

A. I. Nº - 298958.0044/17-3
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - JOSMAN FERREIRA CASAES
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 19.11.2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0167-05/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** ATIVO FIXO. Infração insubstancial. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração insubstancial. **c)** MERCADORIAS DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **d)** SAÍDAS SUBSEQUENTES. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. Infração 3 e 4 subsistente em parte. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração 5 procedentes em parte. **b)** RECOLHIMENTO A MENOR. **b.1)** DESENCONTRO DO VALOR ENTRE O RECOLHIDO E O ESCRITURADO. Infração 6 insubstancial. **b.2)** ALÍQUOTA DIVERSA. SAÍDAS ESCRITURADAS. Infração 7 subsistente em parte. 3. DIFAL. ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. MERCADORIAS DESTINADAS PARA O CONSUMO. Infração 8 procedente em parte. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTAS. **a)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Infrações procedente em parte. Preliminar de decadência acolhida para o período de janeiro a novembro de 2012, consoante o art. 150, § 4º do CTN. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 12/12/2017, para exigir ICMS no valor de R\$106.702,50, em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 (01.02.01) – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. ICMS no valor de R\$2.042,29 e multa de 60%. Meses de julho e agosto de 2012.

INFRAÇÃO 2 (01.02.02) – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$166,50 e multa de 60%. Meses de janeiro, junho, agosto de 2012, março e novembro de 2013.

INFRAÇÃO 3 (01.02.06) – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. ICMS no valor de R\$ 23.181,33 e multa de 60%. Meses de janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013.

INFRAÇÃO 4 (01.02.26) – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, no valor de original de R\$ 4.783,46, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 5 (02.01.03) – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$ 15.189,18 e multa de 60%. Meses de abril a dezembro de 2012 e de janeiro a maio e de julho a dezembro de 2013.

INFRAÇÃO 6 (03.01.01) – Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. ICMS no valor de R\$2.574,68 e multa de 60%. Mês de janeiro de 2012.

INFRAÇÃO 7 (03.02.02) – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$55.171,47 e multa de 60%. Meses de janeiro a dezembro de 2012 e de janeiro a dezembro de 2013.

INFRAÇÃO 8 (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. ICMS no valor de R\$1.470,69 e multa de 60%. Meses de janeiro a novembro de 2012; janeiro, março a maio de 2013 e julho a setembro de 2013.

INFRAÇÃO 09 (16.01.01) – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 973,86, relativa aos meses de janeiro a maio e de julho a dezembro de 2012 e de janeiro a junho e de agosto, outubro e dezembro de 2013.

INFRAÇÃO 10 (16.01.02) – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$1.149,04, relativa aos meses de janeiro a dezembro de 2012, e de janeiro a dezembro de 2013.

O autuado ingressa com defesa, fls. 28 a 66, e de início demonstra a tempestividade de sua impugnação, bem como uma síntese da autuação. Coloca em relevo a preliminar de decadência parcial do crédito tributário, considerando que tomou ciência do Auto de Infração impugnado em 21/12/2017 e o período da infração é de 31/01/2012 a 31/12/2013.

Defende, nesse compasso, a aplicação da regra contida no art. 150, § 4º do CTN, que prevê a contagem do prazo decadencial de 5 (cinco) anos a partir da ocorrência do fato gerador. Coloca em destaque, recente julgado do Auto de Infração nº 279757.0085/15-0, pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, Acórdão CJF nº 0265-11/16, no qual foi reconhecida a decadência do lançamento do crédito tributário pela aplicação do mencionado dispositivo, em detrimento do inciso I, do art. 107-A do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB (vigente à época dos fatos geradores), em caso idêntico ao presente, com uma empresa do mesmo grupo empresarial do autuado.

Ressalta a mudança de posicionamento no âmbito do CONSEF, em razão da Súmula Vinculante nº 08 do STF, publicada em 20/06/2008, a qual fixou o entendimento de que as normas tributárias atinentes ao prazo decadencial somente podem ser veiculadas por lei complementar. Transcreve trechos da mencionada decisão deste CONSEF, inclusive com citações da jurisprudência do STJ.

Preliminarmente, em relação às infrações 03, 04 e 05, constata-se que a fiscalização está exigindo o ICMS nas transferências internas, entre estabelecimentos situados dentro do Estado da Bahia. Ocorre que as operações decorreram das remessas internas de mercadorias entre filiais situadas neste Estado, e nesse sentido lembra o teor da Súmula 166 do STJ, relativa à ausência de fato gerador do ICMS, por inexistência de mercancia e consequente circulação de mercadoria. São operações de simples remessa dos bens de estabelecimento (filial) situado no Estado da Bahia para outro estabelecimento (filial) do mesmo contribuinte/empresa, localizado no Estado de Sergipe. Cita a posição de doutrinadores da área do Direito Tributário, bem como a jurisprudência.

No mérito, na infração 01 requer que seja reconhecida a decadência parcial dos valores cobrados relativos aos meses de 31/07/2012 e 31/08/2012.

Na infração 2, também requer seja reconhecida a decadência relativa aos meses de janeiro/2012, junho/2012 e agosto/2012.

Também aponta que há equívoco da fiscalização, por não ter observado os valores estornados no Livro Registro de Apuração, conforme planilha do CD em anexo. (doc. 03)

Na infração 3 requer a declaração de decadência em relação aos meses de janeiro a dezembro de 2012 (até o dia 20/12)

Aponta que o equívoco da fiscalização foi não ter observado produtos estornados no Livro Registro de Apuração pelas Notas Fiscais, planilha constante do CD em anexo (doc. 03).

Também não foi observada a não incidência do ICMS nas transferências internas entre estabelecimentos (filiais) do mesmo contribuinte/empresa, conforme planilha constante do CD em anexo (Doc. 03).

Aduz que outro equívoco da fiscalização foi não ter observado Notas Fiscais de Devolução e Notas Fiscais com crédito indevido referentes às vendas com débito indevido que se anulam, conforme planilha de Doc. 03.

Na infração 04, requer seja acolhida a decadência, com relação aos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2012 (até o dia 20/12).

Repete as mesmas razões de defesa mencionadas na infração 03, ou seja, aponta que o equívoco da fiscalização foi não ter observado produtos estornados no Livro Registro de Apuração pelas Notas Fiscais, planilha constante do CD em anexo (doc. 03).

Também não foi observada a não incidência do ICMS nas transferências internas entre estabelecimentos (filiais) do mesmo contribuinte/empresa, conforme planilha constante do CD em anexo (Doc. 03).

Aduz que outro equívoco da fiscalização foi não ter observado Notas Fiscais de Devolução e Notas Fiscais com crédito indevido referentes às vendas com débito indevido que se anulam, conforme planilha. (Doc. 03).

Na infração 05 aponta as mesmas razões anteriormente descritas na infração 04, e acrescenta que o equívoco da fiscalização foi “não” ter incluído na autuação produtos que fazem parte da substituição tributária, conforme planilha constante do CD em anexo (Doc. 03).

Na infração 06 requer seja reconhecida a decadência parcial dos valores exigidos no Auto de Infração, qual seja o relativo ao mês de janeiro de 2012.

Nas infrações 07 e 08, pede o reconhecimento da decadência quanto aos meses de janeiro a novembro de 2012.

Quanto às infrações 09 e 10, pede o reconhecimento da decadência relativa aos meses de janeiro a dezembro de 2012 (até o dia 20/12). Diz que o equívoco da fiscalização foi não ter observado as Notas Fiscais escrituradas no Livro Registro de Entradas, conforme planilha constante do CD em anexo (doc. 03).

Requer a realização de diligência, em ampla revisão, com base nas planilhas anexadas à defesa, bem como na documentação a ser apresentada na fase de diligência, a fim de adequar à realidade.

Invoca o princípio da verdade material, e em sua homenagem, bem como ao princípio da ampla defesa, requer a diligência fiscal na ASTEC, nos termos do Art. 137, I, “a” do RPAF/99, a ser realizada por auditor fiscal estranho ao feito. Apresenta quesitos, às fls. 64/65 do PAF e pede o provimento integral a presente impugnação administrativa.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 85 a 107, e sustenta que o lançamento está sujeito às regras do art. 173, I do CTN, com relação ao pedido de decadência. Pugna pelo não provimento do pedido, pois além de citar a jurisprudência, os lançamentos se referem a tributo lançado de ofício, apurado pelo agente fiscal, sem a colaboração do contribuinte, ou seja, são valores não apurados nem quitados antecipadamente pelo contribuinte, de modo que, neste caso, o prazo decadencial começou a contar a partir de 01/01/2013.

Na infração 2 reconhece como procedente em parte as alegações, posto que identificou os estornos de crédito referentes aos meses de março/2013 no montante de R\$23,80 e exclui-os das

planilhas de débito. Remanesce um crédito de R\$110,30.

Na infração 03 reconhece em parte as alegações, haja vista que no mês de julho de 2013, houve o estorno no RAICMS, no valor de R\$120,70, bem como nos meses de agosto no valor de R\$152,21, setembro no valor de R\$49,32, outubro/2013, no valor de R\$ 132,95, novembro de 2013 no valor de R\$83,39 e dezembro/2013 no valor de R\$153,61. Refez a planilha.

Não concorda com a aplicação da Súmula STJ 166, pois existe a vedação quanto ao uso dos créditos sobre as entradas de mercadorias com saídas subsequentes, beneficiadas com isenção ou redução do imposto, independentemente da origem. Deveria ter efetuado o estorno do crédito, o que não comprovou e nem alegou em sua defesa. Remanesce um valor de R\$ 22.489,15 para esta infração.

Na infração 04 reconhece a procedência parcial das alegações, haja vista que no mês de dezembro de 2012 houve o estorno no Livro Registro de Apuração no montante de R\$257,70, bem como nos meses de janeiro de 2013, de R\$266,21, fevereiro de 2013, de R\$261,03; março de 2013 no valor de R\$683,75 e junho de 2013, no valor de R\$14,22. Como a infração foi proveniente de crédito indevido, não se aplica a Súmula 166 do STJ. Resta um crédito no valor de R\$3.300,55 para esta infração.

Na infração 05 refuta as alegações quanto à decadência e informa que os produtos alegados como que fazem parte da substituição tributária, são, em verdade produtos sujeitos à tributação normal do ICMS. São eles, ESPONJA BETTANIN PARA UNHAS, que como o próprio nome diz não se trata de produto de limpeza; Produtos descritos como IOGURTES, com NCM 0403-9, que na verdade é leite fermentado; REPELENTE REPELEX LOÇÃO, produto de uso tópico e não de inseticida, e INSETICIDA FORT APARELHO/LÍQUIDO APARELHO, trata-se de aparelho elétrico, utilizado em tomada elétrica e com inseticida líquido. Mantém a cobrança em seu montante total.

Nas infrações 06, 07 e 08, não acolhe a preliminar de decadência suscitada pela defendant.

Na infração 09, reconhece em parte as alegações da suplicante quanto às Notas Fiscais 527922, 41802, 152660, 125003, 152666, 249733, 152654, 249712, 124963, 124961, 124957, 124958, 124955, 142400, 152677, 152502, 152647, e 152501, e informa que as excluiu da planilha originária. Mantém a cobrança quanto às demais Notas Fiscais de Entrada não escrituradas e informa que anexa a este PAF novas planilhas de débito para esta infração, que remanesce no valor de R\$854,46.

Na infração 10, reconhece em parte as alegações da defesa quanto às Notas Fiscais nº 93809, 198999, 199045, 199895, 110807, 113156, 249709, 1326532, 1326531, 124956, 1326530, 1326529, e 1326533, e as exclui da planilha de débito. Mantem a multa com relação às demais notas fiscais e remanesce a infração no valor de R\$1.101,11.

Conclui que o Auto de Infração passa a ser no valor de R\$104.304,17, acrescido dos consectários legais pertinentes.

O sujeito passivo ao ser cientificado dos novos demonstrativos, manifesta-se fls. 119 a 139, e ratifica as razões de defesa anteriormente apresentadas quanto à decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, no período de 31/01/2012 a 20/12/2012.

Invoca mais uma vez o teor da Súmula 166 do STJ, a ser aplicada nas infrações 03, 04 e 05, por não ter sido observada a não incidência do ICMS nas transferências entre estabelecimentos filiais do mesmo contribuinte, entre os Estados da Bahia e Sergipe.

Com relação à infração 04, destaca que, embora o autuante tenha reconhecido a comprovação dos valores estornados no Livro Registro de Apuração, não se pronunciou quanto às notas fiscais de devolução. Aponta que o equívoco da fiscalização foi ter incluído notas fiscais de devolução, notas fiscais com crédito indevido, referente às vendas com débito indevido, que se anulam, conforme planilha que consta anexa à impugnação.

Na infração 05 reitera que os produtos anteriormente mencionados estão enquadrados na substituição tributária.

Pede provimento integral à impugnação administrativa, a fim de que o Auto de Infração seja

julgado improcedente.

VOTO

Nego o pedido de diligência formulado pelo defendant, haja vista que os elementos constantes dos autos são suficientes para a formação do meu juízo de valor acerca da lide, consoante art. 147, I, “a” do RPAF/99 (Decreto 7.629/99).

Inicialmente, verifico que o lançamento tributário preenche todas as formalidades necessárias para a sua validade, tais como as previstas nos arts. 39 a 47, que constituem o Capítulo III, “DO AUTO DE INFRAÇÃO”, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), e por estar em consonância com essas normas legais, apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais. Ademais, os princípios do contraditório e da ampla defesa foram observados, sendo que o sujeito passivo foi intimado e teve ciência de todos os atos processuais que ocorreram na presente lide, e pode se manifestar nos prazos legais que lhe foram concedidos, tudo em conformidade com a legislação que rege o processo administrativo fiscal.

Portanto, por ter o lançamento atendido em sua formalidade, aos requisitos legais para o seu ingresso no mundo jurídico, passo à apreciação das preliminares de mérito quanto à decadência da constituição do crédito tributário, para em seguida abordar as questões de mérito trazidas à lide.

Quanto à preliminar de decadência, observo que o Auto de Infração foi lavrado em 12/12/2017, tendo sido o contribuinte cientificado em 21/12/2017, pelo que o defendant clama pela declaração de decadência das autuações relativas ao período de janeiro a dezembro de 2017 (até o dia 20), vez que o período autuado compreende do mês de janeiro de 2012 ao mês dezembro de 2013, nos termos do Art. 150, § 4º do CTN, Lei nº 5.172/66.

Como se tratam de várias infrações, no total de 10, a apreciação do pedido de decadência será analisada em cada uma, antes da apreciação do mérito, mas saliento que consoante o Incidente de Uniformização nº PGE 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 tributável (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.

As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, § 4º do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao art. 173, inciso I do mesmo Código.

Nessa esteira, ainda quando o contribuinte tenha 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 ocorrido o fato gerador. 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. Dependerá da análise de cada caso concreto.

Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, 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 de 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.

Dessa forma, em cada infração, será analisado a aplicação do Art. 150, § 4º, ou do art. 173, I do CTN, à luz do Incidente de Uniformização PGE 2016.194710-0, emanado pela Procuradoria Fiscal do Estado da Bahia.

Ressalto que tendo sido lavrado o Auto de Infração em 12/12/2017, com ciência pelo contribuinte em 21/12/2017, os fatos geradores ocorridos de janeiro a novembro de 2012, serão apreciados quanto à incidência do disposto no art. 150, § 4º do CTN, em cada infração, posto que, para estes meses o fisco teria até o dia 20/12/2017, como prazo final para lançar e constituir o crédito tributário a favor da Fazenda Pública. Logo, serão legítimos e não atingidos pelo prazo decadencial, com a aplicação do art. 150, § 4º do CTN, os lançamentos cujos fatos geradores sejam a partir de 21/12/2017 (inclusive).

Nas situações em que cabe a aplicação do art. 173, I do CTN, os fatos geradores ocorridos em 2012 não foram alcançados pela decadência, haja vista que o lançamento poderia ter sido efetuado até 31/12/2017, e o Auto de Infração foi cientificado em 21/12/2107.

No mérito, o sujeito passivo impugna as infrações, que serão analisadas de per si, quanto aos fatos e fundamentos de direito que embasam, bem como quanto às razões de defesa apresentadas pelo sujeito passivo, por meio de seu preposto, como segue.

A infração 01 decorreu da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de julho e de agosto de 2012.

Tratando-se de crédito fiscal indevidamente utilizado, a infração encontra-se fulminada pela decadência, nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

Infração improcedente.

A infração 02 também refere-se à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Compreende os meses de janeiro, junho e agosto de 2012, março e novembro de 2013. Para os meses de janeiro, junho e agosto de 2012, a decadência os alcançou, e devem ser excluídos da infração.

No que tange aos meses de março e novembro de 2012, o sujeito passivo comprovou que efetuou o estorno dos créditos, valores inclusive verificados e confirmados pelo autuante ao prestar a informação fiscal.

Infração improcedente.

Na infração 03, relativa à utilização de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, o autuante reconhece que no mês de julho de 2013 houve o estorno no RAICMS, no valor de R\$120,70, bem como nos meses de agosto no valor de R\$152,21, setembro no valor de R\$49,32, outubro/2013 no valor de R\$132,95, novembro de 2013 no valor de R\$83,39 e dezembro/2013 no valor de R\$153,61.

Ocorre que os meses de janeiro a novembro de 2012 foram atingidos pela decadência, com base no Art. 150, § 4º do CTN, e devem ser excluídos da infração.

Quanto ao argumento de que não foram observadas notas fiscais de devolução e notas fiscais com crédito indevido, referente a vendas com débito indevido que se anulam, conforme planilha constante do CD (DOC 03), as exclui da infração, conforme apontado pelo defendente.

Assim, remanesce os seguintes valores a serem exigidos na autuação:

DATA OCORRÊNCIA	VALOR ORIGINAL	EXCLUSÃO/AUTUANTE/RELATORA	VALOR REMANESCENTE
31/12/2012	2.797,87	-	2.797,87

31/01/2013	999,06	2,73	996,33
28/02/2013	401,95	16,43	385,52
31/03/2013	1.461,69	1,14	1.460,55
30/04/2013	441,50	0,31	441,19
31/05/2013	341,48	0,51	340,97
30/06/213	232,58	5,01	227,57
31/07/2013	441,70	120,70 +0,68	320,32
31/08/2013	296,50	151,21	145,29
30/09/2013	200,07	49,32	150,75
31/10/2013	377,09	132,95 + 2,31	241,83
30/11/2013	295,99	83,39	212,60
31/12/2013	279,18	153,61	125,57
TOTAL			7.846,36

Infração procedente em parte no valor de R\$ 7.846,36.

Na infração 04, consta que o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes, beneficiadas com isenção ou redução do imposto, conforme demonstrativo de crédito fiscal indevido de mercadorias isentas, que se encontra no CD fl. 21.

O sujeito passivo, em sua defesa, alega a decadência com relação aos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2012 (até o dia 20).

De fato, encontram-se atingidos pela decadência os fatos geradores relativos aos períodos de janeiro a novembro de 2012, logo os valores do ICMS correspondentes a tais meses ficam excluídos da infração, nos termos do Art. 150, § 4º do CTN.

O autuante acatou a defesa no que concerne aos estornos do crédito promovidos pelo sujeito passivo, escriturados no Livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de dezembro de 2012 no montante de R\$257,70, bem como nos meses de janeiro de 2013 no valor de R\$266,21, fevereiro de 2013 no valor de R\$261,03; março de 2013 no valor de R\$683,75 e junho de 2013, no valor de R\$14,22.

Não cabe discussão quanto à aplicação da Súmula 166, do STF, vez que, inclusive, se trata de utilização indevida de crédito fiscal.

Quanto ao argumento de que não foram observadas notas fiscais de devolução e notas fiscais com crédito indevido referentes a vendas com débito indevido que se anulam, conforme planilha constante do CD (DOC 03), o acato e devem ser excluídos os valores de R\$1,21, referente ao mês de março de 2013 e de R\$5,17, referente ao mês de agosto de 2013.

Assim, remanescem os seguintes valores na infração:

DATA OCORRÊNCIA	VALOR ORIGINAL	EXCLUSÃO/AUTUANTE/RELATORA	VALOR REMANESCENTE
31/12/2012	335,15	257,70	77,45
31/01/2013	269,64	266,21	3,43
28/02/2013	296,87	261,03	35,84
31/03/2013	792,28	683,75 + 1,21	107,32
30/04/2013	0	-	0
31/05/2013	0	-	0
30/06/2013	14,22	14,22	0

31/07/2013	0		0
31/08/2013	5,17	5,17	0
30/09/2013	0	0	0
31/10/2013	12,06		12,06
30/11/2013	20,74		20,74
TOTAL			256,84

Infração procedente em parte no valor de R\$256,84.

Na infração 05 está apontada a ocorrência de falta de recolhimento de ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Da análise dos períodos autuados, verifico que ocorreu a decadência nos meses de janeiro a novembro de 2012, consoante a previsão do Art. 150, § 4 do CTN, pelo que os valores relacionados a este período ficam excluídos.

Quanto aos demais meses objeto da infração, o sujeito passivo alega que produtos submetidos à substituição tributária estão indevidamente incluídos, por não estarem mais sujeitos à incidência do ICMS nas saídas. Nomeia-os: Esponja Bettanin para Unhas, Iogurtes (NCM 0403-9), Repelente Repelex Loção, Inseticida Fort Aparelho/Líquido Aparelho.

Da análise do Anexo I do RICMS, que discrimina as mercadorias sujeitas à substituição ou antecipação tributária, constato que no item 21 consta “Iogurte” com a NCM 0403-1, logo, o produto da NCM 0403-9, não está na S/T.

Repelente Repelex Loção também não se enquadra no item 25.10 do Anexo 1 que trata de inseticidas, repelentes e outros semelhantes apresentados em formas ou embalagens, exclusivamente para uso sanitário direto e doméstico. Trata-se de loção para uso tópico, produto distinto do apontado no Anexo 1.

Inseticida fort aparelho/líquido aparelho trata-se de aparelho elétrico utilizado em tomada elétrica, e também não se encontra listado no Item 25.10, do Anexo 1 do RICMS.

Quanto à Esponja Bettanin para Unhas, não pode ser enquadrada no item 25.13, que trata de esponjas para limpeza de uso doméstico.

Ficam rejeitados os argumentos de que esses produtos estão na substituição tributária.

Quanto às transferências internas que teriam sido efetuadas e que não estariam sujeitas à incidência do ICMS, tem razão o defendant e devem ser excluídas da infração. São elas, consoante o demonstrativo que consta no CD de fl. 81 (doc. 03): Capa carrel.malha cinza, no mês de outubro/2013, nos valores de R\$28,66 e de 32,43; e Café Nescafé, no mês de julho de 2013, nos valores de R\$9,02 e R\$8,86. Ressalto que as transferências internas foram objeto do Incidente de Uniformização nº da PGE, no sentido de que “Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular”.

Desse modo, o demonstrativo de débito da infração perfaz os seguintes valores:

DATA OCORRÊNCIA	VALOR ORIGINAL	EXCLUSÃO	VALOR REMANESCENTE
31/12/2012	459,68	0	459,68
31/01/2013	385,59	0	385,59
28/02/2013	397,32	0	397,32
31/03/2013	554,98	0	554,98
30/04/2013	819,19	0	819,19
31/05/2013	636,35	0	636,35
30/06/2013	0		0

31/07/2013	1.013,49	17,88	995,61
31/08/2013	873,69	0	873,69
30/09/2013	1.038,58	0	1.038,58
31/10/2013	988,32	61,09	927,23
30/11/2013	673,88	0	673,88
31/12/2013	761,47	0	761,47
TOTAL			8.523,57

Infração procedente em parte no valor de R\$8.523,57.

A infração 06, referente ao período de janeiro de 2012, está fulminada pela decadência, por ter ocorrido recolhimento a menor de ICMS, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Infração improcedente.

A infração 07 aponta o recolhimento a menor de ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

A defensora aponta a ocorrência de decadência para os períodos de janeiro a dezembro de 2012, (até o dia 20).

De fato, o crédito tributário relativo aos meses de janeiro a novembro de 2012 não pode ser exigido, haja vista que fulminado pela decadência, consoante a norma contida no art. 150, § 4º do CTN, sendo que a apuração do ICMS é mensal.

Assim, as ocorrências de 31/01/2012 até 30/11/2012, ficam excluídas da infração. Remanesce o valor de R\$ 14.931,09, relativo às ocorrências de 31/12/2012 a 31/12/2013.

Infração procedente em parte, no valor de R\$14.931,09.

A infração 08 exige ICMS relativo à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras Unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

A tese da defensora restringe-se ao argumento de que períodos atingidos pela decadência estão abrangidos na exigência fiscal.

De fato, o crédito tributário relativo aos meses de janeiro a novembro de 2012 não pode ser exigido, haja vista que fulminado pela decadência, consoante a norma contida no art. 150, § 4º do CTN.

Assim, as ocorrências de 31/01/2012 até a de 30/11/2012, ficam excluídas da infração. Remanesce o valor de R\$ 452,32 relativo às ocorrências de 31/01/2013 a 30/09/2013.

Infração procedente em parte, no valor de R\$452,32.

As infrações 09 e 10, referem-se à multa no percentual de 1% sobre as entradas de mercadorias sujeitas à tributação e não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal. Trata-se de descumprimento de obrigação acessória, e neste caso, deve ser aplicado o art. 173, I do CTN. Portanto, os meses de janeiro de 2012 a novembro de 2012 não estão alcançados pela decadência, haja vista que o Auto de Infração foi lavrado em 12/12/2017.

O autuante reconhece, na informação fiscal, que parte das notas fiscais estavam devidamente escrituradas no Livro Registro de Entradas, e as exclui das infrações. Assim, elaborou novo demonstrativo, no qual relaciona os valores relativos aos exercícios de 2012 e de 2013, conforme consta no CD de fl. 109.

Assim, verifico que na infração 09, o autuante excluiu as notas fiscais que estavam registradas no Livro Registro de Entradas, nºs 527922, 41802, 152660, 125003, 152666, 249733, 152654, 249712, 124963, 124961, 124957, 124958, 124955, 142400, 152677, 152502, 152647, e 152501, conforme apontadas pelo

defendente, e informa que as excluiu da planilha originária. Assim, permanece a multa quanto às demais Notas Fiscais de Entrada não escrituradas, e remanesce o valor de R\$854,46.

Infração procedente em parte no valor de R\$ 854,46, sendo que no mês de dezembro de 2012 a multa fica no valor de R\$214,63 (com exclusão de R\$ 7,01); no mês de janeiro de 2013, a multa no valor de R\$22,37 é zerada; e no mês de dezembro de 2013, a multa é no valor de R\$2.21. Nos demais meses, a multa aplicada não sofreu alteração. Destaco que as alterações foram procedidas com base no doc. 03, elaborado pelo autuado, do qual o auditor fiscal concordou em parte, menos quanto aos períodos mencionados como atingidos pela decadência.

Infração procedente em parte, no valor de R\$854,46.

Na infração 10, foram excluídas pelo autuante as Notas Fiscais nº 93809, 198999, 199045, 199895, 110807, 113156, 249709, 1326532, 1326531, 124956, 1326530, 1326529, e 1326533, e as exclui da planilha de débito. Desse modo, fica mantida a multa com relação às demais notas fiscais, e remanesce a infração no valor de R\$1.101,11, sendo que no mês de abril de 2013, o valor da multa é de R\$187,55; no mês de outubro de 2013, é de R\$11,06; no mês de novembro é de R\$9,43, e no mês de dezembro de 2013 é de R\$43,97. Os demais meses autuados não sofrem alteração no seu valor. Ressalto que as exclusões estão baseadas no doc. 03, elaborado pelo contribuinte, do qual o auditor fiscal concordou em parte.

Infração procedente em parte com multa no valor de R\$1.101,11.

Ressalto que cabe a aplicação do disposto no art. 143 do RPAF/99: “*A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*”.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0044/17-3**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$32.010,18**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” e “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, e da multa de 1% no valor de **R\$1.955,84**, prevista no art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96, multa reduzida retroativamente em obediência à Lei 13.461/2015, c/c a alínea “c”, do inciso II, Art. 106 da Lei 5.172/66 (CTN), e 42, inciso XI da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2018.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA/PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR