

A. I. N° - 146551.0001/16-0
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
AUTUANTES - WALDEMAR SANTOS FILHO e VINÍCIUS MIRANDA MORGADO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 10/07/2018

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0075-03/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** USO E CONSUMO. Infração procedente em parte. **b)** MERCADORIAS ISENTAS. Corrigido o demonstrativo para exclusão dos produtos tributados normalmente. Infração parcialmente procedente. **c)** MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Corrigido o demonstrativo para exclusão dos produtos tributados normalmente. Infração parcialmente procedente. **d)** DOCUMENTOS FISCAIS INIDÔNEOS. Infração procedente. **e)** DOCUMENTOS FISCAIS. LANÇAMENTO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO. Infração procedente. **f)** DOCUMENTOS FISCAIS. LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. Infração procedente. **g)** FALTA DE ESTORNO. SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Ocorreu a decadência em relação à 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 à parte do período da infração. Infração procedente em parte. **e)** DIVERGÊNCIA ENTRE IMPOSTO DESTACADO E ESCRITURADO. ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Ocorreu a decadência em relação à parte do período da infração. Infração procedente em parte. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. **a)** NOTAS FISCAIS. Ocorreu a decadência em relação à parte do período da infração. Infração procedente em parte. **b)** ECF. Ocorreu a decadência em relação à 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 à parte do período da infração. Infração procedente em parte. **b)** NOTAS FISCAIS. Ocorreu a decadência em relação à parte do período da infração. Infração procedente em parte. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** ATIVO PERMANENTE. RECOLHIMENTO A MENOR. Ocorreu a decadência em

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

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2016, exige crédito tributário no valor histórico de R\$668.277,22, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

Infração 01 - 01.02.02. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, conforme Anexos nºs 1 e 2. Infração apurada nos meses de junho, julho e setembro a dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$4.814,62, com aplicação de multa de 60%;

Infração 02 - 01.02.03. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, conforme Anexos nºs 3 e 4. Infração apurada no mês de julho de 2011. Exigido o valor de R\$5.301,78, com aplicação de multa de 60%;

Infração 03 - 01.02.06. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, conforme Anexos nºs 5 e 6, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$76.014,84, com aplicação de multa de 60%;

Infração 04 - 01.02.11. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a documentos fiscais falsos, ou inidôneos, conforme Anexo nº 7, no mês de abril de 2011. Exigido o valor de R\$11,31, com aplicação de multa de 100%;

Infração 05 - 01.02.40. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, conforme Anexos nºs 8 e 9. Infração apurada nos meses de abril e outubro a dezembro de 2011, Exigido o valor de R\$4.902,12, com aplicação de multa de 60%;

Infração 06 - 01.02.20. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade, conforme Anexo nº 10, no mês de outubro de 2011. Exigido o valor de R\$22.983,54, com aplicação de multa de 60%;

Infração 07 - 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 11, nos meses de janeiro a março e outubro e dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$497,31, com aplicação de multa de 60%;

Infração 08 - 02.01.02. Falta de recolhimento nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, conforme Anexos nº 12 e 13, nos meses

de fevereiro, agosto e setembro de 2011. Exigido o valor de R\$158,04, com aplicação de multa de 100%;

Infração 09 - 02.01.03. Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, conforme Anexos nºs 14 e 15, nos meses de março a junho de 2011. Exigido o valor de R\$12,08, com aplicação de multa de 60%;

Infração 10 - 03.01.01. Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, conforme Anexo nº 16, nos meses de agosto a outubro de 2011. Exigido o valor de R\$30.401,84, com aplicação de multa de 60%;

Infração 11 - 03.01.04. Recolhimento a menos de 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 nºs 17 e 18, nos meses de janeiro a outubro de 2011. Exigido o valor de R\$6.809,92, com aplicação de multa de 60%;

Infração 12 - 03.01.04. Recolhimento a menos de 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 nºs 17 e 18, nos meses de janeiro a outubro de 2011. Exigido o valor de R\$20.908,66, com aplicação de multa de 60%;

Infração 13 - 03.02.02. Recolhimento a menos de 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 21 e 22, nos meses de fevereiro a junho e agosto a dezembro de 2011. Exigido valor de R\$1.090,65, com aplicação de multa de 60%;

Infração 14 - 03.02.05. Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme Anexos nºs 23 e 24, nos meses de janeiro a maio e agosto a dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$3.759,68, com aplicação de multa de 60%;

Infração 15 - 06.01.01. Falta de recolhimento de 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 nºs 25 e 26, nos meses de março e abril de 2011. Exigido o de R\$2.013,65, com aplicação de multa de 60%;

Infração 16 - 06.02.01. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a ativo consumo do estabelecimento, conforme Anexo nº 27, 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Exigido o valor total de R\$2.783,89, com aplicação de multa de 60%;

Infração 17 - 06.02.01. Falta de recolhimento de 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 28 e 29, no mês de novembro de 2011. Exigido o valor de R\$929,02, com aplicação de multa de 60%;

Infração 18 - 07.01.02. Recolhimento a menos 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 30, nos meses de janeiro a setembro de 2011. Exigido o valor de R\$77.462,29, com aplicação de multa de 60%;

Infração 19 - 07.15.05. Multa percentual cobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, e devidamente registradas na escrita fiscal, com saídas posteriores normalmente tributadas normalmente, conforme Anexo nº 31, nos

meses junho e setembro de 2011. Exigida a multa de 60% sobre o valor do recolhimento intempestivo resultando no montante de R\$1.262,21;

Infração 20 - 02.01.03. Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, conforme Anexos nº 32 e 33, nos meses de novembro a dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$1.228,53, com aplicação de multa de 60%;

Infração 21 - 03.02.02. Recolhimento a menos de 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 34 e 35, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$395.381,79, com aplicação de multa de 60%;

Infração 22 - 03.02.04. Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, conforme Anexos nº 36 e 37, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$9.549,45, com aplicação de multa de 60%.

O Autuado apresenta peça defensiva de fls. 119 a 142, inicialmente, observa a tempestividade da impugnação e sintetiza o teor das infrações imputadas.

Com exceção das Infrações 06, 10, 17 e 20, suscita preliminar de decadência parcial em relação à todas as demais infrações da autuação.

Esclarece que com a ocorrência da decadência, se perde o direito de rever o lançamento por homologação ao constituir um crédito tributário em relação a fatos geradores ocorridos desde 01/2011.

Revela que no caso em tela, identificou os fatos geradores das obrigações tributárias, calculou o montante devido, antecipou o respectivo pagamento do ICMS e cumpriu as obrigações acessórias que reputava devidas. Assinala que a Fiscalização, exercendo seu direito de rever o procedimento realizado pelo contribuinte, entendeu que poderia analisar a contabilidade do período, mesmo que se referisse a fatos ocorridos há mais de cinco anos.

Explica que no momento em que o Auto de Infração ingressou no mundo jurídico (06/07/2016, data da ciência da ora Impugnante), já havia ocorrido a perda do direito do Fisco de rever o lançamento por homologação relativamente aos fatos geradores anteriores a 06/07/2011, em razão do disposto no §4º do art. 150 do CTN.

Registra ser esse 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, CTN) e o direito de constituir o crédito tributário (art. 173, inciso I, 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, CTN).

Afirma que ao ICMS não se aplica o prazo decadencial previsto no Código Tributário Nacional - CTN, mas sim a regra que o direito do Fisco apurar e constituir seus créditos que extinguem-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído. Observa que o ICMS possui natureza jurídico-tributária, sendo a ele aplicados todos os princípios tributários previstos na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional - CTN. Nesse sentido, a alínea “b”, do inciso III, do art. 146 da CF/88 dispõe que cabe à Lei Complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributária.

Salienta que no ordenamento jurídico brasileiro, o CTN, lei complementar em sentido material, é o veículo apropriado para introduzir no sistema normas relativas à decadência no âmbito tributário. Destaca que apesar dos órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal ainda relutarem em reconhecer a aplicação das normas do Código Tributário Nacional sobre decadência, o Poder Judiciário vem reiteradamente afirmado a mencionada aplicação.

Sustenta não restar dúvida que deve ser reconhecida a decadência do direito à cobrança do ICMS, em relação aos fatos geradores anteriores ao prazo de cinco anos, na forma do §4º, do art. 150 do CTN, devendo ser cancelada parte do Auto de Infração ora impugnado, pois cobra valores referentes a fatos geradores anteriores a 07/2011, alcançados pela decadência.

Requer que seja reconhecida a decadência parcial dos valores cobrados no Auto de Infração ora impugnado, excluindo-se os valores cobrados do período de 01/2011 a 06/2011 das Infrações 01, 02, 03, 04, 05, 07, 08, 09, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 21 e 22.

Em relação à Infração 02, observa que o equívoco da Fiscalização foi ter incluído na autuação, Sal Ajinomoto, Sal Grosso Kita e Ovos Pausterizados, mercadorias sujeitas à tributação normal.

Afirma que para colaborar com a busca da verdade material, juntou à presente impugnação planilha com as ilustrações dos produtos, constantes do CD anexo (DOC. 03).

Requer a exclusão dos produtos indevidos no valor de R\$ 3.487,47.

Quanto à Infração 03, assevera que o equívoco da Fiscalização foi ter incluído na autuação, Biscoito de Povilhos, Bolinho perdigão, Bomboniere, Café Solúvel, Confeitos, Croissant, Cosméticos (Corretivo e Pincel), Desodorantes, Espetinhos, Farinha de Rosca, Filé de Frango à Parmegiana, Flutuador, Galeto, Germen de Trigo, Leite fermentado Danoninho, Prendedor, Repelentes, produtos que não estão sujeitos à substituição tributária.

Para colaborar com a busca da verdade material, a ora Impugnante anexa à presente impugnação planilha com a indicação do RICMS-BA/97, Mercadorias Sujeitas à Substituição ou Antecipação Tributária com a indicação do produto e respectiva NCM, bem como as ilustrações dos produtos conforme fornecedor, constantes do CD em anexo (DOC. 03).

Requer a exclusão dos produtos indevidos no valor de R\$8.787,10.

No que diz respeito à Infração 15, destaca que o equívoco da Fiscalização foi ter incluído na autuação produtos de informática. Assevera que não se aplica diferencial de alíquotas para produtos e equipamentos de informática.

Informa que os produtos são scanner para leituras de códigos de barras das mercadorias (Terminal de Consulta) e Microcomputador.

Requer a exclusão dos produtos indevidos no valor de R\$1.894,46.

No tocante à Infração 16, assinala que o equívoco da Fiscalização foi não ter observado os lançamentos no livro Registro de Apuração do ICMS constante do CD em anexo (DOC. 03).

Requer a exclusão dos produtos indevidos no valor de R\$2.586,15.

Quanto à Infração 18, observa que o equívoco da Fiscalização foi ter incluído na autuação, Confeitos e Papel Alumínio, produtos que não fazem parte do Regime da Substituição Tributária.

Requer a exclusão dos produtos indevidos no valor de R\$1.673,62 e R\$1.528,96.

Em relação à Infração 21, observa que a esse item se refere às saídas de mercadorias no PDV com a descrição genérica para as diversas mercadorias tributadas no registro C425 do EFD.

Afirma tratar-se de erro do sistema Calypso, sistema de automação de frente de Loja, cujas diferenças eram lançadas em códigos genéricos de mercadorias.

Registra que a Fiscalização cobra o ICMS de 17% para o código genérico, que não deixa claro que mercadorias passaram nas vendas do PDV da filial.

Declara que esse problema decorria de que o antigo sistema de automação de frente de loja (Calypso), quando trabalhava *off-line*, acabava perdendo alguns itens de venda e quando seus prepostos validavam os movimentos para envio da EFD ICMS/PI, encontravam divergência entre os itens vendidos e o movimento de alíquotas da Redução “Z”.

Explica que no cruzamento de validação que foi criado, encontrava diferença de R\$500,00 reais na alíquota de 17%, logo, para o PVA do SPED FISCAL isso era um erro que impedia o envio, logo fora desenvolvida uma rotina que encontrava a divergência e lançava em um código genérico que representava a divergência encontrada, no exemplo supracitado a mercadoria genérica que representava os 17% e assim por diante. Continua esclarecendo que foi criada uma rotina que quando o sistema Calypso trabalhava *off-line*, acabava por perder a informação de alguns itens, estes eram substituídos 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.

Afirma que neste caso, não causou prejuízos ao Fisco, porque não era feita alteração alguma na movimentação de alíquotas das vendas dos ECFs.

Observa que para colaborar com a busca da verdade material, anexa à presente impugnação planilha com a demonstração dos valores indevidos de R\$187.014,13, constantes do CD em anexo (DOC. 03).

Ressalta que deve ser levado em consideração que ao lavrar a autuação, a Fiscalização não considerou o crédito na mesma operação, fato que vicia a autuação.

Assinala que a Fiscalização ao verificar 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 têm direito na entrada das referidas mercadorias.

No presente caso, afirma ter direito a créditos de mercadorias tributadas a menos na saída do PDV, que não foram utilizados, quando deveriam ter sido utilizados na alíquota correspondente em ambas as operações.

Menciona que para colaborar com a busca da verdade material, afirma anexar à presente impugnação, planilha com a demonstração de que a ora Impugnante não considerou o crédito integral nas entradas das mercadorias, com apuração de crédito no valor de R\$55.332,46, constantes do CD em anexo (DOC. 03).

Requer, por questão de justiça fiscal, que a homologação do seu crédito pela SEFAZ/BA e que o seu crédito seja abatido do Auto de Infração.

Por todo o exposto, requer o abatimento do crédito a que tem direito no valor de R\$55.332,46 e a exclusão dos valores cobrados indevidamente no total de R\$187.014,13.

Solicita diligência fiscal para revisão da autuação. Diz ser evidente que os fundamentos de defesa e os documentos anexados à impugnação, por si só já justificam o deferimento da diligência fiscal ora requerida. Sustenta restar clara a necessidade de realização de diligência fiscal. Sendo assim, a ora Impugnante requer a realização de Diligência, no sentido de se determinar ampla revisão do levantamento da Fiscalização, com base nas planilhas anexadas à presente defesa, bem como na documentação a ser apresentada na fase da diligência, a fim de adequá-lo à realidade.

Requer diligência na ASTEC / CONSEF, em homenagem aos princípios da verdade material e da ampla defesa, nos termos dos art. 137, inciso I, alínea “a” do RPAF-BA/99, com a finalidade de exclusão dos valores cobrados indevidamente.

Afirma que o pedido de diligência fundamenta-se na insuficiência da apuração do levantamento da Fiscalização, ao não excluir os valores cobrados indevidamente.

Requer, lhe seja permitido provar todo o alegado pelos meios de provas em direito permitidos, principalmente e especialmente, requerendo, desde já, a produção da indispensável e imprescindível prova pericial, apresentando desde já, quesitos às fl. 141, para serem respondidos, protestando pela inclusão de outros que se fizerem necessários até o momento da referida prova.

Conclui pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração

Na Informação fiscal, fls. 162 a 193, os Autuantes contrapõem as razões de defesa apresentadas na Impugnação, nos termos resumidos a seguir.

Quanto à preliminar de decadência arguida pelo Defendente, afirmam 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. Além disso, 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. No caso em discussão, os valores lançados foram apurados mediante a realização de uma auditoria fiscal que identificou a ocorrência de várias infrações e consequentemente, o recolhimento a menos do ICMS apurado mensalmente. Frisam que a parcela do ICMS que deixou de ser recolhida foi lançada de ofício, portanto, em relação aos valores cobrados no Auto de Infração não houve o lançamento por homologação. Assim, não se pode aplicar o previsto no supracitado dispositivo legal que fundamentou a contestação do Autuado.

Registraram 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. Dizem que no presente caso, o crédito fiscal 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. Ressaltam que a informação fiscal deste Auto de Infração está em conformidade com o posicionamento firmado por este Conselho a respeito do prazo decadencial, citando como exemplo diversos acórdãos proferidos pela segunda Instância desse CONSEF.

Infração 02 - Em relação aos itens Sal Grosso e Ajinomoto, destacam que a Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (DITRI) já firmou posicionamento, por meio dos pareceres nºs 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, de que 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 prevê o RICMS-BA/97. Por meio de ampla pesquisa na rede mundial de computadores, dizem que constataram que as diversas marcas do produto sal grosso, incluídos no levantamento fiscal, não tinham a adição de condimentos e temperos. Inclusive o próprio Autuado efetuou vendas em algumas oportunidades do supracitado item sem o destaque do ICMS, conforme pode ser verificado na tabela, conforme fl. 166.

Já com relação ao sal Ajinomoto, mencionam que verificaram após uma investigação na internet, que 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. Além disso, constatamos a inclusão indevida do item sal aur italia kg (código nº 444106), no demonstrativo da infração em discussão, que trata-se do salame italiano Aurora com tributação normal e alíquota de 17%.

Arrematam assinalando que diante do exposto, acataram parcialmente as alegações da Defendente e reduziram o lançamento conforme demonstrativo, de fl. 167.

Em relação ao produto, Ovos Pasteurizados, informam que acataram as alegações da Defendente por se tratar de mercadoria com regime de tributação normal (ovos pasteurizados) e reduziram o lançamento conforme demonstrativo, de fl. 168.

Quanto à Infração 03, destacam que o Autuado relaciona algumas mercadorias e argui que não procede a infração nº 3, referente à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS na aquisição de mercadorias com pagamento do imposto por substituição tributária. Assinalam que o Defendente informa que o valor total do lançamento é de R\$76.014,84 e requer a exclusão dos produtos indevidos no valor de R\$8.787,10.

Biscoito de Polvilho - Acataram as alegações da Defendente e reduziram o lançamento conforme demonstrativo, de fls. 169/170.

Bolinhos / petiscos - Acataram as alegações da Defendente e reduziram o lançamento conforme demonstrativo, de fls. 170/171.

Bomboniere - Informam que por se tratar de frasqueiras para bombons, acataram as alegações da Defendente e reduziram o lançamento conforme demonstrativo - fl. 171.

Café Solúvel - Observam que acataram as alegações da Defendente e reduziram o lançamento conforme demonstrativo de fl. 172.

Confeitos - Destacam que os produtos relacionados pela Requerente se referem a chocolates m&m e preparações de confeitaria, classificada com a NCMs nºs 1806.3, 1806.9 e 1704.90.1, e estão sujeitos à antecipação tributária, sendo vedada a apropriação dos seus respectivos créditos, que já foram concedidos no momento do cálculo do imposto relativo às operações subsequentes, conforme art. 97, inciso IV, alínea "b" e art 353, inciso II, item 8, subitem 8.5, do RICMS-BA/1997 ou art. 290.

Assinalam que a Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (DITRI), já firmou posicionamento a respeito da matéria por meio do Parecer nº 19.956/2009.

Explicam que com o objetivo de comprovar o exposto acima, verificaram que em diversas situações o Impugnante deu saída das referidas mercadorias objeto do lançamento e não realizou o respectivo débito de ICMS, conforme tabela de fl. 173.

Croissant - Informam que acataram as alegações do Defendente e reduziram o lançamento conforme demonstrativo de fls. 174/175.

Cosméticos (Corretivo e Pincel) - Frisam que acataram as alegações da Defendente e reduziram o lançamento conforme demonstrativo de fl. 176.

Desodorantes - Registraram que acataram as alegações do Defendente e reduziram o lançamento conforme demonstrativo de fls. 176/177.

Espetinhos – Observam que por se tratar de espetinhos de linguiça (embutidos), afirmam acataram as alegações da Defendente e reduziram o lançamento conforme demonstrativo de fls. 177/178.

Farinha de Rosca – Esclarecem que a mercadoria relacionada pela defesa nada mais é do que torrada ralada, produto derivado da farinha de trigo e sujeito à antecipação tributária, sendo vedada a apropriação dos seus respectivos créditos, que já foram concedidos no momento do cálculo do imposto relativo às operações subsequentes, conforme art. 97, inciso IV, alínea "b" e art 353, inciso II, item 11, subitens 11.4 e 11.4.2 do RICMS-BA/1997.

Asseveram que a Diretoria de Tributação da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (DITRI), já firmou posicionamento a respeito da matéria por meio dos pareceres nºs 6.019/2004 e 15.707/2012.

Explicam que com o objetivo de comprovar o exposto acima, verificaram que em diversas situações a Autuada deu saída das referidas mercadorias objeto do lançamento e não realizou o respectivo débito de ICMS, conforme tabela - fls. 178/179.

Filé de Frango – Esclarecem que por se tratar de filé de frango já preparado a parmegiana, acatam as alegações da Defendente e reduzem o valor do lançamento, conforme demonstrativo acostado às fls. 179/180.

Flutuador - Acataram as alegações da Defendente e reduziram o lançamento conforme demonstrativo de fl. 180.

Galeto - Acataram as alegações da Defendente e reduziram o lançamento conforme demonstrativo de fl. 181.

Gérmen de Trigo - Acataram as alegações da Defendente e reduziram o lançamento conforme demonstrativo de fl. 181.

Leite Fermentado/Danoninho - Esclarecem que os produtos relacionados pela Defendente possuem NCM 0403.10.00, conforme notas fiscais eletrônicas e sua escrituração fiscal digital apensadas aos autos (p. 108). Segundo a Tabela de Incidência do imposto sobre produtos industrializados - TIPI, o referido código de NCM corresponde à mercadoria Iogurte, conforme pode ser verificado a seguir:

04.03	<i>Leitelho, leite e creme de leite coalhados, iogurte, quefir e outros leites e cremes de leite fermentados ou acidificados, mesmo concentrados ou adicionados de açúcar ou de outros edulcorantes, ou aromatizados ou adicionados de frutas ou de cacau.</i>
0403.10.00	- Iogurte

Assim, assinalam que os produtos relacionados pelo Impugnante são iogurte e estão sujeitos à antecipação tributária, sendo vedada a apropriação dos seus respectivos créditos, que já foram concedidos no momento do cálculo do imposto relativo às operações subsequentes, conforme art. 97 inciso IV e art. 353, inciso II, item 3 subitem 3.3, do RICMS-BA. Observam que com o objetivo de comprovar o exposto acima, verificaram que em diversas situações a Autuada deu saída das referidas mercadorias classificadas com o NCM nº 0403.1000 e CFOP de operações sujeitas à substituição tributária, onde não realizou o respectivo débito de ICMS, conforme tabela - fl. 182.

Prendendor - Acataram as alegações da Defendente e reduziram o lançamento conforme demonstrativo de fl. 183.

Repelentes - Ressaltam que por se tratar de repelente para uso tópico, diretamente na pele, acataram as alegações da Defendente e reduziram o lançamento conforme demonstrativo de fl. 184.

Infração 15 - Registraram que o Impugnante informa que o valor total do lançamento é de R\$2.013,65 e requer a exclusão dos produtos indevidos no valor de R\$1.894,46, em virtude de terem sido incluídos produtos de informática no levantamento fiscal (anexos nºs 25 e 26), que não estariam sujeitos ao pagamento do ICMS por diferencial de alíquotas, pois se tratam de mercadorias acobertadas pelo benefício da redução de base de cálculo, não incluídas na previsão do art. 87, incisos I, V e XLIV do RICMS-BA/99.

Esclarecem que as alegações da defesa não procedem, pois o benefício da redução da base de cálculo para os produtos de informática só é válido nas operações internas, conforme poder ser constatado nos incisos V e XLIV, do art. 87 do RICMS-BA/99, aprovado pelo Dec. 6.284, de 14 de março de 1997 (vigente até 31/03/2012), cujo trecho reproduz.

Explicam que o citado dispositivo tem como objetivo incentivar o polo industrial deste segmento localizado em nosso Estado, e por este motivo não se deve aplicar a redução da base de cálculo na apuração do diferencial de alíquota, quando estes produtos forem adquiridos fora da Bahia. Isso fica definitivamente claro a partir de 28/09/2013, conforme §4º, do art. 268 do RICMS-BA/12 atualmente em vigor, que transcreve.

Salientam ainda que a Diretoria de Tributação da SEFAZ (DITRI) já firmou posicionamento, por meio dos Pareceres nºs 9.952/2009, 14.894/2009 e 6.760/2010, no sentido de que, por não decorrer de convênio, nos termos do art. 72, inciso I do RICMS-BA (reproduz), a redução da base de cálculo estabelecida no art. 87, inciso V, não deve ser considerada para fins do pagamento da diferença de alíquotas relativa às operações com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos (“hardware”), inclusive automação, bem como com suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no Anexo 5-A.

Concluem que pelo expedito, mantêm o lançamento.

Infração 16 - Inicialmente lembram que o Defendente informa que o valor total do lançamento é de R\$2.783,89 e requer a exclusão dos valores indevidos de R\$2.586,15, pelo fato desta Fiscalização ter se equivocado em não ter observado os lançamentos no livro Registro de Apuração do ICMS constante do CD em anexo (Doc. 03). Asseveram que tais argumentos da Defendente não se sustentam, uma vez que os valores constantes da infração se referem às aquisições de material de

uso ou consumo que foram escrituradas com CFOP 2.102 – Compra para comercialização e CFOP 2.152 - Transferência para comercialização, e não constam na memória de cálculo fornecida pela empresa.

Acrescentam, esclarecendo que os valores apresentados pela empresa em sua defesa no montante de R\$2.586,15, foram objeto de verificação do Diferencial de Alíquota das aquisições classificadas com o CFOP 2.556 - Compra de material para uso ou consumo e CFOP 2557 – Transferência de material para uso ou consumo. Sendo assim, pelos motivos acima expostos, mantêm o lançamento.

Infração 18 - Dizem que essa infração se refere ao 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. Assinalam que o Defendente informa que o valor total da Infração é de R\$77.462,29 e requer a exclusão dos produtos indevidos no valor de R\$3.202,58.

Confeitos – Esclarecem que de forma análoga à autuação da Infração 03 (utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com o pagamento de imposto por substituição tributária), o Autuado alega que o equívoco da Fiscalização foi ter incluído na autuação, mercadoria que não está sujeita à substituição tributária e sim sob o regime normal de tributação, pois o item 8.3 do inciso I, do art. 353 do RICMS-BA/97, foi revogado com efeitos desde 01/01/2009.

Asseveram que os produtos relacionados pelo Impugnante se referem a chocolates m&m e preparações de confeitoraria, classificada com a NCMs nºs 1806.3, 1806.9 e 1704.90.1, e que estão sujeitos à antecipação tributária, sendo devida a cobrança da antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação ou do exterior, conforme art. 371, art. 125, Inciso II, alínea “b”, combinado com o art. 61 do RICMS-BA/1997.

Papel Alumínio - Afirma que também de forma análoga à autuação da Infração 03 (utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente à mercadoria adquirida com o pagamento de imposto por substituição tributária), a Autuada alega que o equívoco da Fiscalização foi ter incluído na autuação, mercadoria que não está sujeita à substituição tributária e sim sob o regime normal de tributação. Desta forma, pleiteia a exclusão do valor de R\$1.528,96 da infração que ora se discute.

Frisam que a mercadoria relacionada pela Defesa se refere a produto de papelaria (papel laminado - código da NCM de nº 7607.11.90), conforme notas fiscais eletrônicas e sua escrituração fiscal digital apensadas aos autos, fl. 108, e está sujeita à antecipação tributária, sendo devida a cobrança da antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação ou do exterior, conforme art. 371, art. 125, Inciso II, alínea b. combinado com o art. 61 do RICMS-BA/1997.

Infração 21 - Declaram que esse item da autuação se refere ao recolhimento a menor do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Lembram que o Autuado informa que o valor total do lançamento é de R\$395.381,79 e requer a exclusão dos valores indevidos de R\$187.014,13, constantes do CD em anexo (DOC. 03), pois se referem à cobrança do ICMS nas saídas de mercadorias no PDV escrituradas no registro C425 do EFD com a descrição genérica, decorrente de erro no seu sistema Calypso. Continuam mencionando que o impugnante explica que o referido sistema perdia a informação de alguns itens, quando operava “off line” e estes eram substituídos por um código genérico com a mesma natureza tributária dos produtos originários. Essa informação era obtida por meio de um cotejamento entre o sistema e o movimento de alíquotas da redução Z.

Asseveram que o Autuado informa que a descrição genérica foi proveniente de um erro no seu sistema, mas não consegue comprovar que as mercadorias relacionadas no demonstrativo, objeto da contestação, têm saídas com carga tributária inferior a 17% ou sem tributação (isentas e sujeitas ao regime de substituição tributária).

Afirmam que a maior parte deste montante se refere a mercadorias com o código de NCM nº 2008.60.90, conforme pode ser verificado no demonstrativo de fl. 189.

Observam que segundo a Tabela de Incidência do imposto sobre produtos industrializados - TIPI, o referido código da NCM corresponde ao seguinte:

20.08	<i>Frutas e outras partes comestíveis de plantas, preparadas ou conservadas de outro modo, com ou sem adição de açúcar ou de outros edulcorantes ou de álcool, não especificadas nem compreendidas noutras posições.</i>
2008.60	- <i>Cerejas</i>
2008.60.90	<i>Outras</i>
	<i>Ex 01 - Cozidas (exceto em água e vapor), congeladas e sem adição de açúcar ou de outros edulcorantes</i>

Asseveram que os produtos classificados no código de NCM acima, têm regime de tributação normal com carga tributária de 17% e por este motivo mantêm o lançamento.

Refutam também quanto suposto direito a crédito de ICMS, alegado pelo Autuado, 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.

Preliminarmente, esclarecem 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. Afirmam que 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-BA/2012, que transcreve.

Observam que analisando o demonstrativo apresentado pelo Defendente, “Recuperação de crédito Infração 16”, contido no CD em anexo (DOC. 03), constataram que o Autuado entende ter direito a um crédito decorrente da diferença entre a alíquota adotada pela fiscalização nas mercadorias objeto do lançamento da infração acima citada (recolhimento a menos do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas e a carga tributária correspondente ao ICMS destacado nas entradas dos referidos produtos). Arrematam assinalando que para ilustrar melhor o pleito acima, acostam quadro com a relação de alguns itens que supostamente o Impugnante teria o direito de recuperar o crédito do ICMS, juntam tabela demonstrativa de fl. 191.

Quanto ao requerimento de diligência na ASTEC, informam que os pequenos equívocos já foram sanados pelos Autuantes e os quesitos devidamente respondidos nesta informação fiscal, não existindo qualquer evidência de outros erros nos demonstrativos que integram o Auto de Infração. Além disso, afirmam entenderem que os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação da convicção deste Conselho, bem como as infrações contestadas pelo Autuado são decorrentes de roteiros realizados com muita freqüência nos trabalhos de auditoria, caracterizando matéria de complexidade simples, impedindo, assim, que a defesa possa requerer a realização de diligência, nos termos do §3º, art. 123, e da alínea “a”, inciso I, art.147 do RPAF-BA/99.

Nas considerações finais, informa que com relação às Infrações 01, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 19, 20 e 22, ressaltam 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.

Concluem pugnando pela procedência parcial do presente Auto de Infração conforme quadro que

demonstra o saldo remanescente das Infrações 02 e 03, conforme tabela de fl. 193.

Finalmente, esclarecem que nos termos dos parágrafos 7º e 8º, do art. 127 do RPAF-BA/99, recomendamos o encaminhamento deste Processo Administrativo Fiscal para julgamento do CONSEF, já que não foram aduzidos fatos novos, apenas tabelas que reproduzem partes da escrituração fiscal digital da Autuada, fl. 108, de seu amplo conhecimento, cuja finalidade é apenas auxiliar no seu julgamento, bem como demonstrativos ou levantamentos elaborados em função de argumentos e provas apresentadas na presente defesa.

Em pauta suplementar, essa 3ª JJF decidiu converter os autos em diligência, fl. 196, para que fosse fornecida cópia da informação fiscal prestada pelos Autuantes e concedido o prazo de dez dias para o Impugnante se manifestar.

O Impugnante se manifestou às fls. 206 a 226, reiterando todos os seus argumentos e suas razões de defesa.

Os Autuantes prestam nova informação, fls. 229 e 230, na qual assinalam que o Defendente, em sua manifestação, não apresentou fatos novos ou qualquer tipo de demonstrativo ou memória de cálculo. Concluíram opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, depois de examinar os elementos que constituem e integram os presentes autos, consigno que o PAF está revestido das formalidades legais, indica claramente as irregularidades cometidas, o enquadramento legal, tipifica a multa sugerida, afigurando-se o procedimento fiscal acorde com as normas de regência. Ademais, verifico também não existir óbice algum para a compreensão da acusação fiscal, bem como, inexiste qualquer dos elementos elencados no art. 18, do mesmo regulamento que o inquine de nulidade.

O Autuado arguiu a decadência parcial das Infrações 01, 02, 03, 04, 05, 07, 08, 09, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 19, 21 e 22, 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.

Em sede de informação fiscal, os Autuantes sustentaram 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.

Convém salientar que em função de posicionamento formal da Procuradoria Geral do Estado – PGE, ocorreu uma mudança de entendimento neste CONSEF 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.

Com a emissão do Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, resta assente que deve-se contar 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.

Por outro lado, o Incidente de Uniformização PGE, orienta que 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, inciso 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.

Diante do exposto, verifico que nos presentes autos restou operada a decadência parcial em relação aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a junho de 2011, nas Infrações 07, 11, 12, 13, 14, 18, 16, 17, 18, 21 e 22, 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.

Ressalto 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 01, 02, 03, 04, 05, 08, 09, 15, 16 e 19, 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, inciso I do CTN, o que só ocorreria em 31/12/2016.

Ficam indeferidas as solicitações de perícia e diligência, com fulcro no art. 147, inciso I, alínea “a”, e inciso II, alíneas “a” e “b”, do RPAF-BA/99, por serem destinadas 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 questionamento algum para as Infrações 01, 04, 05, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14, 17, 19, 20 e 22, em relação às quais não há lide, sendo integralmente procedentes as Infrações 01, 04, 05, 06, 08, 09, 10, 17, 19, e 20, e parcialmente procedentes as Infrações 07, 11, 12, 13, 14, 15, 18, 21 e 22, em função da decadência aos fatos geradores ocorridos de janeiro a junho de 2011. Assim, restaram em lide as Infrações 02, 03, 15, 16, 18 e 21.

Quanto à Infração 02, que trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS na aquisição de mercadorias isentas, o Autuado questionou a inclusão no levantamento fiscal dos produtos Sal Ajinomoto, Sal Grosso Kita e Ovos Pasteurizados por entender que são mercadorias sujeitas à tributação normal.

Os Autuantes acataram as alegações da defesa em relação aos itens Sal Ajinomoto e Ovos Pasteurizados e não acolheram o pleito da defesa em relação ao Sal Grosso Kita, sob o fundamento de que o sal grosso sem a adição de condimentos tem direito ao benefício da redução de 100% da base de cálculo ou da isenção conforme prevê o RICMS-BA/97, enumerando diversos Pareceres da DITRI, nesse sentido.

Ao compulsar os autos, constato que em relação aos produtos Sal Ajinomoto e Ovos Pasteurizado, que assiste razão ao Impugnante e acolho o entendimento dos Autuantes de que devem ser expurgadas da exigência apurada em relação a esses dois produtos.

No tocante ao item Sal Grosso Kitano, em que pese os referidos pareceres, 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-BA/97 e o RICMS-BA/12. Consigno que sobre essa matéria existem decisões neste CONSEF, com esse entendimento, a exemplo dos Acórdãos CJF 0213-12/15 e 0236-12/15, ou seja, considerando que o sal grosso possui tributação normal. Nesse sentido, devem ser excluídos também desse item da autuação do demonstrativo acostado à fl.193, pelos Autuantes, nos meses de julho e setembro de 2011, os valores, respectivamente de R\$5,72 e R\$7,15. Assim, remanescem os débitos de R\$106,99, em julho de 2011 e R\$43,65, em setembro de 2011. Logo, o débito apurado pelos Autuantes na informação fiscal da Infração 02, passa de R\$1.600,78, para R\$1.590,81.

Nestes termos, acolho o novo demonstrativo da Infração 02, elaborado pelos Autuantes, fl. 193, com a alteração supra referida relativa ao produto Sal Grosso Kita. Entretanto, em relação ao período de novembro de 2011, deve ser considerado o valor zerado, haja vista a impossibilidade de compensar o valor recolhido a mais no presente Auto de Infração.

Concluo pela subsistência parcial da Infração 02, no valor de R\$1.590,81.

Na Infração 03, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, sendo que os Autuantes acataram as alegações do Autuado, exceto apenas em relação aos itens Confeitos, Farinha de Rosca e Leite Fermentado.

Depois de compulsar os elementos que compõem esse item da autuação, verifico que tanto o acolhimento das alegações defensivas relativas aos produtos apontadas na Impugnação pelos Autuantes, bem como dos produtos que não foram acatados, encontram respaldo na legislação de regência, por isso, concluo que o débito remanescente da Infração 03, corresponde ao montante de R\$71.699,94, apresentado pelos Autuantes, discriminado no demonstrativo ajustado e colacionado à fl. 193.

Concluo, nos termos supra expendidos pela subsistência parcial da Infração 03.

Infração 15 - Trata da falta de recolhimento 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.

Em sua Impugnação, o Defendente asseverou que não se aplica diferencial de alíquotas para produtos e equipamentos de informática, explicando que os produtos autuados são scanner para leituras de códigos de barras das mercadorias (Terminal de Consulta) e Microcomputador.

Depois de examinar os elementos que compõem esse item da autuação, constato que não assiste razão ao Impugnante, haja vista que se equivoca ao entender que as operações interestaduais com essas mercadorias, sejam alcançadas pela redução de base de cálculo prevista nos incisos V e XLIV, do art. 87 do RICMS-BA/97, que trata exclusivamente de operações internas.

Ademais, como bem esclareceram os Autuantes ao procederam à informação fiscal, esse também é o entendimento da DITRI – SEFAZ, que através dos Pareceres de nºs 9.952/09, 14.894/09 e 6.760/10, no sentido de que, por não decorrer de convênio nos termos inciso I, do art. 72 do RICMS-BA/97, a redução da base de cálculo estabelecida no inciso V, não deve ser considerada para fins de pagamento de diferença de alíquotas relativo a operações com aparelhos e equipamentos de processamento de dados e seus periféricos, inclusive automação, bem como suprimentos de uso em informática para armazenamento de dados e impressão, indicados no Anexo 5-A do RICMS.

Logo, nos termos supra expendidos, concluo que resta consubstanciado o cometimento da Infração 15.

Infração 16 - Imputa a falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao uso e consumo do próprio estabelecimento.

Em sede de defesa, o Impugnante alegou que a fiscalização não observou os lançamentos em seu livro Registro de Apuração do ICMS.

Depois de examinar os elementos que integram esse item da autuação, verifico que não assiste razão ao defendant, uma vez que como explicaram os Autuantes, os valores arrolados no levantamento fiscal se referem a operações de aquisição de material de uso e consumo, escriturados com o CFOP 2.102 – Compra para comercialização que não constam da memória de cálculo apresentada pelo defendant. Verifico que os valores apresentados pela defesa no montante de R\$2.586,15, decorrem de diferencial de alíquotas das aquisições classificadas com o CFOP 2.556 e 2.557, respectivamente, compras e transferências de material para uso e consumo.

Logo, concluo pela subsistência da Infração 16.

Infração 18 - Apura o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação

A Defesa sustentou que os produtos, Confeitos e Papel Alumínio, arrolados no levantamento fiscal, devem ser excluídos da autuação por não estarem submetidos ao regime de Substituição Tributária.

Ao compulsar os autos, constato que em relação ao item Confeitos, fica patente se referirem a chocolates, m&m e preparações de confeitoraria classificadas com as NCMs 1806.3, 1806.9 e 1704.1, que estão sujeitos à antecipação tributária e devida a exigência fiscal de acordo com o art. 371 e a alínea “b”, do inciso II do art. 125 do RICMS-BA/97.

No que diz respeito ao item Papel Alumínio, verifico que se trata de papel laminado de código NCM 7607.11.90, consoante se verifica nas notas fiscais eletrônicas e sua escrituração fiscal, fl. 108, do mesmo modo que o item anterior, sujeitos à Substituição Tributária.

Assim, fica mantida a Infração 18.

Infração 21 - Cuida do recolhimento a menos de ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, referente às saídas de mercadorias por meio de notas fiscais eletrônicas

Em sede de defesa, o Impugnante requer a exclusão do valor de R\$187.014,13, que apresenta no CD do Anexo 03, que acostou aos autos, sob a alegação de se referirem à cobrança de ICMS nas saídas de mercadorias no PDV, escrituradas no registro C425 da EFD com descrição genérica em decorrência de erro no seu sistema Calypso.

Ao procederem à informação fiscal, 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%. Verifico que o Autuado não conseguiu comprovar que as mercadorias indicadas pela descrição genérica, não eram tributadas ou eram tributadas com carga tributária inferior a 17%,

Assim, concluo que a Infração 21 é parcialmente procedente no valor de R\$223.169,53, tendo em vista a decadência em relação aos meses de janeiro a junho de 2011, pelos motivos já expostos no confrontamento da preliminar de mérito.

No que concerne 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 RICMS, não sendo possível a compensação no âmbito do presente Auto de Infração.

Assim, nos termos supra expendidos, resta parcialmente subsistente a acusação fiscal nos termos explicitados no demonstrativo abaixo.

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO AUTO DE INFRAÇÃO X JULGAMENTO

Infração	Auto de Infração	Informação Fiscal	Decadência acatada	Julgamento	Multa	
01	4.814,62	4.814,62	-	4.814,62	60%	Procedente
02	5.301,78	1.603,68	-	1.590,81	60%	Proc. em Parte
03	76.014,84	71.699,94	-	71.699,94	60%	Proc. em Parte
04	11,31	11,31	-	11,31	100%	Procedente
05	4.902,12	4.902,12	-	4.902,12	60%	Procedente
06	22.983,54	22.983,54	-	22.983,54	60%	Procedente
07	497,31	497,31	164,41	332,90	60%	Proc. em Parte
08	158,04	158,04	-	158,04	100%	Procedente
09	12,08	12,08	-	12,08	60%	Procedente
10	30.401,84	30.401,84	-	30.401,84	60%	Procedente
11	6.809,92	6.809,92	4.369,99	2.439,93	60%	Proc.em Parte
12	20.908,66	20.908,66	15.167,98	5.781,08	60%	Proc.em Parte
13	1.090,65	1.090,65	57,57	1.033,08	60%	Proc.em Parte
14	3.759,68	3.759,68	585,43	3.174,25	60%	Proc.em Parte
15	2.013,65	2.013,65	-	2.013,65	60%	Procedente
16	2.783,89	2.783,89	-	2.783,89	60%	Procedente
17	929,02	929,02	-	929,02	60%	Procedente
18	77.462,29	77.462,29	47.923,74	29.538,55	60%	Proc.em Parte
19	1.262,21	1.262,21	-	1.262,21	60%	Procedente
20	1.228,53	1.228,53	-	1.228,53	60%	Procedente
21	395.381,79	395.381,79	172.212,26	223.169,53	60%	Proc. em Parte
22	9.549,45	9.549,45	582,92	8.966,53	60%	Proc. em Parte
Totais	668.277,22	660.264,22	241.064,30	419.227,45		

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **146551.0001/16-0**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$417.965,24**, acrescido das multas de 60% sobre R\$417.795,89 e 100% sobre R\$169,35 previstas, respectivamente na alínea “a”, do inciso VII, na alínea “j” do inciso IV, nas alíneas “b”, “a”, “f” e “d” do inciso II, do inciso III, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$1.262,21**, prevista na alínea “d”, do inciso II, do art. 42 do mesmo dispositivo legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei 9.837/05.

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, 17 de maio de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO - RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR