

PROCESSO - A. I. N.º 146551.0001/16-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
RECORRIDOS - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0075-03/18
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 20/08/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0162-11/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS: **a)** ISENTAS. Redução da exação após exclusão produtos tributados. Mantida a Decisão recorrida; **b)** SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Redução da exação após exclusão produtos tributados. Razões recursais incapazes à reforma da Decisão recorrida; **c)** FALTA DE ESTORNO. SAÍDAS COM REDUÇÃO BASE DE CÁLCULO. Exclusão fatos geradores atingidos pela decadência. Recolhimento total da exação fiscal. Análise recursal prejudicada. 2. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. **a)** DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O APURADO NOS LIVROS FISCAIS; **b)** APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO; **c)** BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. Excluídos os valores atingidos pela decadência. Mantida a Decisão recorrida. 3. DIFERENÇAS DE ALÍQUOTAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** ATIVO IMOBILIZADO; **b)** MATERIAL DE USO/CONSUMO. Recolhimento das exigências fiscais. Análises recursais prejudicadas. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOR. Excluídos valores atingidos pela decadência. Mantida Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão nº 0075-03/18, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito originalmente exigido, consoante art. 169, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte que inconformado com a referida Decisão apresenta a peça recursal, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito de R\$668.277,22, em razão da constatação de vinte e duas irregularidades, no exercício de 2011, sendo objeto do Recurso de Ofício as infrações 2, 3, 7, 11 a 14, 18, 21 e 22, como também objeto do Recurso Voluntário as exações: 3, 15, 16 e 21, a seguir descritas:

Infração 2 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$5.301,78, referente à aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a dezembro/2011 (anexos 3 e 4);

Infração 3- Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$76.014,84, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro/2011 (anexos 5 e 6);

Infração 7 - Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$497,31, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, nos meses de janeiro a março e outubro a dezembro de 2011 (anexo 11);

Infração 11 - Recolhimento a menos de ICMS, no valor de R\$6.809,92, 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, nos meses de janeiro a outubro/2011 (anexos 17 e 18);

Infração 12 - Recolhimento a menos de ICMS, no valor de R\$20.908,66, 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, nos meses de janeiro a outubro de 2011 (anexos 17 e 18);

Infração 13 - Recolhimento a menos de ICMS, no valor de R\$1.090,65, 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, nos meses de fevereiro a junho e agosto a dezembro/2011 (anexos 21/22);

Infração 14 - Recolhimento a menos de ICMS, no valor de R\$3.759,68, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a maio e agosto a dezembro de 2011 (anexos 23 e 24);

Infração 15 - Falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$2.013,65, 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, nos meses de março e abril de 2011 (anexos 25/26);

Infração 16 - Falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$2.783,89, 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 27, combinado com o anexo 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;

Infração 18 - Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$77.462,29, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de janeiro a setembro de 2011 (anexo 30);

Infração 21 - Recolhimento a menos de ICMS, no valor de R\$395.381,79, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas por meio de notas fiscais eletrônicas, nos meses de janeiro a dezembro de 2011 (anexos 34 e 35);

Infração 22 - Recolhimento a menos de ICMS, no valor de R\$9.549,45, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2011 (anexos 36 e 37).

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$419.227,45, após, com base no art. 150, § 4º, do CTN, acolher a decadência dos fatos geradores relativos ao período de janeiro a junho de 2011, inerente às infrações 7, 11 a 14, 16 a 18, 21 e 22, visto que a ciência do Auto de Infração ao contribuinte ocorreu em 06/07/2016, e não acolher a decadência relativa às infrações 1 a 5, 8, 9, 15, 16 e 19, por se submeter ao prazo de contagem geral, estabelecido no art. 173, I, do CTN, que tem início a partir do 1º dia do exercício seguinte à ocorrência dos respectivos fatos geradores e, por isso, os débitos lançados não foram atingidos pela decadência, pois o fisco dispunha de prazo até 31/12/2016 para formalizar o lançamento de ofício.

No mérito, a JJF consignou que não houve lide quanto as infrações: 1, 4 a 14, 17, 19, 20 e 22, sendo procedentes, com exceção das exações 7, 11, 12 a 15, 18, 21 e 22, as quais são procedentes em parte em função da decadência aos fatos geradores ocorridos de janeiro a junho de 2011. Assim, restaram em lide as infrações 2, 3, 15, 16, 18 e 21, tendo a Decisão recorrida tecida as seguintes considerações:

INFRAÇÃO 2.

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.

INFRAÇÃO 3.

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.

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 procederem 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.

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 defendente, 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 defendente. 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.

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 confeitaria 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.

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 enfrentamento da preliminar de mérito.

Por fim, no que concerne à alegação do direito ao suposto crédito utilizado a menor, a JJF concluiu 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.

Diante de tais considerações a Decisão da JJF foi pela Procedência Parcial do Auto de Infração, no valor histórico de R\$419.227,45, recorrendo de ofício para uma das Câmaras do CONSEF.

No Recurso Voluntário, de fls. 262 a 269 dos autos, o recorrente apresenta as seguintes alegações:

Em relação à infração 03, inerente à utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias adquiridas com ICMS-ST, o recorrente alega ter demonstrado em sua impugnação que diversas mercadorias não fazem parte do regime de substituição tributária, o que foi acatado em parte pela JJF. Entretanto, o recorrente se insurge contra a manutenção da exigência quanto aos seguintes produtos:

1. Confeitos, pois sobre eles incide tributação normal, visto que o item 8.3 do inciso II do art. 353 do RICMS foi revogado em 31/10/2008, tornando imperiosa sua exclusão no valor de R\$2.812,98;
2. Farinha de rosca, a qual se submete ao regime normal de tributação, não se incluindo na previsão do art. 353, II, item 11, do RICMS (farinha de trigo), conforme planilha às fls. 178/179 dos autos, devendo-se excluir da infração o valor de R\$149,73;
3. Leite fermentado e Danoninho, também sujeitos à tributação normal, conforme planilha às fls.

182 dos autos, pois o item 3.4 do inciso II do art. 353 do RICMS foi revogado em 21/09/2005, devendo-se excluir da infração os valores de R\$31,20 (leite fermentado) e R\$1.478,29 (Danoninho).

Quanto à infração 15, relativa a falta de recolhimento do ICMS DIFAL ativo fixo, o recorrente alega que no levantamento fiscal não considerou a redução da base de cálculo para produtos de informática (terminal de consulta e microcomputadores), os quais possuem alíquota interna de 12%, conforme art. 87, V, VI e XLIV do RICMS/97, ensejando a exigência indevida de R\$1.894,46.

Na infração 16, relativa a falta de recolhimento do ICMS DIFAL uso ou consumo, o recorrente discorda sob justificativa de que restou demonstrado no Registro de Apuração do ICMS a realização de lançamentos pertinentes que comprovam que os valores são devidos, devendo excluir o valor de R\$2.586,15.

No que diz respeito à infração 21, cuja acusação é de recolhimento a menor do ICMS em razão da aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, o recorrente sustenta que tal infração refere-se às saídas de mercadorias no PDV com a descrição genérica para diversas mercadorias tributadas no registro C425 da EFD.

Diz tratar-se de erro do sistema Calypso de automação de frente de loja, cujas diferenças eram lançadas em códigos genéricos de mercadorias. Aduz que, na medida em que a fiscalização exige ICMS de 17% para o código genérico, não deixa claro quais foram as mercadorias dos registros de vendas do PDV.

Tece considerações sobre a rotina criada para quando o sistema perdesse a informação de alguns itens, os quais eram substituídos por um código genérico de acordo com a tributação da venda em virtude do SPED fiscal cruzar estas informações e não permitir que o arquivo fosse enviado sem a descrição das mercadorias vendidas. Contudo, afirma que nenhum prejuízo ao Fisco ocorreu, já que não foi feita nenhuma alteração na movimentação de alíquota das vendas dos ECF, do que como prova de sua alegação, diz anexar planilha (CD) com a demonstração dos valores devidos de R\$99.311,54.

O recorrente alega, ainda, que a fiscalização não considerou o crédito da mesma operação, o que vicia a autuação, pois a torna ilíquida, uma vez que, na medida em que acusou o contribuinte de cometer equívocos na apuração e recolhimento do ICMS, também deixou de observar que os mesmos produtos não tiveram o crédito de entrada correspondente, do que como prova de sua alegação, diz ter anexado na impugnação demonstrativo de apuração de crédito no valor de R\$55.332,46.

Sustenta a necessidade de nova diligência à ASTEC, pois, apesar da primeira diligência ter culminado com a revisão de parcela dos valores autuados, ainda restam lançamentos devidos que devem ser excluídos da exigência fiscal, ora perpetrada.

Por fim, pede provimento do Recurso Voluntário para reformar parcialmente o Acórdão recorrido, quanto a revisão das infrações 3, 15, 16 e 21, bem como para que sejam acatados os créditos que a fiscalização deixou de considerar na apuração das infrações.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo de parte do débito originalmente exigido nas infrações 2, 3, 7, 11 a 14, 18, 21 e 22 do lançamento de ofício, conforme previsto no art. 169, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância em relação às infrações 3, 15, 16 e 21 do Auto de Infração, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF.

De início, saliente-se que, conforme consta dos documentos às fls. 309 a 312 dos autos, o sujeito passivo efetivou o pagamento parcial dos débitos através do programa instituído pela Lei nº 14.016/2018.

Desses pagamentos, denota-se que restou prejudicada a análise do Recurso de Ofício quanto à infração 7, julgada pela JJF no valor de R\$332,90, em razão do recolhimento integral de R\$497,31 (fl. 320), nos termos previstos no art. 156, I, da Lei nº 5.172/66 (CTN).

Do mesmo modo a análise do Recurso Voluntário relativo às infrações 15, 16 e 21 restou prejudicada, eis que o sujeito passivo recolheu na íntegra os valores relativos às infrações 15 e 16 e, quanto à infração 21, na monta de R\$223.169,53, valor este julgado como procedente em parte pela JJF.

Assim, diante de tais considerações, o Recurso de Ofício limita-se às infrações: 2, 3, 11 a 14, 18, 21 e 22. Já o Recurso Voluntário apenas à infração 3 do Auto de Infração.

Quanto ao Recurso de Ofício, verifica-se que os valores exigidos com base nos levantamentos originais foram reformados em decorrência das seguintes razões:

INFRAÇÃO 2, relativa à utilização indevida de crédito fiscal na aquisição de mercadorias isentas, a desoneração do valor exigido de R\$5.301,78 ao valor de R\$1.590,81 decorreu pelo fato da JJF, assim como os autuantes, acolherem as razões de defesa de que são tributados os produtos Sal Ajinomoto e Ovos Pasteurizados, como demonstrado às fls.193 dos autos. Também a JJF acolheu a alegação de que o sal grosso Kitano possui tributação normal, pois 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 decisões deste CONSEF, a exemplo dos Acórdãos CJF 0213-12/15 e 0236-12/15. Assim, acertadamente, a JJF concluiu pela procedência parcial da exação 2, no valor de R\$1.590,81.

INFRAÇÃO 3, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias sujeitas à substituição tributária, também a desoneração parcial de R\$76.014,84 ao valor de R\$71.699,94, decorreu do acolhimento, tanto pelos autuantes quanto pela JJF, das razões de defesa de que não estão na substituição tributária as seguintes mercadorias: biscoito de polvilho (pois não é preparado à base de farinha de trigo e sim de polvilho, não incluído na previsão do art. 353, II, item 11.4, do RICMS); bolinho Perdigão (pois se trata de petisco congelado para assar); frascadeiras para bombons; café solúvel, croissant, cosméticos (corretivo e pincel), desodorantes, espetinhos de linguça (embutidos), filé de frango à parmegiana, flutuador, galetos, gérmen de trigo, prendedor e repelentes. Assim, acertadamente, após tais ajustes, a JJF concluiu pela procedência parcial no valor de R\$71.699,94.

INFRAÇÃO 11, relativa ao ICMS-ST recolhido a menor, em função da divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado nos documentos e livros fiscais, nos meses de janeiro a outubro/2011, a desoneração do valor de R\$6.809,92 para R\$2.439,93 ocorreu, acertadamente, em razão da constatação de que os fatos geradores de janeiro a junho de 2011 estavam efetivamente extintos pela decadência, nos termos previstos no art. 150, §4º, do CTN, tendo em vista o decurso do prazo quinquenal quando da ciência do Auto de Infração, ocorrida em 06/07/2016.

INFRAÇÃO 12, relativa ao recolhimento a menos de ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, nos meses de janeiro a outubro de 2011, a desoneração do valor de R\$20.908,66 para R\$5.781,08 ocorreu, acertadamente, também em razão da constatação de que os fatos geradores de janeiro a junho de 2011 estavam efetivamente extintos pela decadência, nos termos previstos no art. 150, §4º, do CTN, tendo em vista o decurso do prazo quinquenal quando da ciência do Auto de Infração, ocorrida em 06/07/2016.

INFRAÇÃO 13, relativa ao recolhimento a menos de ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas por meio de ECF de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de fevereiro a junho e agosto a dezembro/2011, igualmente a desoneração do valor de R\$1.090,65 para R\$1.033,08, acertadamente, ocorreu em razão da constatação de que os fatos geradores de fevereiro a junho de 2011 estavam efetivamente extintos pela decadência, nos termos previstos no art. 150, §4º, do CTN, em vista do decurso do prazo quinquenal quando da

ciência do Auto de Infração, ocorrida em 06/07/2016.

INFRAÇÃO 14, relativa ao recolhimento a menos de ICMS, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a maio e agosto a dezembro de 2011, a desoneração do valor de R\$3.759,68 para R\$3.174,25 ocorreu, acertadamente, em razão da constatação de que os fatos geradores de janeiro a maio de 2011 estavam efetivamente extintos pela decadência, nos termos previstos no art. 150, §4º, do CTN, tendo em vista o decurso do prazo quinquenal quando da ciência do Auto de Infração, ocorrida em 06/07/2016.

INFRAÇÃO 18, relativa ao recolhimento a menos do ICMS por antecipação, nos meses de janeiro a setembro de 2011, a desoneração do valor de R\$77.462,29 para R\$29.538,55 ocorreu, acertadamente, em razão da constatação de que os fatos geradores de janeiro a junho de 2011 estavam efetivamente extintos pela decadência, nos termos previstos no art. 150, §4º, do CTN, tendo em vista o decurso do prazo quinquenal quando da ciência do Auto de Infração, ocorrida em 06/07/2016.

INFRAÇÃO 21, relativa ao recolhimento a menos do ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas por meio de notas fiscais eletrônicas, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, a desoneração do valor de R\$395.381,79 para R\$223.169,53, acertadamente, ocorreu em razão da constatação de que os fatos geradores de janeiro a junho de 2011 estavam efetivamente extintos pela decadência, nos termos previstos no art. 150, §4º, do CTN, tendo em vista o decurso do prazo quinquenal quando da ciência do Auto de Infração, em 06/07/2016.

INFRAÇÃO 22, relativa ao recolhimento a menos de ICMS, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, a desoneração do valor de R\$9.549,45 para R\$8.966,53, acertadamente, ocorreu em razão da constatação de que os fatos geradores de janeiro a junho de 2011 estavam efetivamente extintos pela decadência, nos termos previstos no art. 150, §4º, do CTN, tendo em vista o decurso do prazo quinquenal quando da ciência do Auto de Infração, em 06/07/2016.

Assim, entendo correta a Decisão recorrida e não dou provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto às razões do Recurso Voluntário, restrita à infração 3, inerente à utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias adquiridas com ICMS-ST, no valor de R\$76.014,84, tendo a JJF concluído pelo valor de R\$71.699,94, o recorrente ainda pretende a exclusão dos valores relativos aos produtos: confeitos (no valor de R\$2.812,98); farinha de rosca, (no valor de R\$149,73); leite fermentado e Danoninho (nos valores de R\$31,20 e R\$1.478,29), pois defende que sobre eles incide tributação normal.

Inerente ao item “confeitos”, descabe razão ao recorrente eis que se trata de chocolates M&M e preparações de confeitaria, classificados com a NCM 1806.9 e 1704.90.1, sujeitos à substituição tributária e, em consequência, vedada a apropriação dos créditos fiscais, conforme previsto no art. 353, II, item 8.5, do RICMS/97 e ratificado através Parecer DITRI nº 119.956/09, cujos produtos o recorrente não tributava quando das saídas das mercadorias (fls. 173).

Quanto ao item farinha de rosca, igualmente, não cabe razão ao recorrente, eis que tal produto é derivado da farinha de trigo e sujeito à substituição tributária, sendo vedada a apropriação dos créditos fiscais, como previsto no art. 353, II, subitem 11.4.2, do RICMS/97 e ratificado através Pareceres DITRI nº 6.019/04 e 15.707/12, cujo produto o recorrente não tributava quando das saídas das mercadorias (fls. 178/179).

Referente aos itens leite fermentado e Danoninho, restou comprovado tratarem-se de produtos sujeitos ao NCM 0403.10.00, conforme notas fiscais eletrônicas (fls. 108), em cuja TIPI o referido código corresponde à iogurte, sujeito à substituição tributária nos termos do art. 353, II, subitem 3.3, do RICMS/97. Ademais, o recorrente não dava tributação quando das saídas das referidas mercadorias (fls. 182). Mantida a infração.

No tocante aos tópicos do Recurso Voluntário relativos à existência de créditos não considerados no cálculo das supostas infrações e da necessidade de nova diligência, vislumbro estarem prejudicados em razão da lide se restringir apenas à terceira infração, pela qual sua essência de crédito fiscal indevido não se coaduna com tal pretensão de créditos não considerados, como também à nova diligência pela ASTEC, em razão das provas trazidas aos autos, utilizadas na fundamentação do julgamento da própria infração.

Diante de tais considerações, não dou provimento ao Recurso Voluntário.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário interpostos e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **146551.0001/16-0**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$417.965,24**, acrescido das multas de 60% sobre R\$417.795,89 e 100% sobre R\$169,35, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b”, “d” e “f”, III, IV, “j” e VII, “a” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.262,21**, prevista no §1º c/c inciso II, “d” do mesmo dispositivo legal, com os acréscimos moratórios de acordo norma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS