

**A. I. Nº.** - 298958.0019/18-7  
**AUTUADO** - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSMAN FERREIRA CASAES  
**ORIGEM** - IFEP NORTE  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 02.07.2020

## **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0044-05/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **1.a)** ENTRADAS DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. INFRAÇÃO 01. Comprovado o recolhimento do valor da infração não alcançado pela decadência. Infração 01 descaracterizada. **1.b)** COMPRAS DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INFRAÇÃO 02. **1.c)** AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES OCORRERAM COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. INFRAÇÃO 03. **1.d)** FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITOS RELATIVOS ÀS ENTRADAS CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES OCORRERAM COM REDUÇÃO DO TRIBUTO, NO VALOR PROPORCIONAL À REDUÇÃO. INFRAÇÃO 04. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. INFRAÇÃO 05. 3. ALÍQUOTAS. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. INFRAÇÃO 06. 4. DIFERENÇAS ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNAS E AS INTERESTADUAIS. AQUISIÇÕES DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. INFRAÇÃO 07. Infrações 02 a 07 parcialmente elididas, em razão da decadência. 5. LIVROS FISCAIS. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS NO LIVRO DE ENTRADAS. **5.a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. INFRAÇÃO 08. **5.b)** OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. INFRAÇÃO 09. O defendente conseguiu comprovar a escrituração de parte das operações da infração 08. Infração 08 parcialmente elidida e infração 09 caracterizada. Indeferido o pedido de realização de diligência. Acolhida em parte a prejudicial de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração foi lavrado no dia 25/09/2018, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$74.736,69, sob a acusação do cometimento das 09 (nove) irregularidades a seguir discriminadas:

Infração 01 – Utilização indevida de crédito, relativo às entradas de materiais de uso e consumo (01, 03, 05, 07, 10 e 12/2013). R\$724,03 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96.

Infração 02 – Utilização indevida de crédito, concernente às compras de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária (01/2013 a 12/2014). R\$15.059,12 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96.

Infração 03 – Utilização indevida de crédito, referente às aquisições de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com isenção ou redução do imposto (01/2013 a 12/2014). R\$3.684,33 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96.

Infração 04 – Falta de estorno de créditos relativos às entradas cujas saídas subsequentes ocorreram com redução do tributo, no valor proporcional à redução (01/2013 a 12/2014, exceto 05/2013, 08, 09, 10 e 11/2014). R\$4.551,44 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “b” da Lei 7.014/96.

Infração 05 – Falta de recolhimento, em função da prática de operações tributáveis como não tributáveis regularmente lançadas na escrita (01/2013 a 11/2014). R\$30.203,95 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96.

Infração 06 – Recolhimento a menor, em decorrência de erros na aplicação de alíquotas, nas saídas regularmente escrituradas (01/2013 a 12/2014). R\$16.072,71 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96.

Infração 07 – Falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições em outras Unidades da Federação de materiais de uso e consumo (01, 02, 07, 09 e 11/2013, 04 e 05/2014). R\$475,82 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

Infração 08 – Entradas tributáveis sem registro na escrita (01/2013 a 12/2014, exceto 07/2014). Multa de R\$1.453,74, prevista no art. 42, IX da Lei 7.014/96.

Infração 09 – Entradas não tributáveis sem registro na escrita (01/2013 a 12/2014). Multa de R\$2.511,55, prevista no art. 42, XI da Lei 7.014/96.

O sujeito passivo ingressa com a peça defensiva às fls. 28 a 52.

Inicia ressaltando que não realiza operações de vendas para contribuintes localizados neste Estado. O escopo das suas atividades é limitado às transferências internas entre estabelecimentos de mesma titularidade, o que sequer está no campo de incidência do ICMS.

Prejudicialmente, fundamentado no art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), em doutrina e em jurisprudência, suscita a decadência do direito da Fazenda Pública de lançar valores atinentes aos fatos ocorridos antes de 03/10/2013 (a notificação da lavratura ocorreu no dia 03/10/2018, de acordo com o recibo de fl. 08).

No mérito, cita a Súmula 166 do STJ (Superior Tribunal de Justiça), doutrina, juntamente com dispositivos legais e constitucionais, asseverando, especialmente no que concerne às infrações 02 a 06, que a Fiscalização lançou imposto de operações que constituem meras transferências, sem mudança de titularidade (circulação de mercadorias), e, conseqüentemente, sem ocorrência de fatos geradores.

Sustenta que as referidas infrações resultam de transferências de mercadorias realizadas entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica (idêntica titularidade), não sendo possível vislumbrar circulação de mercadoria em tais hipóteses.

Apresenta cópia do livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), à fl. 45, dos períodos de 10 e 12/2013, assegurando ter efetuado o estorno dos créditos de que trata a primeira imputação.

Em seguida, alega ter efetuado na sua escrita os estornos dos créditos lançados na infração 02. O auditor fiscal também teria desconsiderado as devoluções de vendas ocorridas no período.

No tocante às infrações 03/04 e 05 (utilização indevida de crédito, referente às aquisições de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com isenção ou redução do imposto, falta de estorno de créditos relativos às entradas cujas saídas subsequentes ocorreram com redução do tributo, no valor proporcional à redução, e prática de operações tributáveis como não tributáveis), expõe a mesma linha de argumentação (decadência, transferências entre estabelecimentos de mesma titularidade e devoluções de vendas).

Especificamente no que diz respeito à quinta imputação, pontua que do levantamento fiscal constam operações submetidas ao regime da substituição, cuja fase de tributação já estaria encerrada. Trata-se, segundo alega, de iogurtes, inseticidas e salgadinhos industrializados (itens 21 e 38 do Anexo 01 do RICMS/12).

A impugnação da sexta infração envolve os mesmos argumentos apresentados para as demais (decadência e transferências internas entre estabelecimentos de mesma titularidade).

Relativamente às infrações 07 a 09, além de indicar a fruição do prazo decadencial, aduz que o Fisco deixou de considerar a efetiva escrituração de algumas notas (documentos auxiliares) no livro Registro de Entradas (RE).

Requer diligência e conclui pleiteando o acolhimento das razões defensivas.

O autuante presta informação às fls. 110 a 119.

Considera a tese referente às transferências uma mera ilação.

No mérito da infração 01, após reconhecer os estornos dos montantes exigidos, admite a sua improcedência.

Quanto às infrações 02 a 05, assinala que as transferências entre estabelecimentos de mesma titularidade não possuem o condão de legitimar os créditos utilizados pelo impugnante.

Observa, em seguida, que os estornos no livro RAICMS não foram comprovados.

Em relação à quinta infração, ressalta que as vendas não poderiam ter sido realizadas sem tributação, mesmo que se admitisse a posterior ocorrência de devoluções, que não foram comprovadas.

Afirma que os itens identificados pelo defendente como iogurtes, inseticidas e salgados industrializados, na verdade, não o são. Os primeiros são leites fermentados, os segundos inseticidas elétricos e os últimos não possuem NCM/SH de salgados industrializados, conforme se observa na coluna F do levantamento.

Prossegue informando, com relação ao sexto item da autuação, que a grande maioria das operações auditadas foi efetuada por meio de equipamento ECF (Emissor de Cupom Fiscal), o que contraria a sustentação defensiva de que o contribuinte opera exclusivamente com transferências internas entre filiais.

No que concerne à 8ª imputação, admite terem sido escrituradas as notas fiscais (documentos auxiliares) nºs 873, 2.613.764, 2.613.769, 2.613.773, 2.613.765, 2.613.768, 570.390, 2.613.767, 2.613.774, 2.613.766, 570.389, 2.613.775, 2.610.413, 19.224, 2.613.770, 159.996, 19.223, 2.613.771, 1.003.517, 19.225, 159.231, 2.613.772, 159.232, 568.473, 681.753, 159.994, 2.613.763, 216.924, 216.922, 159.995, 1.001.174, 2.613.762, 216.919, 159.229, 159.992, 159.993, 159.230, 176.113 e 570.387.

O montante exigido foi alterado, de R\$1.453,74 para R\$816,54.

Mantém a nona infração e pugna pela procedência parcial do Auto.

Intimado (fl. 123), o sujeito passivo não se manifestou.

## VOTO

Todos os elementos necessários ao julgamento estão presentes nos autos. Indefiro o pedido de realização de perícia ou diligência, com fundamento no art. 147, I, "a" do RPAF/99.

Conforme o Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, quanto à obrigação principal, o prazo decadencial deve ser contado a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), quando o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas efetuar o pagamento em valor inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I do CTN, quando: a) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas não efetuar o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declarar a ocorrência do

fato jurídico tributário, isto é, omitir a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, efetuar o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verificar que o valor recolhido foi menor do que o efetivamente devido, em virtude de dolo, fraude ou simulação, de que não há provas nos presentes autos.

Portanto, como a notificação da lavratura do Auto se deu no dia 03/10/2018, (fl. 08), cumpre reconhecer a extinção do direito da Fazenda Pública de lançar os valores anteriores a 01/10/2013. Ou seja, somente são exigíveis as quantias relativas aos fatos ocorridos a partir desta última data (01/10/2013).

O lançamento de multas por descumprimento de obrigações acessórias, a exemplo daquele de que tratam as infrações 08/09, não se submete ao comando art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), pois ocorreu de ofício, e não por homologação, o que desloca a contagem do prazo decadencial para o art. 173, I do mencionado Código.

Parcialmente acolhida a prejudicial de decadência.

Nos arquivos do CD, de fl. 121, é possível constatar que a Fiscalização auditou operações de saída ocorridas – por exemplo -, sob o CFOP 5.102 - vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros (infração 06; arquivos “*TRIB A MENOR – 2013*” e “*TRIB A MENOR – 2014*”). São classificadas neste código as vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros para industrialização ou comercialização, que não tenham sido objeto de qualquer processo industrial no estabelecimento.

Portanto, ao contrário do que o defendente alegou em relação à sua atividade econômica, não há exclusividade de transferências internas.

Inexiste lógica, em referência às infrações 01 a 04, nas sustentações acerca de transferências sem mudança de titularidade jurídica, pois as mesmas militam contra os interesses do próprio sujeito passivo. Nas hipóteses em que não há tributação, não há que se falar em uso de crédito de ICMS.

Relativamente às demais infrações, a jurisprudência prevalecente neste Conselho é de que o ICMS incide nas transferências interestaduais, o que está em conformidade com o art. 12-A da LC (Lei Complementar) 87/96, editada em momento posterior à Súmula 166 do STJ.

À fl. 45, o autuado comprovou ter estornado no livro RAICMS os valores lançados na infração 01 em 10 e 12/2013 (utilização indevida de crédito, relativo às entradas de materiais de uso e consumo), períodos não alcançados pela decadência.

Infração 01 descaracterizada.

O contribuinte assegurou ter estornado os créditos lançados na infração 02 (utilização indevida de crédito, concernente às compras de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária). Entretanto, não juntou cópia do livro RAICMS que desse suporte a essa alegação.

Na planilha de fls. 01/02, devem ser deduzidos os valores referentes ao período compreendido entre janeiro e setembro de 2013, de maneira que o valor deste item da autuação seja modificado, de R\$15.059,12, para R\$10.412,37.

Infração 02 parcialmente elidida.

Ao impugnar as infrações 03/04 e 05 (utilização indevida de crédito, referente às aquisições de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com isenção ou redução do imposto, falta de estorno de créditos relativos às entradas cujas saídas subsequentes ocorreram com redução do tributo, no valor proporcional à redução, e prática de operações tributáveis como não tributáveis), o impugnante expôs os mesmos argumentos (decadência, transferências entre estabelecimentos de mesma titularidade e devoluções de vendas (sem provas)) - todos acima analisados.

Na planilha de fls. 02/03, devem ser deduzidos os valores referentes ao período compreendido entre janeiro e setembro de 2013, de maneira que o valor do item 03 da autuação seja modificado, de R\$3.684,33, para R\$1.793,85.

Infração 03 parcialmente elidida.

Na planilha de fl. 03, devem ser deduzidos os valores referentes ao período compreendido entre janeiro e setembro de 2013, de maneira que o valor do item 04 da autuação seja modificado, de R\$4.551,44, para R\$2.670,08.

Infração 04 parcialmente elidida.

Sobre a quinta imputação (prática de operações tributáveis como não tributáveis), asseverou o sujeito passivo que do levantamento fiscal constam operações submetidas ao regime da substituição, cuja fase de tributação já estaria encerrada. Trata-se, na sua concepção, de iogurtes, inseticidas e salgadinhos industrializados (itens 21 e 38, do Anexo 01 do RICMS/12).

Os itens identificados pelo defendente como iogurtes, inseticidas e salgadinhos industrializados, na verdade, não o são. Os primeiros são leites fermentados (linha 142 do arquivo “SAÍDA SEM TRIB – 2014” do CD de fl. 122), os segundos inseticidas elétricos (linha 345 do arquivo “SAÍDA SEM TRIB – 2014” do CD de fl. 122) e os últimos não possuem NCM/SH de salgadinhos industrializados, conforme se observa na coluna F do levantamento.

Os códigos da NCM/SH presentes no levantamento (arquivos “SAÍDA SEM TRIB – 2013” e “SAÍDA SEM TRIB – 2014” do CD, de fl. 122) são os de nºs 19059090 e 96190000, não contemplados no Anexo 01 do RICMS/12, em vigor quando das ocorrências. Ainda que contemplados fossem, para demonstrar que a fase de tributação estava encerrada, o defendente precisaria comprovar que adquiriu as mercadorias de fornecedores que efetuaram o recolhimento do ICMS-ST (Substituição Tributária), o que não ocorreu.

Na planilha de fl. 04, devem ser deduzidos os valores referentes ao período compreendido entre janeiro e setembro de 2013, de maneira que o valor do item 05 da autuação seja modificado, de R\$30.203,95, para R\$19.686,49.

Infração 05 parcialmente elidida.

A sexta infração trata de recolhimento a menor, em decorrência de erros na aplicação de alíquotas, nas saídas regularmente escrituradas.

Conforme já se disse acima, trata-se de vendas efetivadas com o CFOP 5.102, e não de transferências.

Na planilha de fls. 04/05, devem ser deduzidos os valores referentes ao período compreendido entre janeiro e setembro de 2013, de maneira que o valor do item 06 da autuação seja modificado, de R\$16.072,71, para R\$2.237,87.

Infração 06 parcialmente elidida.

No que se refere às infrações 07 a 09 (falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições em outras Unidades da Federação de materiais de uso e consumo, entradas tributáveis e não tributáveis sem registro na escrita), o defendente aduziu que o Fisco deixou de considerar a efetiva escrituração de algumas notas (documentos auxiliares), no livro Registro de Entradas (RE).

Apenas no tocante à infração 08, restou comprovada a escrituração das notas fiscais (documentos auxiliares) nºs 873, 2.613.764, 2.613.769, 2.613.773, 2.613.765, 2.613.768, 570.390, 2.613.767, 2.613.774, 2.613.766, 570.389, 2.613.775, 2.610.413, 19.224, 2.613.770, 159.996, 19.223, 2.613.771, 1.003.517, 19.225, 159.231, 2.613.772, 159.232, 568.473, 681.753, 159.994, 2.613.763, 216.924, 216.922, 159.995, 1.001.174, 2.613.762, 216.919, 159.229, 159.992, 159.993, 159.230, 176.113 e 570.387.

Na planilha de fl. 05, devem ser deduzidos os valores referentes ao período compreendido entre janeiro e setembro de 2013, de maneira que o valor do item 07 da autuação seja modificado, de R\$475,82, para R\$70,93.

Infração 07 parcialmente elidida.

Revistos os demonstrativos denominados “NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO ESCRIT – 2013” e “NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO ESCRIT -2014”, contidos no CD de fl. 122, que acolho, de maneira que a infração 08 tenha o seu montante modificado, de R\$1.453,74, para R\$816,54.

Infração 08 parcialmente elidida.

Infração 09 caracterizada.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, na cifra de R\$40.199,68.

INFRAÇÃO	VALOR PROCEDENTE (R\$)
1	-
2	10.412,37
3	1.793,85
4	2.670,08
5	19.686,49
6	2.237,87
7	70,93
8	816,54
9	2.511,55
TOTAL	40.199,68

## 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 **298958.0019 /18-7**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$36.871,59**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “f” e VII, “a” e “b” da Lei 7.014/96, com os acréscimos legais, bem como da multa de **R\$3.328,09**, prevista nos incisos IX e XI do art. 42 da referida Lei, com os acréscimos moratórios estatuídos na Lei 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de maio de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR