

**PROCESSO** - A. I. Nº 298958.0007/18-9  
**RECORRENTE** - ATACADÃO S.A.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0223-03/18  
**ORIGEM** - IFEP NORTE  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 07/07/2020

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0091-11/20-VD

**EMENTA: ICMS. 1. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO.**

**a)** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O Impugnante elide parcialmente a acusação fiscal. Infração 01 parcialmente subsistente. **b)** SAÍDAS DE MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. Infração 02 subsistente. **2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS.** Infração 03 elidida em parte. **3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. MULTAS POR FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.** **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. O autuado não apresenta elementos para elidir a acusação fiscal. Infrações 04 e 05 subsistentes. Rejeita a alegação de decadência em relação às Infrações 01 e 02. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 3ª JJF Nº 0223-03/18, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 28/06/2018, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$28.247,68, em razão de cinco infrações distintas, todas objeto do presente recurso, descritas da forma a seguir.

*Infração 01 - 01.02.06. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses janeiro de 2013, janeiro a dezembro de 2014. Exigido o valor histórico de R\$14.054,69, acrescido da multa de 60%;*

*Infração 02 - 01.02.26. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, nos meses janeiro, março, abril, junho, julho e outubro de 2013, fevereiro a julho, outubro a dezembro de 2014. Exigido valor histórico de R\$7.125,36, acrescido da multa de 60%;*

*Infração 03 - 02.01.03. Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de fevereiro, março, junho, julho, outubro e novembro de 2013. Exigido o valor histórico de R\$106,57, acrescido da multa de 60%;*

*Infração 04 - 16.01.01. Entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a maio, julho a outubro de 2013, janeiro a junho, agosto a outubro e dezembro de 2014. Exigida a multa no montante de R\$878,11, em decorrência da aplicação do percentual de 1% sobre o valor das mercadorias – percentual reduzido em obediência à Lei nº 13.461/2015 c/c alínea “c”, do inciso II, do art. 106 do CTN;*

*Infração 05 - 16.01.02. Entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e 2014. Exigida a multa no montante de R\$6.082,94, em decorrência da aplicação do percentual de 1% sobre o valor das mercadorias.*

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 12/12/2018 (fls. 124 a 131) e julgou Procedente em Parte, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

## **“VOTO**

*O sujeito passivo suscitou preliminar de nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, sob o fundamento de que os dispositivos legais indicados como tendo sido infringidos não guardam relação de causa e efeito com as irregularidades objeto da autuação, ou seja, a ausência de subsunção fato/norma.*

*Ao compulsar os autos, precipuamente a descrição das infrações, seus respectivos enquadramentos legais e os demonstrativos de apuração constante do CD, fl. 16, cuja cópia foi entregue ao Autuado, fl. 15, constato que não assiste razão ao Impugnante, uma vez que a descrição das infrações, além de se afigurarem devidamente clara e pormenorizada está devidamente alicerçada nos correspondentes dispositivos legais infringidos e acompanhadas dos correspondentes demonstrativos de apuração espelhando a origem individualizada de cada operação que resultou na exigência fiscal. Ademais, o Autuado não apontou, de forma objetiva, qual a dificuldade de compreensão da acusação fiscal que resultou em óbice na elaboração de sua defesa. Ao contrário, da peça de defesa apresentada pelo Impugnante se depreende que ele entendeu perfeitamente a acusação fiscal, tanto é assim, que enfrentou plenamente todos os aspectos que entendeu cabíveis.*

*Por isso, entendo superada a preliminar de nulidade suscitada pelo Defendente.*

*Consigno também que o Auto de Infração atende aos preceitos legais, estando presentes todos os requisitos exigidos na legislação de regência para a sua validade. Constato que o Autuado tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante do fato de que lhes foram entregues os demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitassem a instalação do contencioso.*

*Com isso, observo que foi seguida a legislação de regência, precipuamente as normas estabelecidas pelo art. 39 do RPAF-BA/99, razão pela qual passo ao exame do mérito.*

*No que diz respeito à decadência com base no §4º do art. 150 do CTN, suscitada pelo Impugnante em relação às exigências, cujos fatos geradores ocorreram antes de 10 de julho de 2013, verifico que não deve prosperar alegação da defesa haja vista que se tornou pacificado no CONSEF, seguindo a Procuradoria Geral do Estado da Bahia, que em Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, entendeu pela aplicação do art. 150, §4º, do CTN, somente quando houver comprovação de pagamento do imposto em montante inferior ao devido, ou quando as operações alvo da autuação tenham sido declaradas pelo contribuinte.*

*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, dentre outras ocorrências, quando o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável.*

*Nos presentes autos, somente em relação às Infrações 01, 02 e 03 foram constadas operações declaradas ou com pagamento em montante inferior ao devido, e como o Auto de Infração foi lavrado em 29/06/2018, e o contribuinte tomou ciência em 10/07/2018, em consonância com o entendimento da PGE, aplica-se o §4º, do art. 150 do CTN, devendo ser reconhecida como operada a decadência, referentes aos fatos geradores ocorridos de janeiro a junho de 2013. No entanto, em relação às Infrações 04 e 05, ante a total falta de declaração das operações apuradas, devem ser mantidas as exigências, haja vista que somente ocorreria a decadência em dezembro de 2019, em decorrência da aplicação do inciso I, do art. 173 do CTN.*

*No tocante ao pedido de diligência/perícia solicitado pela defesa, fica indeferido com base na alínea “a”, do inciso I, e inciso II, do art. 147 do RPAF-BA/99, uma vez que já constam dos autos os elementos imprescindíveis para a formação do juízo em torno da lide, pelos julgadores.*

*No mérito o auto de infração é constituído de cinco infrações à legislação baiana do ICMS.*

*Infração 01 - cuida da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.*

*Em sua defesa o Impugnante alegou que algumas das mercadorias arroladas no levantamento fiscal não estão sujeitas ao regime de substituição tributária e outras estão sujeitas ao regime normal de tributação.*

*Verifico que em relação às mercadorias, Bala Arcor Butter Toffee CICHOC, Bala Arcor Butter Toffee CHOKKO, Bala Arcor Butter Toffee cho. Trufa, possuem NCM 18069000, integram o item 11, do Anexo 1 do RICMS-BA/12, estão sujeitas ao regime de substituição tributária, portanto, fica mantida a autuação.*

*Do mesmo modo, constato que as mercadorias, Moela Ego Eriato Bdj Cong., RE. Moela Ego Sadia Cong., RE. Moela Ego Copacol Cong., de NCM - 02071400, constam do item 35, do Anexo 1 do RICMS-BA/12, estão sujeitas ao regime de substituição tributária, portanto, fica mantida a autuação.*

*Quanto às mercadorias, Ave Codorna Cong., RF. Ave Codorna Perdigão Cong NCM - 02089000; verifico que não constam do Anexo 1 do RICMS-BA/12. Logo, assiste razão ao Impugnante e devem ser excluídas do levantamento fiscal.*

No que diz respeito as RE. Espeto Peito Ego Copacol Cong., RE. Espeto Peito/Coxa Copacol NCM - 16023200, e RE Espeto Lingüiça Jundiai Cong., NCM - 1601000, se referem a espetos de frango (Peito/coxas e lingüiça) de produtos comestíveis resultante do abate de ave e de bovino, esses produtos comercializados pelo Autuado e arrolados no levantamento fiscal não coincidem com a definição constante no item "35" do Anexo I, do RICMS-BA/12.

Assim, conforme explicitado no demonstrativo a seguir, procedi à exclusão no levantamento fiscal dos itens Ave Codorna Cong., RF. Ave Codorna Perdigão Cong NCM - 02089000, Espeto Peito Ego Copacol Cong., RE. Espeto Peito/Coxa Copacol NCM - 16023200, e RE Espeto Lingüiça Jundiai Cong., NCM - 1601000.

Considerando também o acolhimento parcial da preliminar de decadência, alcançada na exigência relativa aos meses de janeiro a junho de 2013, foram excluídos os débitos desses períodos de apuração.

DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 01 - EXCLUSÃO DAS OPERAÇÕES COM MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A ST							
Data de Ocor.	A. I.	EXCLUSÕES	JULG.	Data de Ocor.	A. I.	EXCLUSÕES	JULG.
31/01/13	988,12	Decadência	-	Transp.	8.138,68	1.074,02	3.737,08
28/02/13	971,36	Decadência	-	31/01/14	502,99		502,99
30/04/13	596,48	Decadência	-	28/02/14	456,75	9,21	447,54
31/05/13	405,36	Decadência	-	31/03/14	566,98		566,98
30/06/13	366,26	Decadência	-	30/04/14	796,78		796,78
31/07/13	1.422,33	571,56	850,77	31/05/14	176,40		176,40
31/08/13	763,68		763,68	30/06/14	504,39	18,41	485,98
30/09/13	880,60	247,48	633,12	31/07/14	371,50		371,50
31/10/13	494,97		494,97	31/08/14	65,00	65	0,00
30/11/13	393,74	254,98	138,76	30/09/14	375,84		375,84
31/12/13	855,78		855,78	31/10/14	1.038,30	429,18	609,12
				30/11/14	277,20	234,19	43,01
				31/12/14	783,88	356,2	427,68
<b>SUB TOTAL</b>	<b>8.138,68</b>	<b>1.074,02</b>	<b>3.737,08</b>	<b>TOTAL</b>	<b>14.054,69</b>	<b>2.186,21</b>	<b>8.540,90</b>

Concluo pela subsistência parcial da Infração 01, no valor de R\$8.540,90.

Infração 02 - trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subseqüentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto

Em sua Impugnação o Autuado alegou que, não há que se falar em utilização de crédito indevido, pelo fato de que as mercadorias, RF. ISCAS PEIXE COSTA SUL, RF FILE DE PEIXE POLACA ALASCA COSTA, são tributadas nas saídas internas sem prejuízo ao erário.

Verifico que a isenção das operações internas vigorou até 01/06/2016, consoante previsão expressa na alínea "e", do inciso II, do art. 265 do RICMS-BA/12, revogada pelo Dec nº 16.738, de 20/05/16, portanto, por ocasião da ocorrência dos fatos geradores objeto da autuação as operações com pescado eram isentas e deve ser mantida a autuação.

Quanto aos itens Fécula de Mandioca e Ervilha Congelada são produtos isentos, logo não assiste razão ao Autuado e devem ser mantidas as operações.

Nos termos expendidos, considerando a improcedência das alegações da defesa, resta caracterizada nos autos a utilização indevida de crédito fiscal nas aquisições com saídas beneficiadas com isenção ou redução de do imposto.

Entretanto, conforme já explicitado no exame da preliminar de decadência, devem ser excluídos a exigência atinente aos meses de janeiro a junho de 2013.

Logo, Infração 02 é parcialmente subsistente no valor de R\$4.548,24.

Infração 03 - imputa ao sujeito passivo falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Em suas razões de defesa o Autuado aduziu que os produtos Cominho Pó kitano, Apresuntado sadia e Afiambrado Estrela estariam alcançados pela isenção.

Verifico que assiste razão ao Autuante ao informar que tais produtos são industrializados e não são beneficiados pela isenção de acordo com a legislação de regência.

Assim, resta demonstrada a correção da autuação em relação a esse item da autuação.

Concluo pela caracterização parcial da Infração 03, no valor de R\$47,61, tendo em vista o acolhimento parcial da decadência e a exclusão da exigência relativa aos meses de fevereiro a junho de 2013.

Infrações 04 e 05 - exige multa percentual de 1% sobre o valor das entradas no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

O impugnante em sua defesa reconheceu parcialmente o cometimento dessas duas infrações recolhendo parte

da exigência apurada no levantamento fiscal.

Quanto à parte remanescente da autuação, aduziu o Defendente que se encontrava tragado pela decadência.

Considerando que em relação à Decadência quanto ao período de janeiro a junho de 2013, cujo pleito não foi atendido por ocasião do enfrentamento da preliminar de nulidade, consigno que resta devidamente caracterizado esse item da autuação, uma vez que, devidamente demonstrada sua apuração nos autos, o Impugnante não logrou êxito em comprovar a escrituração das mercadorias arroladas no levantamento fiscal.

Logo, concluo pela subsistência das Infrações 04 e 05.

Nos termos expendidos, o Auto de Infração remanesce parcialmente caracterizado na forma a seguir discriminado.

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO AUTUAÇÃO x JULGAMENTO				
Infrac.	A. L	JULGAMENTO	VALOR DO DÉBITO	MULTA
01	14.054,69	PROC. EM PARTE	8.540,90	60%
02	7.125,36	PROC. EM PARTE	4.548,24	60%
03	106,57	PROC. EM PARTE	47,61	60%
04	878,11	PROCEDENTE	878,11	FIXA - 1%
05	6.082,94	PROCEDENTE	6.082,94	FIXA - 1%
<b>TOTAIS</b>	<b>28.247,68</b>		<b>20.097,80</b>	

Ante o exposto voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de infração, devendo ser homologado pela Autoridade competente os valores recolhidos.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 140 a 142 (verso), mediante o qual aduz as seguintes razões.

Entende que a Decisão recorrida deve ser reformada para reconhecer a ocorrência do fenômeno decadencial também no que tange às infrações 04 e 05, na exata medida em que a suposta falta de registro de documentos fiscais de entrada não decorreu de descumprimento por parte da Recorrente, mas sim do fato de que tais documentos referem-se a notas fiscais não recebidas.

No que tange à infração 01, informa que esta foi parcialmente mantida, no que concerne, especificamente aos itens balas e moela, sob o fundamento, em síntese, de que tais mercadorias estariam sujeitas ao regime de substituição tributária. Argumenta, contudo, que a manutenção da exigência fiscal com relação a tais mercadorias não merece prosperar, na exata medida em que se sujeitam elas à tributação integral nas saídas internas. Demais disso, em algumas hipóteses, tais como as abaixo arroladas, o próprio fornecedor acaba por aplicar a NCM 0504.00.90, na qual não há a incidência da sistemática da substituição tributária, havendo apontamento do imposto incidente, conforme notas fiscais de venda (docs. anexos).

Por fim, no que tange ao produto “AVE CODORNA PERDIGÃO”, com relação ao qual foi excluída a exigência fiscal hostilizada, e sobre o que procedeu-se à exclusão do levantamento fiscal, registra a Recorrente que acabou deixando de ser excluída uma linha, no valor de R\$494,97 (quatrocentos e noventa e quatro reais e noventa e sete centavos), o que requer seja acatado.

Destarte, também no que tange à exigência fiscal relativa às mercadorias acima mencionadas, mantidas pela Decisão recorrida, deve esta ser reformada, conduzindo, assim, à insubsistência total da infração 01 em tela.

Relativamente, à infração 02, na parte em que mantida, entende que também merece ser reformada a decisão ora recorrida, na exata medida em que não há que se falar em crédito indevido nas hipóteses consideradas pela fiscalização, uma vez que se trata, sim, de hipóteses: “a) de mercadorias – iscas de peixe – tributadas nas saídas internas; b) de produto – fécula de mandioca, equivocadamente considerada como farinha de mandioca – não sujeito à isenção, nos termos do quanto disposto na alínea “b”, inciso II, artigo 265, RICMS/12 (cujo texto transcreve); e

c) de mercadorias sujeitas à tributação normal: ervilha congelada por processo de beneficiamento, a qual, entretanto, não perde a característica de estado natural”.

Destarte, não há que se falar em creditamento indevido, acusação essa que, em última análise, no caso dos autos, acaba por configurar ofensa ao princípio da não-cumulatividade, o que não se pode admitir.

Quanto à infração 03, alega que, não obstante a decadência parcialmente reconhecida, quanto ao mais também não merece prosperar a pretensão fiscal. E isso porque não há que se falar em falta de recolhimento de imposto por suposta prática de operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, uma vez que, nas situações analisadas, verifica-se que, ao contrário do quanto posto na Decisão recorrida, trata-se de: “a) mercadorias enquadradas na isenção prelecionada na alínea “a”, inciso I, do artigo 265, RICMS/2012 – cominho; e b) situações em que calculando-se o imposto com alíquota interna, chega-se a um valor inferior a R\$0,01, o que não restou considerado, e ora se reitera.

Portanto, entende que não há que se falar em falta de recolhimento de imposto a ensejar a imputação fiscal ora contestada.

Finalmente, no que tange às infrações 04 e 05, explica que a Decisão recorrida limitou-se a consignar que “... o Impugnante não logrou êxito em comprovar a escrituração das mercadorias arroladas no levantamento fiscal...”. Deixou, entretanto, de analisar ponto fundamental consistente no fato de que a suposta falta de registro de notas fiscais decorreu do não recebimento seja das mercadorias seja dos documentos fiscais reclamados como não registrados – e por tal motivo alegada apenas a decadência quanto a tais infrações – fato esse que conduz, inexoravelmente, à insubsistência das exigências fiscais em comento.

Ainda quanto às infrações 04 e 05, que exigem multa por descumprimento de dever instrumental, dado não ter sido verificado qualquer prejuízo ao Erário – já que os dados tomados pela fiscalização foram extraídos de informações prestadas pela própria Recorrente – não obstante a decadência que a atinge, pelos motivos já expostos na defesa, que ficam aqui reiterados como se por linha fossem, deveriam elas ser relevadas/canceladas, máxime tendo em conta que a aplicação de penalidades por descumprimento de obrigações acessórias deve se guiar, dentre outros, pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, devendo ser analisada em cada caso concreto.

No caso em apreço, como levantado, não houve embaraço à fiscalização, nem dano ao Erário, aptos a justificar a aplicação das penalidades em comento, reiterando a Recorrente, desde já, sua relevação/cancelamento.

Por fim, afirma que a perícia/diligência requerida, cuja realização foi indeferida na Decisão recorrida, poderá corroborar o conjunto probatório já anexado aos autos, devendo ser reformado o acórdão recorrido também no que tange ao seu indeferimento, haja vista que a relevância de sua realização fica ressaltada em função do material probatório a ser analisado, sob pena de cerceamento ao direito à ampla defesa da Recorrente. Inclusive, porque, repita-se, os documentos considerados como não registrados por compras nunca deram entrada no estabelecimento da Recorrente, posto que não recebidos.

Em face do exposto e de todo o mais que dos autos consta, requer seja conhecido e provido o presente Recurso Voluntário, para o fim de reformar a Decisão recorrida, na parte em que manteve o lançamento de ofício objurgado, seja no que tange à decadência quanto às infrações 04 e 05, seja no que se refere ao mérito, tudo conducente à improcedência total do lançamento de ofício em tela, como medida de aplicação do melhor Direito ao caso concreto.

Termos em que, pede deferimento.

**VOTO**

Considerando que não foram suscitadas questões preliminares, adentro diretamente ao mérito da atuação, conforme segue.

Denego o pedido de diligência por entender que os elementos do processo são suficientes à formação da minha convicção.

No Mérito, quanto à Infração 01, a conduta autuada foi descrita como “*Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, ...*”. Embora a decisão de piso tenha reduzido o valor lançado, o Sujeito Passivo recorreu em relação à parte mantida da autuação, alegando tratar-se de mercadorias sujeitas à tributação normal. Anexa documentos para comprovação do quanto alega.

O exame dos documentos fiscais anexados ao CD (folha 151) revela que se trata de DANFES relativos a partes e peças de frango congeladas, NCM 0207, enquadradas no regime de substituição tributária, e com previsão no Anexo 1 (exercício de 2013), no item 35, cuja descrição é “*Produtos comestíveis resultantes do abate de aves - 0207 e 0210*”. Assiste razão, portanto, à fiscalização.

Quanto à alegação de que fez aquisições de itens com NCM “0504”, observo tratar-se de aquisição de “MIÚDOS CONGELADOS DE FRANGO”, cujo NCM correto é 0207, cuja descrição na tabela NCM é “*Carnes e miudezas, comestíveis, frescas, refrigeradas ou congeladas, das aves da posição 01.05*”. Portanto, não assiste razão ao Sujeito Passivo neste ponto.

Quanto à alegação de que a Decisão recorrida olvidou-se de excluir uma linha relativamente à mercadoria “AVE CODORNA PERDIGÃO”, noto que tem razão o Contribuinte, pois o montante mantido, de R\$494,97 refere-se, efetivamente à mercadoria citada, cujas demais notas já foram excluídas do lançamento.

Assim, reduzo o montante lançado na Infração 01 para R\$8.045,93, em conformidade com o demonstrativo abaixo.

MÊS	ICMS
jan/13	R\$ -
fev/13	R\$ -
mar/13	R\$ -
abr/13	R\$ -
mai/13	R\$ -
jun/13	R\$ -
jul/13	R\$ 850,77
ago/13	R\$ 763,68
set/13	R\$ 633,12
out/13	R\$ -
nov/13	R\$ 138,76
dez/13	R\$ 855,78
jan/14	R\$ 502,99
fev/14	R\$ 447,54
mar/14	R\$ 566,98
abr/14	R\$ 796,78
mai/14	R\$ 176,40
jun/14	R\$ 485,98
jul/14	R\$ 371,50
ago/14	R\$ -
set/14	R\$ 375,84
out/14	R\$ 609,12
nov/14	R\$ 43,01
dez/14	R\$ 427,68
<b>TOTAL</b>	<b>R\$ 8.045,93</b>

Quanto à Infração 02, a conduta autuada foi descrita como “*Utilização indevida de crédito fiscal*”

*de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, ...”.*

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, tendo alegado tratar-se de mercadorias tributadas nas saídas subsequentes. Afirmar tratar-se de “a) de mercadorias – iscas de peixe – tributadas nas saídas internas; b) de produto – fécula de mandioca, equivocadamente considerada como farinha de mandioca – não sujeito à isenção, nos termos do quanto disposto na alínea “b”, inciso II, artigo 265, RICMS/12 (cujo texto transcreve); e c) de mercadorias sujeitas à tributação normal: ervilha congelada por processo de beneficiamento, a qual, entretanto, não perde a característica de estado natural”.

No que se refere à isca de peixe, como bem destacou a decisão de piso, à data de ocorrência dos fatos geradores, havia previsão de isenção nas operações internas, consoante previsão expressa na alínea “e”, do inciso II, do art. 265 do RICMS-BA/12, texto que vigorou até 01/06/2016, conforme abaixo.

“Art. 265. São isentas do ICMS:

...

II - as saídas internas de:

...

e) pescado, exceto crustáceo, molusco e rã, sendo que o benefício previsto nesta alínea não se aplica ao pescado enlatado, cozido, seco ou salgado (Redação originária, efeitos até 31/05/16);

...”

Como a autuação se reportou aos fatos geradores ocorridos nos exercícios de 2013/14, estava em pleno vigor a regra isentiva acima.

Quanto à farinha de mandioca, a previsão de isenção se encontra no art. 265, inciso II, alínea “b”, conforme abaixo.

“Art. 265. São isentas do ICMS:

...

II - as saídas internas de:

...

b) farinha de mandioca (Conv. ICMS 59/98);

...”

Já no que se refere à ervilha congelada, trata-se de produto hortifrutícula com isenção prevista no art. 265, inciso I, alínea “a” do RICMS/12, conforme abaixo.

“Art. 265. São isentas do ICMS:

I - as saídas internas e interestaduais:

a) desde que não destinadas à industrialização, de produtos hortifrutícolas relacionados no Conv. ICM 44/75, exceto alho, amêndoas, avelãs, castanha da europa e nozes (Conv. ICM 07/80);

...”

Embora não haja referência expressa, no dispositivo regulamentar, à ervilha, o Convênio ICMS 44/75 tratou-se de listar tal mercadoria, na sua Cláusula primeira, inciso “I”, alínea “a”, conforme abaixo.

“Cláusula primeira Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a isentar do ICM as saídas, promovidas por quaisquer estabelecimentos, dos seguintes produtos:

I - hortifrutícolas em estado natural:

...

d) erva-cidreira, erva-doce, erva-de-santa-maria, ervilha (grifo acrescido), espinafre, escarola, endívia, espargo;

...”

Como se sabe, o fato de se apresentar congelada, não retira, da mercadoria, a sua condição de “natural”, já que não foi submetido a qualquer processo de industrialização.

Mantenho, portanto, a decisão naquilo que se refere à Infração 02.

Quanto à Infração 03, a conduta autuada foi descrita como “*Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, ...*”.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando tratar-se de “*a) mercadorias enquadradas na isenção prelecionada na alínea “a”, inciso I, do artigo 265, RICMS/2012 – cominho; e b) situações em que calculando-se o imposto com alíquota interna, chega-se a um valor inferior a R\$ 0,01*”.

Quanto ao “cominho”, noto que assiste razão ao Contribuinte, pois tal mercadoria se encontra isenta, por força do quanto previsto no art. 265, inciso I, alínea “a” c/c a Cláusula primeira, inciso “I”, alínea “c” do Convênio 44/75, conforme abaixo.

#### **RICMS/12**

“Art. 265. São isentas do ICMS:

*I - as saídas internas e interestaduais:*

*a) desde que não destinadas à industrialização, de produtos hortifrutícolas relacionados no Conv. ICM 44/75, exceto alho, amêndoas, avelãs, castanha da europa e nozes (Conv. ICM 07/80);  
...”*

#### **CONVÊNIO 44/75**

“Cláusula primeira Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a isentar do ICM as saídas, promovidas por quaisquer estabelecimentos, dos seguintes produtos:

*I - hortifrutícolas em estado natural:*

*...  
c) camomila, cará, cardo, catalonha, cebola, cebolinha, cenoura, chicória, chuchu, coentro, couves, couve-flor, cogumelo, cominho (grifo acrescido);  
...”*

Quanto aos demais itens, peca, o Sujeito Passivo, por não especificar a que itens está a se referir, sucumbindo às provas acostadas ao PAF pela fiscalização.

Assim, reduzo o valor lançado, na Infração 03, para o montante de R\$0,05, conforme demonstrativo abaixo.

MÊS	ICMS
fev/13	R\$ -
mar/13	R\$ -
jun/13	R\$ 0,01
jul/13	R\$ 0,01
out/13	R\$ 0,01
nov/13	R\$ 0,02
<b>TOTAL</b>	<b>R\$ 0,05</b>

Quanto às infrações 04 e 05, o Sujeito Passivo as tratou de forma conjunta, o que autoriza que sejam julgadas de igual forma. É o que passo a fazer nas linhas que seguem.

Ambas as infrações tratam de multa pela falta de registro de notas fiscais de entrada, sendo que a Infração 04 se refere a operações sujeitas à tributação, enquanto que a Infração 05 trata de operações não tributáveis. O Contribuinte se opôs ao lançamento decadência do direito de lançar. Alega, também, o não recebimento das mercadorias, além do fato de que não houve prejuízo ao erário.

Quanto à alegação de decadência, não merece prosperar, pois se trata de situação em que o Contribuinte omitiu a ocorrência do fato jurídico tributário, atraindo, portanto, a incidência do art. 173, inciso I do CTN, conforme Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, que assim interpreta em sua Nota 1.

“Nota 1: 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, inc. 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.”*

Embora alegue não ter recebido as mercadorias, o Sujeito Passivo não as denegou, conforme exige a legislação.

Por fim, quanto à alegação de que não houve embargo à fiscalização, é importante ressaltar que a sanção decorre, pura e simplesmente, da falta de registro das notas fiscais de entrada, não guardando relação com a forma com que o Contribuinte tratou o preposto fiscal. A penalidade tem previsão na legislação e nela se subsume a conduta infratora, restando mantida a decisão neste ponto.

Assim, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, reduzindo o valor lançado em conformidade com o demonstrativo abaixo.

INFRAÇÕES	ICMS	MULTA FIXA	MULTA %
1	R\$ 8.045,93	R\$ -	60%
2	R\$ 4.548,24	R\$ -	60%
3	R\$ 0,05	R\$ -	60%
4	R\$ -	R\$ 878,11	-
5	R\$ -	R\$ 6.082,94	-
<b>TOTAL</b>	<b>R\$ 12.594,22</b>	<b>R\$ 6.961,05</b>	

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0007/18-9**, lavrado contra **ATACADÃO S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.594,22**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$6.961,05**, prevista nos incisos IX (reduzida em obediência à Lei nº 13.461/2015 c/c o art. 106, II, “c” da Lei nº 5.172/66 - CTN) e XI, do mesmo artigo e lei já citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de maio de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS