

A. I. Nº - 217359.0001/20-8
AUTUADO - ATACADÃO S.A.
AUTUANTE - ITAMAR GONDIM SOUZA
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 31/08/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0121-04/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÕES DE MATERIAIS PARA USO OU CONSUMO PRÓPRIO PELO ESTABELECIMENTO.

Apesar do autuado defender-se argumentando que se referem a aquisições de materiais para revenda, tal fato não se sustentou, posto que, o próprio autuado, classificou tais aquisições como material de consumo. Infração subsistente.

b) AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. PEIXE CONGELADO. Restou comprovado que as saídas dos produtos, objeto da autuação, ocorreram sem tributação. Infração parcialmente subsistente após a exclusão das parcelas alcançadas pela decadência.

2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS.

O art. 265, I, “a” do RICMS/BA, estabelece que são isentas do ICMS as saídas internas e interestaduais, os produtos hortifrutícolas relacionados pelo Convênio ICM 44/75. Os produtos objeto da autuação, em nada se relacionam à norma citada, já que, tais produtos são da marca: Kisabor, Kitano, Pó Primo e Guarany, os quais, são industrializados e não estão em estado natural, foram destinados à indústria e passaram por processo industrial de seleção, lavagem, desinfecção, secagem, cozimento, embalagem a vácuo e congelamento. Infração parcialmente subsistente após a exclusão das parcelas alcançadas pela decadência.

3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS.

Fato não questionado pelo sujeito passivo. Infração parcialmente subsistente após a exclusão das parcelas alcançadas pela decadência.

4. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS.

a) MATERIAIS PARA USO OU CONSUMO PRÓPRIO PELO ESTABELECIMENTO.

Acusação vinculada às operações integrantes da infração 01. Infração subsistente.

b) DESTINADAS AO ATIVO FIXO E/OU CONSUMO PRÓPRIO.

Fato não impugnado. Infração parcialmente subsistente após a exclusão da parcela alcançada pela decadência.

5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS. FALTA DE REGISTRO NA EFD.

PENALIDADE POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE NATUREZA ACESSÓRIA.

Fatos comprovados nos autos e não elididos pelo sujeito passivo. Não acolhida a arguição de decadência em relação a este item.

Não acolhida a arguição de nulidade e indeferido o pedido de perícia ou de diligência.

Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Auto de Infração, expedido em 06/04/2020, para reclamar crédito tributário no montante de R\$40.329,68, em decorrência das seguintes acusações:

1 – “Utilizou indevidamente crédito fiscal referente a aquisição de material para uso e consumo pelo estabelecimento”. Valor lançado R\$1.039,64 referente ao período de setembro a dezembro/2015. Multa aplicada de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

2 – “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Refere-se a utilização de crédito sobre aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do ICMS, peixe congelado”. Valor lançado R\$19.045,72 referente ao período de janeiro a dezembro/2015. Multa aplicada de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

3 – “Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”. Valor lançado R\$1.327,78 referente ao período de janeiro a dezembro/2015. Multa aplicada de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

4 – “Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Aplicou redução na base de cálculo, nas vendas a varejo, para os seguintes produtos: café, cacau em pó e bacalhau porto”. Valor lançado R\$2.615,20 referente ao período de janeiro a dezembro/2015. Multa aplicada de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

5 – “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. Trata-se de mercadorias destinadas a uso e consumo, cujo crédito foi utilizado indevidamente e consequentemente a Autuada deixou de recolher a DIFAL”. Valor lançado R\$679,95 referente ao período de outubro a dezembro/2015. Multa aplicada de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

6 – “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 ao ativo fixo e/ou ao consumo do estabelecimento. Refere-se a mercadorias destinadas ao Ativo e/ou consumo do próprio estabelecimento”. Valor lançado R\$3.816,29 referente ao período de fevereiro a dezembro/2015. Multa aplicada de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

7 – “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço (s) sujeito (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal”. Multa aplicada no valor de R\$11.805,10 referente ao período de janeiro a dezembro/2015.

O autuado ingressou com a Impugnação de fls. 39 a 52, onde, após efetuar uma descrição dos fatos envolvidos pelo lançamento tributário, passou, em preliminar, a arguir nulidade do Auto de Infração por “falta de subsunção fato/norma ausência de tipificação”.

Neste sentido sustentou que os dispositivos eleitos como tendo sido infringidos não guardam relação de causa e efeito com a conduta reprimida pelo Fisco mediante o lançamento formalizado. Disse que, para constatação, basta a leitura dos artigos apontados no Auto de Infração, para se constatar o víncio de fundamentação decorrente da ausência de subsunção fato/norma.

Em seguida apresentou preliminar de mérito, suscitando a decadência parcial do lançamento tributário, na medida em que foi notificado em 22 de abril de 2020 e exerce atividade sujeita a homologação pelo Fisco, com pagamento, constituiu regularmente o crédito tributário com base na documentação apresentada.

Com isso, amparado pelo Art. 150, § 4º do CTN, sustentou se encontrar extinto o crédito tributário em relação às operações acontecidas anteriormente a 22 de abril de 2015, em função da decadência eu as atinge, porque passados mais de 5 (cinco) anos entre a ocorrência dos supostos fatos geradores e a formalização do lançamento de ofício objurgado, mencionando, em seu socorro Acórdão proferido pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça, nos autos do AgRg no EResp 1.199.262/MG:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ICMS. DECADÊNCIA. PRAZO PARA A CONSTITUIÇÃO DE DÉBITO PELA FAZENDA ESTADUAL. PAGAMENTO A MENOR EM DECORRÊNCIA DE SUPOSTO CREDITAMENTO INDEVIDO. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º DO CTN. MATÉRIA PACIFICADA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RESP 973.733/SC). (...)"

Ao ingressar ao mérito do lançamento afiançou que o mesmo não pode prosperar em razão dos argumentos a seguir espostos.

Disse que, no tocante às infrações 1 e 5, relativas, respectivamente, a crédito indevido e falta de recolhimento de imposto a título de diferença de alíquota, relacionadas a mercadorias consideradas como para uso ou consumo próprio, afiançou não proceder a pretensão fiscal na medida em que tais aquisições em realidade foram adquiridas/transferidas para revenda, o que pode ser constatado no próprio CFOP respectivo.

Acrescentou que do seu próprio controle interno se constata que houve a indicação do numeral “1” antes do código de cada mercadoria, o que também indica que se trata de mercadoria para revenda (Doc. 2), ao tempo em que, ainda que por equívoco tenha havido no momento da escrituração na EFD, de tais mercadorias, tal fato não é apto a ensejar cobrança de tributo não devido, sob pena de violação aos princípios da tipicidade e legalidade estrita, bem como a vedação do enriquecimento indevido.

No tocante a infração 02 disse que não há como prevalecer a exigência fiscal de que houve utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadoria saída com o benefício da isenção, mencionando que o produto peixe congelado foi tributado em valor superior ao da entrada, sendo que, na realidade quem arcou com o prejuízo foi ele próprio.

Quanto a infração 03 disse que não há que se falar em falta de recolhimento do imposto proveniente de operação tributada considerada como não tributada, isto porque os produtos se encontram em estado natural, abrangendo os produtos congelados e resfriados, citando, a este respeito o Parecer nº 39137/2019 da Sefaz, doc. 04.

Em relação a infração 07 disse que não procede a autuação na exata medida em que não há que se falar em falta de registro de notas fiscais, seja porque *i*) foram devidamente escrituradas, seja porque, *ii*) foram objeto de devolução, doc. 05.

Concluiu afirmando que por todos os ângulos que se analise o caso em apreço, mister é o reconhecimento da improcedência total do Auto de Infração, requerendo, ainda, a realização de perícia técnica para comprovação de que nada é devido, protestando pelo seu deferimento e apontou assistentes técnicos, pedindo, finalmente, que seja julgada procedente a presente defesa.

O autuante apresentou a Informação Fiscal de fls. 100 a 147, onde após reproduzir os termos da autuação, passou a enfrentar o argumento preliminar relacionado a falta de subsunção fato/norma ausência de tipificação.

Neste sentido efetuou uma análise individual em cada imputação, para afirmar que existe uma perfeita adequação do fato gerador do imposto à norma tributária vigente, indicando a hipótese de incidência das infrações atreladas as acusações, base de cálculo, dentre outras considerações pertinentes a questão.

Quanto a arguição de decadência parcial arguida pela defesa, em relação aos lançamentos ocorridos anteriormente a 22/04/2015, em face da ciência do mesmo ter ocorrido em 22/04/2020, disse que, com base no Art. 150, § 4º do CTN, reconhece tal ocorrência em relação as infrações 01

a 06, excetuando a infração 07 por se tratar de falta de registro (lançamento) de nota fiscal de entradas, situação está que entende deve ser aplicada a norma prevista pelo Art. 173, I do CTN.

Desta maneira passou a demonstrar os novos valores devidos quanto às infrações 02, 03, 04 e 06, conforme fls. 116 e 117.

Em relação ao mérito das infrações 01 e 05, utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias para uso e consumo próprio, sustentou que não procede a alegação defensiva na medida que foi o próprio autuado quem classificou tais aquisições como mercadorias para revenda, porém destinadas a uso e consumo, apontando exemplos, fl. 119.

Disse se tratar de produtos de higiene e de limpeza utilizados na manutenção e desinfecção do estabelecimento, sendo que, a classificação e descrição do tipo, pelo autuado, não ocorreu ao acaso.

Destacou que o autuado em sua peça defensiva admite a possibilidade de equívoco, entretanto, ainda que tenha ocorrido tal equívoco as provas juntadas na peça de defesa não são suficientes para elucida-lo, pois foi apenas juntado o doc. 02, onde estão relacionadas apenas as notas de entradas, e não esclarece a destinação das mesmas para uso e consumo pelo estabelecimento, como classifica na EFD.

Acrescentou que as entradas das mercadorias efetivamente foram para revenda, entretanto, a destinação das mesmas foram classificadas como para uso e consumo do estabelecimento (material de limpeza) e, se equívoco houve, a informação prestada não é esclarecedora.

No que diz respeito a infração 02, informou tratar-se de peixes congelados, onde o autuado alegou que saíram com tributação em valor superior as entradas. A este respeito sustentou que os documentos juntados pela defesa a título de comprovação das saídas dos peixes congelados, doc. 03, fl. 50 § 16º (mídia digital CD fl. 98), não guardam nenhuma relação com os produtos que identificou e que constam no demonstrativo de fl. 16, já que se referem a outro produto, citando que o código 1-49290996 não consta no demonstrativo que elaborou, sendo que, em verdade, a planilha juntada pelo autuado retrata saídas tributadas do seguinte produto: 1-49290996, peixe Tipo Bacalhau Paraíba Pescado 1x1g, que não consta do seu levantamento.

Apresentou um quadro com os produtos constantes da autuação, fls. 15 a 18, em confronto com as respectivas saídas (filé de peixe piramutaba ecoma) cujas entradas ocorreram com utilização do crédito fiscal, enquanto as saídas ocorreram sem tributação, fl. 122, apontando outros exemplos às fls. 123.

Naquilo que se refere à infração 03, disse que o autuado, de forma simplória, apenas alegou que não houve falta de recolhimento de imposto, porque os produtos em questão se encontram em estado natural e citou o Parecer nº 39137/2019 em seu socorro, sustentando que este não guarda relação com os produtos em questão, pois não estão em estado natural, foram destinados à indústria e passaram por processo industrial de seleção, lavagem, desinfecção, secagem, cozimento, embalagem a vácuo e congelamento.

Disse que a isenção de operações com produtos hortifruticulas obedece ao que determina o Art. 265, I, “a” do RICMS/BA e elencou os produtos os produtos que deixaram de ser tributados, os quais não se enquadram no benefício concedido pelo referido dispositivo regulamentar, fls. 124 e 125, passando a informar e a demonstrar as características de cada um dos produtos autuados, fls. 125 a 133.

Indicou que o autuado é reincidente neste tipo de infração, já tendo sido lavrados e julgados pelo CONSEF outros autos de infração com a mesma natureza, os quais foram mantidos consoante Acórdãos nº 0117-01/17 e 0349-11/15.

Quanto a infração 07 apontou que o autuado deu entrada em seu estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação, porém, não as escriturou em sua EFD.

Sustentou que o autuado não apresentou qualquer comprovação de que tais documentos foram escriturados, se limitando a apresentar o próprio demonstrativo que elaborou (autuante), enquanto que a auditoria foi realizada utilizando o sistema SIAF, identificando as notas fiscais não registradas, fls. 33 e 34 e mídia fl. 36, não havendo qualquer comprovação em contrário, neste sentido. Apontou, ainda, situação semelhante já ocorrida com o autuado, cuja penalidade foi mantida através do Acórdão nº 0117-01/17.

Destacou que o autuado não se manifestou em relação às infrações 04 e 06 e quanto ao pedido de realização de perícia e diligência opinou pelo indeferimento tendo em vista que o autuado não fundamentou tal pedido, enquanto as acusações encontram-se postas e fundamentadas em provas documentais acostadas ao processo, sendo, portanto, desnecessária a realização das mesmas.

Concluiu pugnando que o Auto de Infração seja julgado Parcialmente Procedente, sendo que as infrações 02, 03, 04 e 06 remanescem no total de R\$16.350,36, enquanto que as infrações 01, 05 e 07 ficam mantidas integralmente no total de R\$13.524,69, totalizando, assim, o débito na ordem de R\$29.875,05.

Em 29 de outubro de 2020, o presente PAF foi convertido em diligência à Infaz de origem no sentido que o autuado fosse intimado a assinar a peça defensiva e que fosse entregue ao mesmo cópia da Informação Fiscal produzida pelo autuante, com a concessão do prazo de 10 (dez) dias para se pronunciar.

Cientificado via DT-e, fl. 153, o autuado se pronunciou às fls. 155 a 157, onde reiterou os argumentos apresentados na peça inicial de defesa, acrescentando apenas que a decadência suscitada abrange também a infração 07.

O autuante também se manifestou conforme fls. 168 a 211, esclarecendo inicialmente que a defesa apresentada se encontra assinada digitalmente, fl. 52, enquanto que, nas demais páginas, reproduziu os termos já trazidas pela Informação Fiscal prestada anteriormente.

VOTO

O Auto de Infração sob análise, é composto por 07 (sete) acusações, todas já indicadas, individualmente no relatório que antecede este voto.

Em preliminar, o autuado arguiu a nulidade do Auto de Infração por “*falta de subsunção fato/norma ausência de tipificação*”, ou seja, não guardam relação de causa e efeito com as evidências identificadas.

Não é isto que vislumbro nestes autos. Analisando as imputações, o enquadramento legal e a demonstração dos fatos apurados, considero que existe adequação do fato gerador do imposto à norma tributária vigente, e isto se comprova em todas as infrações, as quais se apresentam de forma comprehensível e perfeitamente adequada os fatos e normas legais pertinentes, possibilitando ao autuado os mais amplos meios para o pleno exercício da defesa, o que foi feito.

Não acolho, portanto, a nulidade suscitada.

Como preliminar de mérito, o autuado sustentou a ocorrência da decadência para os fatos geradores ocorridos anteriormente a 22 de abril de 2015, visto que, a ciência do Auto de Infração ocorreu em 22 de abril de 2020, portanto, já tendo decorrido mais de 05 anos entre a ocorrência dos fatos imputados e a formalização do lançamento.

A este respeito, vejo que o CTN define dois critérios distintos para efeito de contagem do prazo decadencial: o primeiro com base no art. 150, § 4º, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, porém, efetua o pagamento em montante inferior aquele que foi declarado; o segundo, com fundamento no art. 173, inciso I, com a contagem se iniciando a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nas situações em que 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, omitindo a realização da operação ou prestação tributável e **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.

No caso sob análise, em relação às infrações 01 e 05, não constam ocorrências relacionadas ao período anterior a 22 de abril de 2015, portanto, não se incluem no rol daquelas em que foi suscitada a decadência.

Quanto às infrações 02, utilização indevida de créditos fiscais, 03, operações tributáveis declaradas como não tributáveis, e 04, erro na determinação do valor da base de cálculo, vejo que nestas situações, houve a declaração pelo sujeito passivo da ocorrência do fato jurídico, com apuração do valor do imposto que entendeu ser devido com o respectivo recolhimento.

Portanto, nessa linha de entendimento, e considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 06/04/2020, com ciência pelo autuado em 22/04/2020, a contagem do prazo de decadência em relação aos fatos geradores verificados anteriormente a 22 de abril de 2015, já se encontravam alcançados pela decadência, pelo fato de já terem decorridos mais de 05 anos do direito do Estado em efetuar o lançamento, à luz do que dispõe o Art. 150, § 4º do CTN.

Desta maneira, devem ser excluídos da autuação, pelo fato de já ter sido operada a decadência os seguintes valores:

- Infração 02: jan/15 R\$950,00, fev/15 R\$2.277,12 e mar/15 R\$6.240,00, totalizando R\$9.467,12.
- Infração 03: jan/15 R\$156,57, fev/15 R\$370,18 e mar/15 R\$90,88, totalizando R\$617,63.
- Infração 04: Jan/15 R\$19,61, fev/15 R\$5,66 e mar/15 R\$21,50, totalizando R\$46,77.

Diferentemente do quanto acima interpretado, tal regra não pode ser aplicada em relação à infração 06, mês de fevereiro/15, posto que, se trata de falta de pagamento do imposto, situação onde não houve o lançamento para efeito de homologação pelo Fisco, razão pela qual, neste caso, se aplica a regra prevista pelo Art. 173, I do CTN, não sendo, portanto, tal infração alcançada pela decadência.

No que diz respeito à infração 07, observo que a obrigação para escrituração no livro Registro de Entradas de nota fiscal eletrônica, que é o caso deste lançamento, se enquadra no rol das denominadas obrigações instrumentais ou acessórias (obrigações de fazer), enquanto que o não cumprimento dessa obrigação pelo sujeito passivo, enseja a aplicação de penalidades pecuniárias previstos na legislação. Tratando-se, pois, de obrigação de fazer, mediante a escrituração de documentos fiscais, se aplica o prazo decadencial previsto no art. 173, inc. I do CTN, cujo prazo “*a quo*” ou inicial tem contagem a partir do 1º dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado. Nesta acusação, portanto, não foi operada a decadência.

Passo então ao exame do mérito da autuação, em relação às parcelas que não foram alcançadas pela decadência. Antes, porém, indefiro o pedido de realização de perícia ou de diligência formulado pelo autuado, com base no Art. 147, incisos I e II do RPAF/BA, tendo em vista que já se encontram presentes nos autos todos os elementos necessários e suficientes à formação do meu convencimento, inclusive, baseado na informação fiscal apresentada pelo autuante, que detalhou as ocorrências e sobre as quais, o autuado foi cientificado e se pronunciou. Portanto, desnecessária qualquer diligência ou, perícia.

Assim é que, em relação a infração 01, que se refere à utilização indevida de créditos fiscais decorrentes de mercadorias destinadas ao uso ou consumo próprio pelo estabelecimento autuado, a defesa alegou que se tratam, na realidade, de mercadorias adquiridas para revenda, conforme indicado com o numeral “1” em seu controle interno, entretanto, ocorreu equívoco quando da escrituração fiscal, classificando-os como material para consumo.

Apesar de ser possível a ocorrência do equívoco admitido pelo autuado, foi ele próprio que classificou tais aquisições como sendo material para uso ou consumo próprio, razão pela qual não vejo como não concordar com o autuante quanto a exigência do imposto que, a rigor, considerando os fatos expostos, foi creditado indevidamente.

Mantenho a exigência relacionada à infração 01, no valor de R\$1.039,64.

Quanto à infração 02, após a exclusão das parcelas alcançadas pela decadência, a discussão reside sobre o valor de R\$9.578,60, que se relaciona a saídas de peixe congelado, sem tributação, conforme demonstrativo às fls. 17 e 18.

A alegação defensiva, de que tais saídas ocorreram com tributação, cuja base de cálculo foi superior aos valores de aquisição, não se confirmou. Isto porque, conforme demonstrado, as mercadorias que foram objeto da autuação estão designadas através dos respectivos códigos estabelecidos pelo próprio autuado, consoante se verifica à fl. 121 dos autos.

Para referendar seu argumento, o autuado trouxe um demonstrativo, onde afirma que o produto identificado sob o código **1-49290996**, saiu com tributação, o que não foi aceito pelo autuante, visto que, o produto “Peixe Tipo bacalhau Paraíba Pescado 1 x 100 g”, objeto da autuação, está designado pelo código **1-4920107** atribuído pelo próprio autuado, portanto, não se refere ao mesmo produto objeto da autuação, isto, tomando por base, a classificação do produto atribuída pelo autuado.

Quanto aos demais produtos, objeto da autuação, o autuado não apresentou qualquer comprovação em relação à tributação dos mesmos nas operações de saídas, cuja apuração se encontra espelhada às fls. 122 e 123, razão pela qual, julgo parcialmente procedente a infração 02 no valor de R\$9.578,60, após a exclusão das parcelas alcançadas pela decadência.

A infração 03 se relaciona à prática de operações tributáveis, consideradas como não tributáveis que somam o total de R\$1.327,78. Neste item, após a exclusão das parcelas relacionadas aos meses de janeiro a março/15 que somam R\$617,63, remanesce em discussão os demais meses que totalizam o valor de R\$710,15.

A tese defensiva é de que os produtos não são tributáveis, por serem hortifrutícolas em estado natural, e que está amparado em Parecer da Sefaz, sob nº 39137/2019, fls. 91 a 94.

Observo que o referido Parecer é datado de 28/11/2019, e se refere a outro contribuinte, que exerce atividade diversa daquela praticada pelo autuado, portanto, não aplicável aos fatos inerentes ao presente Auto de Infração, que são relacionados ao exercício de 2015.

O art. 265, I, “a” do RICMS/BA, estabelece que são isentas do ICMS as saídas internas e interestaduais, os produtos hortifrutícolas relacionados pelo Convênio ICM 44/75. Pois bem. Os produtos objeto da autuação, conforme se depreende do quadro inserido às fls. 124 e 125, em nada se relacionam à norma citada, já que, tais produtos são da marca: Kisabor, Kitano, Pó Primo e Guarany, os quais, são industrializados e não estão em estado natural, foram destinados à indústria e passaram por processo industrial de seleção, lavagem, desinfecção, secagem, cozimento, embalagem a vácuo e congelamento, enquanto que as imagens coladas às fls. às fls. 126 a 133, não deixam qualquer margem de dúvida a este respeito.

Convém aqui registrar, que este órgão julgador, em outros jugados, conforme bem posicionado pelo autuante, já firmou jurisprudência quanto a esta questão, consoante se constata, por exemplo, através do Acórdão nº 0117-01/17, referente a processo envolvendo o mesmo autuado, cujo excerto se extrai:

“(...)

De referência à infração 03 que imputa à Autuada falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, verifico que a alegação de que dentre as mercadorias arroladas, há situações abrangidas pela regra de isenção – Convênio 44/75 e art. 14, I; art. 265, II do RICMS/BA, não procede: quanto ao arroz a autuação alcança apenas para fins de raçõo

animal que não está abarcado pela isenção, quanto ao feijão não encontrei este produto no rol dos produtos objeto da autuação, em relação aos (Hortifrúti: cominho, coentro, erva doce, louro, manjerona, orégano, salsa, ervilha, mandioca, salada verde, seleta, vagem fina e brócolis), verifiquei que se tratam de produtos industrializados e portanto absolutamente tributados. De forma que, considerando que a defesa se limitou, quanto aos demais produtos que alega serem isentos apenas sua citação de forma genérica, sequer apontando sua existência e o valor computado no levantamento fiscal, voto pela desconsideração das alegações defensivas também quanto a esses itens.

(...)"

Infração 03, portanto, parcialmente subsistente no valor de R\$710,15.

No que diz respeito à infração 04, em que pese o autuado não ter se insurgido em relação ao seu mérito, a mesma subsiste parcialmente na medida em que foram expurgados os valores alcançados pela decadência referente aos meses de Jan/15 R\$19,61, fev/15 R\$5,66 e mar/15 R\$21,50, totalizando R\$46,77. Consequentemente, subsiste como devido o valor de R\$2.568,43.

No que tange à infração 05, onde foi reclamado ICMS no valor de R\$679,95, a título de diferença entre as alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias para uso ou consumo próprio pelo estabelecimento do autuado, tanto este quanto o autuante, se manifestaram conjuntamente sobre ambas, o que significa que está possui vinculação direta com a de número 01.

Isto posto, e considerando o posicionamento acima já externado em relação à infração 01, mantenho a exigência relacionada à infração 05, a qual é subsistente no valor de R\$679,65.

Em relação à infração 06 foi reclamado crédito tributário no valor de R\$3.816,29, referente à falta de pagamento de ICMS-diferença de alíquotas, onde não houve impugnação específica pelo autuado em relação ao seu mérito. Considerando, entretanto, que os fatos inerentes à presente infração não foram alcançados pela decadência, resta totalmente subsistente a presente infração.

Por último, a infração 07, está relacionada à penalidade no valor de R\$11.805,10, por falta de escrituração de notas fiscais de aquisições no livro Registro de Entradas/EFD.

Em sua defesa, o autuado se limitou a alegar que tais notas fiscais foram escrituradas ou foram objeto de devolução, entretanto, não apresentou qualquer comprovação que referendasse seus argumentos.

Consoante se observa na planilha elaborada pelo autuante, cuja página inicial se encontra à fl. 33, todas as notas fiscais que deixaram de ser escrituradas estão indicadas individualmente, com todos os dados que as identificam, inclusive as chaves de acesso às mesmas. Portanto, nesta situação, caberia ao autuado justificar o motivo da não escrituração, o que, infelizmente, não aconteceu, razão pela qual considero subsistente a infração 07.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, com a seguinte configuração: Infrações 01, 05, 06 e 07 Procedentes nos valores respectivos de R\$1.039,64, R\$679,65, R\$3.816,69 e R\$11.806,10, respectivamente. Infrações 02, 03 e 04 Parcialmente procedentes nos valores respectivos de R\$9.578,60, R\$710,15 e R\$2.568,43, totalizando o débito no montante de R\$30.198,16.

INFRAÇÃO	RESULTADO	VL. LANÇADO	VL. JULGADO	MULTA
01 - 01.02.02	PROCEDENTE	1.039,64	1.039,64	60%
02 - 01.02.03	PROCEDENTE EM PARTE	19.045,72	9.578,60	60%
03 - 02.01.03	PROCEDENTE EM PARTE	1.327,78	710,15	60%
04 - 03.02.05	PROCEDENTE EM PARTE	2.615,20	2.568,43	60%
05 - 06.02.01	PROCEDENTE	679,95	679,95	60%
06 - 06.05.01	PROCEDENTE	3.816,29	3.816,29	60%
07 - 16.01.01	PROCEDENTE	11.805,10	11.805,10	----
TOTAL		40.329,68	30.198,16	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 217359.0001/20-8, lavrado contra **ATACADÃO S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.393,06**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, incisos VII “a”, II “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$11.805,10**, prevista pelo inciso IX do mesmo dispositivo legal citado, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de junho de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA