Art. 42, II, “b”	Procedente em Parte
14	R\$ 339,74	60%	Art. 42, II, “b”	Procedente em Parte
15	R\$ 208,17	60%	Art. 42, II, “a”	Procedente em Parte
16	R\$ 499.414,10	60%	Art. 42, II, “a”	Procedente em Parte
17	R\$ 155.874,93	60%	Art. 42, II, “a”	Procedente em Parte
18	R\$ 2.054,49	60%	Art. 42, II, “a”	Procedente em Parte
19	R\$ 13.552,07	60%	Art. 42, II, “f”	Procedente em Parte
20	R\$ 184,18	60%	Art. 42, II, “f”	Procedente
21	R\$ 18.228,59	60%	Art. 42, II, “f”	Procedente em Parte
22	R\$ 4.420,21	60%	Art. 42, II, “f”	Procedente em Parte

23	R\$ 14.504,84	60%	Art. 42, II, “d”	Procedente em Parte
----	---------------	-----	------------------	---------------------

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298627.0001/16-1**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 1.405.257,80**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 1.402.714,23 e 100% sobre R\$ 2.543,57, previstas no Art. 42, II, “a”, “b”, “d” e “f”, III, IV, “j”, e VII, “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR