

A.I. Nº - 298958.0042/21-9
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - JOSMAN FERREIRA CASAES
ORIGEM - DAT NORTE / IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 25/07/2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0124-02/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Infração não contestada **b)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **c)** MERCADORIAS COM SAÍDAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. **d)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Razões de defesa não são suficientes para elidir por completo as infrações. Itens subsistentes em parte. Alegada decadência parcialmente acolhida. O autuante na informação fiscal revisou o lançamento frente as alegações da defesa. Acatados, parcialmente, os argumentos da defesa. Refeitos os cálculos. Infrações parcialmente subsistentes. 3. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Razões de defesa não são suficientes para elidir por completo as infrações. Itens subsistentes em parte. Alegada decadência parcialmente acolhida. O autuante na informação fiscal revisou o lançamento frente as alegações da defesa. Acatados parcialmente os argumentos da defesa. Refeitos os cálculos. Infração subsistente em parte. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. **c)** MERCADORIAS OU SERVIÇO TOMADO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Fato demonstrado nos autos. Razões de defesa elidem em parte a autuação. Infrações subsistentes em parte. Arguição de decadência parcialmente acolhida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 28/06/2021, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 80.031,80, acrescido de multa, pela constatação das infrações a seguir descritas.

INFRAÇÃO 01 – 001.002.002 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, para fatos apurados em fevereiro, abril, junho a agosto, novembro de 2017, fevereiro, maio, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$ 610,04 mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 29, § 1º inc. II e art. 53, inc. III da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 – 001.002.006 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, para fatos apurados em janeiro de 2016 a dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$ 20.111,76 mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 9º e art. 29, § 4º inc. II da Lei nº 7.014/96, c/com art. 290 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 03 – 001.002.026 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução de imposto, para fatos apurados em janeiro de 2016 a dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$ 9.801,73 mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 29, § 4º inc. II da Lei nº 7.014/96, c/com art. 310, inc. II do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 04 – 001.002.041 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, para fatos apurados em janeiro de 2016 a dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$ 7.328,03 acrescido da multa de 60% tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 29 e 31 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 309, § 7º do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 05 – 002.001.003 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, para fatos apurados em janeiro de 2016 a dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$ 17.783,99 acrescido da multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 332, inc. I do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 06 – 003.002.002 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, para fatos apurados em janeiro de 2016 a dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$ 21.262,14 acrescido da multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 07 – 016.001.001 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada nota fiscal, para fatos apurados em janeiro, a novembro de 2017. Multa no valor de R\$ 781,32, tipificada no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 08 – 016.001.002 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada uma nota fiscal, para fatos apurados em janeiro de 2016 a novembro de 2017. Multa no valor de R\$ 1.439,36 tipificada no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 09 – 016.001.006 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviços sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada uma nota fiscal, para fatos apurados em dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018. Multa no valor de R\$ 913,42, tipificada no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS/2012.

A autuada através de seus advogados impugnou o lançamento, fls. 30 a 44, onde inicialmente demonstra ser tempestiva a defesa, faz um breve relato dos fatos, em seguida aponta que a autuação levou em consideração alguns períodos já atingidos pela decadência, uma vez que as operações relacionadas ocorreram há mais de 5 anos da data da ciência da autuação.

Acrescenta que a Fiscalização considerou, para algumas infrações, mercadorias cujo crédito fiscal glosado foi regularmente aproveitado, pois se trata de produtos normalmente tributados, bem como considerou como não escriturados, documentos que constam na sua escrituração do ICMS, portanto, discorda da autuação.

Ensina que o fato gerador do ICMS se encontra descrito no art. 12, da Lei Complementar nº 87/96, que regulamenta o imposto em âmbito nacional e dentre outras providências, estabelece a ocorrência do fato gerador com a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte. Já o art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional - CTN estabelece o prazo decadencial de cinco anos para que o fisco efetue a homologação do lançamento, sendo que, se não o fizer, considerar-se-á homologada tacitamente extinguindo-se o crédito tributário.

Lembra que o ICMS é um tributo sujeito ao lançamento por homologação, transcreve anotação de Paulo de Barros Carvalho, que entende não haver diferença entre a atividade do particular e o ato praticado pelo agente público, visto que a própria lei estabelece quais os sujeitos competentes para a construção da norma individual e concreta de imposição tributária. Assim, em relação aos particulares, na qualidade de agentes competentes para constituir o crédito tributário a lei dá competência ao contribuinte para constituir o fato jurídico e a obrigação tributária que dele decorre, pelo fenômeno da causalidade jurídica.

Complementa que tal legitimidade outorgada ao contribuinte não retira, em nenhum momento, a competência originária do Poder Público, garantida pelo art. 142 do CTN, pois desde a ocorrência do fato gerador, o agente público tem competência para constituir o respectivo crédito tributário e estabelecer os termos da exigibilidade da exação.

Afirma que no presente caso, a teor do art. 150, § 4º do CTN, na data em que o Fisco constituiu o crédito tributário, já não mais lhe assistia este direito, tendo em vista ter-se consubstanciado a decadência do direito do Fisco de constituir o crédito tributário.

Transcreve doutrina de Hugo de Brito Machado e de Eurico Marcos Diniz de Santi sobre a matéria e destaca que o Superior Tribunal de Justiça pacificou seu entendimento quanto à contagem do prazo decadencial de cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador, na forma do artigo 150, § 4º, do CTN, no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando o contribuinte recolhe parcialmente o imposto a ser homologado, fato este pacífico e incontestável, eis que já comprovado no decorrer do processo de fiscalização, no qual o próprio agente fiscal reconhece a existência inclusive se pagamentos a maior que o devido e transcreve ementas de julgamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça a esse respeito.

Ressalta que os Ministros do Superior Tribunal de Justiça emitiram a Súmula nº 555/STJ, que reconhece o prazo decadencial fixado pelo art. 173 do CTN somente se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando não houver recolhimento antecipado do tributo, mesmo entendimento sustentado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia no Agravo de Instrumento nº 0018765-48.2016.8.05.0000, Relator Des. Moacyr Montenegro Souto, Terceira Câmara Cível; Julgamento em 05/12/2017.

Conclui não restar qualquer dúvida que o prazo decadencial a ser aplicado no presente caso é previsto no art. 150, § 4º do CTN. Considerando que foi intimada do Auto de Infração em 05/07/2021, a ocorrência da extinção do crédito tributário relativo ao ICMS incidente sobre as operações realizadas até 05/07/2016, já que ultrapassado o prazo decadencial de 5 anos previsto no citado dispositivo do CTN. Assim impõe-se a decretação de nulidade do lançamento fiscal, com relação a grande parte das infrações 01 a 09.

Ao abordar o mérito da infração 01, informa que ainda está levantando informações e documentos que certamente demonstrarão a improcedência da infração, requerendo desde já, em nome do princípio da verdade material e ampla defesa, que possa apresentar alegações e provas até a ocasião da realização da diligência.

Quanto a infração 02, sinaliza que ao apurar o valor da exigência, foram incluídos períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto. Também foram incluídas mercadorias tributadas no regime normal do ICMS, as quais estão fora do regime da substituição tributária, fato que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal.

A título de amostragem, plota tabela com a indicação de algumas mercadorias tributadas no regime normal, incluídas no levantamento.

NCM	Descrição	Tributação	Análise Consultoria	Base Legal	Obs
08021200	AMÊDOA TORRADA LA VIOLETERA SALG 100G	Tributado Normal 17% A partir de 03/2016 alíq de 18%		Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Não é considerado salgadinho
08013200	CASTANHA CAJU CAST CARRILHO C/PIMENTA 20	Tributado Normal 17% A partir de 03/2016 alíq de 18%		Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Não é considerado salgadinho
16010000	ESPETINHO JUNDIAI LINGUIÇA MISTA 480G	Tributado Normal 17% A partir de 03/2016 alíq de 18%		Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	ST até 03/02/2015
19012000	MISTURA BOLO FINNA 450G LARANJA	Tributado Normal 17% A partir de 03/2016 alíq de 18%		Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	ST para mistura de farinha de trigo, exceto mís tura para bolo
02071400	PEITO FRANGO SEARA TIRAS 400G	Tributado Normal 17% A partir de 03/2016 alíq de 18%		Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Alimento cozido
85061010	PILHA ALCAL DURACELL PALITO L6P4	Tributado Normal 17% A partir de 03/2016 alíq de 18%		Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	ST apenas em 2015
39232190	SACO PLAST P/PAO GB 22X42 C/1000 PP	Tributado Normal 17% A partir de 03/2016 alíq de 18%		Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Apenas Saco de Lixo fazia parte da ST

Frisa que as relações completas das mercadorias que sofrem tributação normal e que foram incluídas na infração estão relacionadas na planilha “Infração 02 Defesa”, que diz anexar a impugnação - Doc. 3, que foi elaborada com base no arquivo do lançamento, portanto, as mercadorias nela indicadas são exatamente as autuadas.

Conclui que na infração 02, devem ser excluídas as mercadorias tributadas pelo regime normal, do levantamento que embasou a exigência.

Ao tratar da infração 03, diz que foram incluídos períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto. Também foram incluídas mercadorias tributadas no regime normal do ICMS sem qualquer isenção, fato que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal.

Apresenta a título de amostragem, tabela com a indicação de algumas mercadorias tributadas no regime normal e que estão incluídas no levantamento.

NCM	Descrição	Tributação	Análise Consultoria	Base Legal	Obs
20081100	AMENDOIM CRU COM CASCA KG	Tributado Normal 17% A partir de 03/2016 alíq de 18%		Art. 15, inc. I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Produto agropecuário
39232190	BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 40X60X015M	Tributado Normal 17% A partir de 03/2016 alíq de 18%		Art. 15, inc. I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Apenas saco de lixo fazia parte da ST, faz parte da embalagem do alimento enlatado
08012200	CASTANHA PARÁ RAIZ DO BEM S/CASC 400G	Tributado Normal 17% A partir de 03/2016 alíq de 18%		Art. 15, inc. I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	
20054000	ERVILHA FRESCA BONDUELLE 200G	Tributado Normal 17% A partir de 03/2016 alíq de 18%		Art. 15, inc. I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	
11041900	FLOCOS MILHO MARATA 500G	Isenção		Art. 265, inc. II, alínea "d", do RICMS/BA	
11022000	FUBA DE MILHO 10KG	Isenção		Art. 265, inc. II, alínea "d", do RICMS/BA	

Afirma que a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal, incluídas na infração, está na planilha “Infração 03 Defesa”, anexa - Doc. 3, que foi elaborada com base no arquivo de levantamento, portanto, a infração deve ser reformada.

Quanto a infração 04, aduz que foram incluídos períodos já alcançados pela decadência, ou seja, compreendido entre janeiro e julho de 2016, assim sendo, deve ser revista para exclusão do período atingido pela decadência.

Em relação infração 05, diz que foram incluídos períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto, mas, além da decadência, também foram incluídas mercadorias isentas e outras sujeitas a substituição tributária, o que torna indevido o lançamento.

A título de amostragem, indica mercadorias tributadas no regime da substituição tributária e que estão incluídas no levantamento.

NCM	Descr. Item	Tributação	Base Legal da trib. atual	Observação
85169000	CANO CHUVEIRO LORE UN	ST	RICMS/BA, Anexo I, 8, Item 8.6	Cano de Chuveiro
39172900	CANO CHUVEIRO LORE UN	ST	RICMS/BA, Anexo I, 8, Item 8.6	Cano de Chuveiro
85169000	CANO CHUVEIRO LORENZETTI BCO	ST	RICMS/BA, Anexo I, 8, Item 8.6	Cano de Chuveiro
85169000	CANO CHUVEIRO LORENZETTI BCO	ST	RICMS/BA, Anexo I, 8, Item 8.6	Cano de Chuveiro
22089000	MIKS ICE TEA FRUT. VERDE/CHÁ VERDE 275ML	ST	ST - Bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%	RICMS/BA, Anexo I, 3, Item 3.19
22089000	MIKS ICE TEA LIMÃO/GENG/CHÁ BCO 275ML	ST	ST - Bebida refrescante com teor alcoólico inferior a 8%	RICMS/BA, Anexo I, 3, Item 3.19
39239000	TAMPA FIXTIL P/LAV TANQUE PVC 7.8	ST	ST	RICMS/BA, Anexo I, 8, Item 8.14
39229000	TAMPA FIXTIL P/LAV TANQUE PVC 7.8	ST	ST	RICMS/BA, Anexo I, 8, Item 8.14
39229000	TAMPA FIXTIL P/LAV TANQUE PVC 7.8	ST	ST	RICMS/BA, Anexo I, 8, Item 8.14

Complementa que a relação completa das mercadorias isentas e tributadas no regime da substituição tributária, que foram incluídas na infração, estão relacionadas na planilha “Infração 05 Defesa”, que diz anexar - Doc. 3. Por essa razão a infração deve ser reformada.

Quanto a infração 06, diz que foram incluídos períodos já alcançados pela decadência e houve equívoco da Fiscalização na revisão das alíquotas aplicadas nas saídas, na medida em que foram considerados percentuais superiores ao disposto na legislação do ICMS, uma vez que está sendo exigido o adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza com relação a mercadorias que estão fora do Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016 e a título de amostragem, apresenta tabela com a indicação de algumas mercadorias que não estão incluídas no referido anexo, não podendo ser exigido o adicional.

NCM	Descr. Item	Tipo
96190000	LENÇO UMED CREMER DISNEY BABY 50FL	Não faz parte IN 05/2016
33059000	CONDIC. FRUCTIS 200ML. FRESCOR VIT.	Não faz parte IN 05/2016
33059000	CONDIC PANTENE 200ML. RESTSUMER	Não faz parte IN 05/2016
33072010	DESOD. OLD SPICE ROLL ON 52G. MATADOR	Não faz parte IN 05/2016
33059000	CONDIC ELSEVE 400ML. QUÍMICA	Não faz parte IN 05/2016
33072010	DESOD JOHNSON ROLL ON 50ML. ANTE OXIDANTE	Não faz parte IN 05/2016
33072010	DESOD JOHNSON ROLL ON 50ML. FRESH ACTION	Não faz parte IN

		05/2016
33074900	DESOD REXONA TEENS AER 64G. LOVE	Não faz parte IN 05/2016

Aponta que a relação completa das mercadorias que estão fora do Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016, está na planilha “Infração 06 Defesa”, que segue anexa à impugnação - Doc. 3, elaborada com base no arquivo do levantamento, sendo assim, medida que se impõe é a reforma da infração.

Ao abordar as infrações 07, 08 e 09, diz que ao apurar o valor da exigência consubstanciada nas infrações 07 e 08, foram incluídos na autuação períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto e nas infrações 07, 08 e 09, também foram incluídas no levantamento diversos documentos fiscais efetivamente escriturados no Livro Registro de Entrada – LRE, conforme demonstram os dados contidos nas planilhas em formato Excel - Doc. 3, que acompanham a defesa, arquivos denominados “Infração 07 Defesa”, “Infração 08 Defesa” e “Infração 09 Defesa”.

Assim, diante da comprovação das inclusões indevidas na imputação de tais infrações, torna-se imperiosa a revisão do lançamento a elas atinente.

Nos termos do art. 137, inc. I, alínea “a”, do RPAF/99 e conforme demonstrado, a realização de diligência fiscal se faz extremamente necessária para demonstração da improcedência do Auto de Infração.

Lembra de estar claramente demonstrado que grande parte da autuação foi atingida pela decadência, operando-se por consequência a extinção do crédito tributário.

Diz ser necessária a diligência para demonstração de que as demais infrações são indevidas uma vez que as operações obedeceram ao disposto na legislação de regência, não havendo ausência de pagamento de imposto ou mesmo hipótese de incidência das multas aplicadas, oportunidade que apresentará seus quesitos na ocasião da elaboração da revisão do trabalho fiscal.

Requer:

- a) A realização de diligência fiscal, através de Auditor Fiscal integrante da ASTEC do CONSEF, com exame das planilhas anexas à presente defesa - Doc. 3, dos documentos, bem como dos quesitos que serão disponibilizados na fase da diligência;
- b) Após a diligência, confirmadas as razões de fato e de direito que comprovam as alegações de defesa aqui expostas, requer seja dado integral provimento à presente impugnação, com o consequente cancelamento do Auto de Infração.

O autuante ao prestar a informação fiscal às fls. 81 a 97, reproduz as infrações e as razões da defesa, em seguida aborda as infrações individualmente.

Infração 01 – Mantem a cobrança em seu montante integral.

Infração 02 – Analisa cada produto apontado pela autuada na planilha indicada:

- i) AMÊNDOA TORR LA VIOLETA SALG. 100 G – Produto enquadrado na substituição tributária, conforme Anexo 1 do RICMS, na posição 11.0 – Produtos Alimentícios – item 11.11.0 – NCM 2008-1 – Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 Kg;
- ii) CASTANHA CAJU CAST. CARRILHO C/PIMENTA 20 – Produto enquadrado na substituição tributária, conforme Anexo 1 do RICMS, na posição 11.0 – Produtos Alimentícios – item 11.11.0 – NCM 2008-1 – Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 Kg;
- iii) ESPETINHO JUNDIAÍ LINGUIÇA MISTA 480 G – Produto enquadrado na substituição tributária, conforme Anexo 1 do RICMS, na posição 11.0 – Produtos Alimentícios – item 11.31 – NCM 0201,

0202, 0204 e 0206 – Carne de gado bovino, ovino, e bufalino e produtos comestíveis resultantes da matança desse gado frescos, resfriados ou congelados, bem como o item – 11.35.0 - NCM 0207, 0209, 0210.99 e 1501 – Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves;

- iv) MISTURA BOLO FINNA 450 G. LARANJA - Produto saiu da substituição tributária, a partir de 03/2016, e excluída das planilhas de débito;
- v) PEITO DE FRANGO (Diversos) - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme Anexo 1 do RICMS, na posição 11.0 – Produtos Alimentícios – item – 11.31.2 - NCM 0207, 0209 e 0210.99 – Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves;
- vi) PILHA ALCAL DURACELL PALITO L6P4 – Produto saiu do regime de substituição tributária em 03/2016, e excluído da planilha de débito; e,
- vii) SACO PLAST PÃO FRANCES 34X40 C/100 e SC PÃO GRANDE – 55X30 C/1000 - Produto enquadrado no regime da substituição tributária. Informa trata-se de sacos para embalagem de pães na secção de Padaria dos mercados e supermercados, produto enquadrado no regime da substituição tributária, portanto o produto acessório (Saco Padaria 40X50) acompanham a tributação do produto principal (Pão, Biscoito, Panetone, etc.).

Reconhece como procedente em parte as alegações defensivas, e informa o refazimento das planilhas levando em consideração os produtos enquadrados no regime da substituição tributária. Anexou novas planilhas para esta infração, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 10.494,48.

Infração 03 – Indica a mercadoria sobre as quais discorda a autuada:

- i) AMENDOIM CRU COM CASCA KG - Produto “*in natura*”, sem qualquer beneficiamento, portanto, isento do ICMS, conforme art. 14, inc. I do Regulamento do ICMS, transrito;
- ii) BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015 M – Produto isento. Trata-se de bobinas com sacos plásticos disponíveis na secção de hortifrutigranjeiros dos mercados e supermercados para acondicionar frutas e verduras, produtos beneficiados com isenção, portanto, o produto acessório (bobinas com sacos plásticos) acompanha a tributação do produto principal;
- iii) CASTANHA PARÁ RAIZ DOBEM S/CASC 400 G – Produto enquadrado no regime da substituição tributária e excluído das planilhas de débito;
- iv) ERVILHA FRESCA BONDUELLE 200 G – Produto isento. Mercadoria em estado “fresca”, portanto, produto beneficiado pela isenção.

Reconhece como procedente em parte as alegações defensivas, refez as planilhas levando em consideração os produtos enquadrados no regime da substituição tributária, e as anexou, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 9.718,89.

Infração 04 - Entende não assistir razão ao contribuinte evocar o prazo decadencial contado a partir do fato gerador, tendo em vista que a autuada apurou o montante do imposto devido, efetuou o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente o Fisco verificou que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação, conforme consta em parecer emitido pela Procuradoria do Estado da Bahia, através da Procuradoria Fiscal, que promoveu a uniformização de orientação jurídica acerca dos temas, através de Ofício Gab/PROFIS/PGE nº 42/2016.

Conclui pela manutenção da infração no montante integral.

Infração 05 – Conforme exposto para a infração anterior, entende que não assistir razão ao contribuinte quanto a alegada decadência.

Frente ao argumento da defesa de que é irregular a inclusão de algumas mercadorias que constam no levantamento, faz as seguintes ponderações:

- i) CANO CHUVEIRO LORENZETTI BCO – A NCM 8516.90.00 do produto, não consta do Anexo 1 do RICMS, portanto, não está enquadrado no regime da substituição tributária e é tributado pelo ICMS;
- ii) MIKS ICE TEA LIMÃO/GENG/CHÁ BCO 275 ML - Produto enquadrado no regime da substituição tributária e excluídos das planilhas de débito;
- iii) TAMPA FIXTIL P/LAV TANQUE PVC 7.8 - Produto enquadrado no regime da substituição tributária, e excluído das planilhas de débito.

Diz reconhecer como procedente em parte as alegações defensivas, e informa o refazimento das planilhas levando em consideração os produtos enquadrados no regime da substituição tributária. Anexou as novas planilhas, remanescedo um crédito tributário no total de R\$ 17.730,41.

Infração 06 – Quanto ao argumento da decadência, entende que não assiste razão ao contribuinte, tendo em vista que a autuada apurou o montante do imposto devido, efetuou o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente o Fisco verificou que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

Em referência a alegação de que houve equívoco da fiscalização na revisão das alíquotas aplicadas nas saídas, na medida em que foram considerados percentuais superiores ao disposto na legislação do ICMS, afirma que os produtos relacionados constam na Instrução Normativa nº 05/2016, portanto, foram excluídos das planilhas de débito:

- i) LENÇO UMED CREMER DISNEY BABY 50 FL.
- ii) CONDICIONADOR FRUCTIS 200 ML FRESCOR VIT.;
- iii) CONDICIONADOR PANTENE 200 ML REST SUMER;
- iv) DESODORANTE OLD SPICE ROLL-ON 52 G. MATADOR;
- v) CONDICIONADOR ELSEVE 400 ML. QUÍMICA;
- vi) CONDICIONADOR JOHNSON ROLL ON 50ML ANTIOXIDANTE;
- vii) CONDICIONADOR JOHNSON ROLL ON 50 ML FRESH ACTION;
- viii) DESODORANTE REXONA TEENS ERA 64 G LOVE;

Informa que procedeu a exclusão dos produtos relacionados e o refazimento das planilhas, por reconhecer como procedente em parte as alegações da defesa, uma vez que identificou ter incluído no levantamento, mercadorias que estão fora do Anexo Único da Instrução Normativa nº. 05/2016, e que foram indevidamente, aplicada alíquota em montante superior ao permitido pela legislação do ICMS. Remanesce um crédito tributário no total de R\$ 12.919,99.

Infração 07 – Refuta as alegações de decadência com base em parecer emitido pela PGE/PROFIS, que promoveu a uniformização de orientação jurídica acerca dos temas, através de Ofício Gab/PROFIS/PGE nº 42/2016.

Em referência a alegação que foram incluídas no levantamento diversas mercadorias que estão escrituradas no Livro Registro de Entrada – LRE, reconhece em parte as alegações quanto a diversas notas fiscais, conforme demonstrativo, fl. 41. Informa que procedeu a exclusão destas notas fiscais e mantém a cobrança quanto às demais notas fiscais de entrada não escrituradas. Remanesce para esta infração o montante de R\$ 1.292,91.

Infração 08 – Da mesma forma, refuta a alegação de decadência. Quanto a inclusão no levantamento das notas fiscais que a autuada comprovou a regular escrituração no Livro Registro de Entrada – LRE, reconhece em parte as alegações quanto a diversas notas fiscais. Informa que procedeu a exclusão destas notas das planilhas de débito e mantém a cobrança quanto as demais notas fiscais de entrada não escrituradas, remanescedo o montante de R\$ 1.343,66.

Infração 09 – Registra que a autuada não se manifestou quanto a esta infração. Assim, mantém para esta infração, a cobrança em seu montante integral.

Conclui que diante do acatamento parcial das alegações da autuada e efetuados os expurgos pertinentes referentes as infrações 02, 03, 05, 06, 07 e 08 correspondentes ao refazimento dos demonstrativos de débito para as mesmas e reclama em favor da Fazenda Pública Estadual um crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 62.351,83 acrescidos dos consectários legais pertinentes.

Notificada da informação fiscal, a autuada apresentou manifestação, fls. 101 a 104, onde afirma que apesar do Auditor Fiscal ter acatado parte das alegações da defesa, é necessária a elaboração de novo levantamento fiscal, pois permanecem na autuação algumas mercadorias tributadas no regime normal do ICMS, as quais estão fora do regime da substituição tributária, fato que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal.

Acrescenta que também não foram excluídos os fatos geradores atingidos pela decadência, uma vez que a intimação do Auto de Infração se deu após 5 anos da ocorrência de parte das operações que compõem o lançamento ora combatido.

Reitera a necessidade de elaboração de novo levantamento fiscal, visando a exclusão dos períodos atingidos pela decadência e das mercadorias tributadas no regime normal.

Infração 03.

Diz que apesar do Auditor Fiscal ter acatado parte das alegações, restaram diversas mercadorias que são tributadas no regime normal do ICMS, estando fora de qualquer regra de isenção ou redução, o que autoriza o creditamento do imposto integral destacado no documento fiscal.

A título de amostragem, relaciona algumas mercadorias tributadas no regime normal e que estão incluídas no levantamento da acusação fiscal de crédito indevido de mercadorias isentas ou com redução:

- a) BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015 M: Tributado normal a 17%. Art. 15, inc. I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.
- b) AMENDOIM CRU COM CASCA KG: Tributado normal a 17%. Art. 15, inc. I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Afirma que a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que remanescem no levantamento da infração 03 está na planilha “Infração 03 – Defesa”, gravada no CD anexo, assim como, não foram excluídos os fatos geradores atingidos pela decadência, uma vez que a intimação do Auto de Infração se deu após 5 anos da ocorrência de parte das operações que compõem o lançamento, ora combatido.

Pugna pela elaboração de novo levantamento fiscal, para que sejam excluídas todas as mercadorias tributadas no regime normal.

Infração 04.

Aponta que o Fiscal se limitou a alegar que houve ocorrência de dolo, fraude ou simulação, sem trazer qualquer comprovação, mas pelo simples relato de fatos que teriam sido praticados.

Destaca que no lançamento fiscal também não há nenhuma comprovação ou mesmo qualquer menção à prática de dolo, fraude ou simulação, não sendo permitida a acusação fiscal sem a devida prova. Portanto, não havendo comprovação de dolo, fraude ou simulação, é inquestionável a aplicação da regra contida no artigo 150, § 4º, do CTN, cujo preceito normativo determina a contagem do prazo a partir da data de ocorrência do fato gerador, o qual deve ser observado no caso presente.

Infração 05.

Afirma ser necessária a elaboração de novo levantamento fiscal para a exclusão de parte do lançamento pela decadência, o que por si só já torna mandatório o refazimento do relatório fiscal.

Pontua que o Fiscal desconsiderou a indicação de diversas mercadorias isentas e outras tributadas na substituição tributária, rebatendo que essas estariam incluídas no rol de produtos com tributação normal, o que de fato não estão.

Portanto, requer a elaboração de revisão do levantamento fiscal da infração para que sejam consideradas a tributação correta para o crédito, referente a tais mercadorias, bem como sejam excluídos os fatos geradores atingidos pela decadência.

Infração 06.

Pondera em que pese o Auditor Fiscal ter acatado parte das alegações de defesa aponta ser necessária a elaboração de novo levantamento fiscal para exclusão dos fatos geradores atingidos pela decadência, uma vez que a intimação do Auto de Infração ocorreu após o decurso do prazo de cinco da ocorrência das operações.

Sinaliza que a informação fiscal alegou que o recolhimento do ICMS teria sido inferior ao apurado, o que não reflete a verdade dos fatos. Portanto, requer nova análise dos documentos que comprovam a improcedência da infração, uma vez que houve equívoco da Fiscalização na revisão das alíquotas aplicadas nas saídas, na medida em que foram considerados percentuais superiores ao disposto na legislação do ICMS.

Infrações 07 e 08

Registra que o Fiscal acatou parte das alegações da defesa, contudo, diz ser necessária a elaboração de novo levantamento fiscal para exclusão dos fatos geradores atingidos pela decadência.

Infração 09.

Diz que a alegação de que não se manifestou sobre esta infração não condiz com a defesa, uma vez que a impugnação contestou as acusações fiscais 07, 08 e 09 no mesmo tópico, em razão da similaridade dos fatos.

Requer nova análise dos documentos que comprovam a improcedência da infração.

Reitera suas razões de defesa com relação ao quanto não acatado na informação fiscal e pugna pela improcedência da autuação.

O autuante ao conhecer a manifestação, prestou nova informação, fls. 110 a 118, reproduzindo as infrações e informando que:

Infração 01.

Reafirma que a defesa sobre esta não se manifestou. Assim, mantem o valor inicialmente exigido.

Infração 02.

Diz que a autuada não apresentou fato novo, razão pela qual mantém a exigência de R\$ 10.494,48.

Infração 03.

Mantém o valor da infração em R\$ 9.718,89, devido a defesa não ter apresentado fato novo.

Infração 04.

Registra que a autuada se manifestou apenas quanto a decadência, já refutada. Mantém a cobrança integral.

Infração 05.

Afirma que a autuada não apresentou fato que não tenha sido refutado na informação fiscal anterior, portanto, remanesce a cobrança de R\$ 17.730,41.

Infração 06.

Pelas mesmas razões, mantem a cobrança de R\$ 12.919,99.

Infração 07.

Por não ter sido apresentado fato novo, remanesce a cobrança de R\$ 1.292,91.

Infração 08.

Também por não ter a defesa não ter apresentado fato novo, remanesce o crédito tributário de R\$ 1.343,66.

Infração 09.

Relata que ao analisar a defesa e a manifestação posterior, assim como o Doc. 3, gravado no CD, fl. 78, constatou que a autuada se reporta apenas às infrações 07 e 08. Portanto, reafirma que não houve contestação quanto a infração 09 e assim mantem a cobrança integral.

Conclui mantendo a mesma posição já externada na informação fiscal, exigindo o crédito tributário no montante de R\$ 62.351,83.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de nove infrações, impugnadas tempestivamente.

O início da ação fiscal foi comunicado ao contribuinte em 14/04/2021, através da lavratura do Termo de Início de Fiscalização, encaminhado via Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, fls. 21 a 23.

A intimação para ciência da lavratura do Auto de Infração ocorreu, também através do DT-e em 29/06/2021, fls. 27 e 28, oportunidade que o contribuinte recebeu os demonstrativos analíticos e sintéticos das infrações em arquivo eletrônicos, que foram elaborados pelo autuante de forma clara e suscinta, contendo todas as informações, dados e memória de cálculo, necessários ao entendimento das infrações.

O sujeito passivo é contribuinte do ICMS, inscrito no Cadastro Estadual na condição Normal, exercendo a atividade econômica principal de comércio atacadista de mercadorias em geral com predominância de produtos alimentícios e comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – hipermercados, estabelecido no município de Feira de Santana.

Preliminarmente, verifico que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara. É possível se determinar com certeza a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

Observo que o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração.

Há de ser analisada a preliminar prejudicial de mérito referente à decadência parcial das infrações referente as ocorrências até 05/07/2016, decorrente da arguição de decadência e a consequente extinção do crédito tributário relativo ao ICMS incidente sobre as operações realizadas, quando já que ultrapassado o prazo decadencial de 5 anos previsto no art. 150, § 4º do CTN.

Sobre a decadência, o CONSEF tem firmado e consolidado entendimento em consonância com o Incidentes de Uniformização, emitido pela Procuradoria Fiscal da PGE, de nº PGE 2016.194710-0, que assim enuncia:

Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150 § 4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponde às operações declaradas.

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, 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.

Importante registrar que esse posicionamento se conforma com a Súmula 555 do STJ, cujo enunciado segue transscrito:

“Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa”.

Considerando que as infrações 01 a 06 decorreram de situação em que o contribuinte declarou a ocorrência do fato jurídico tributário referente a operações tributáveis, apurou o montante do imposto devido, mas efetuou o pagamento em montante inferior àquele que correspondia às operações declaradas, é aplicável a regra estabelecida no art. 150, § 4º do CTN, ou seja, conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador.

Seria pertinente a aplicação da regra prevista no art. 173, inc. I do CTN, ou seja, contar-se-ia o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, se o contribuinte houvesse declarado a ocorrência do fato jurídico tributário, apurado o montante do imposto devido, efetuado o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verificou que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

Apesar do autuante ter consignado que nas infrações especificamente a 05 e 06, ocorreu a prática de dolo pela autuada, não foi apresentado ou juntado aos autos qualquer elemento de prova que sustente tal acusação. Assim sendo, tal fato não poderá ser considerado para fins da análise da regra a ser aplicada na apreciação da arguição de decadência e assim afasto tal possibilidade.

Considerando também o teor da Súmula 12 do CONSEF: “*Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração*”, que no presente caso ocorreu em 05/07/2021 e que apuração do ICMS é mensal – art. 305 do RICMS/2012, tendo o Fisco estadual se mantido inerte em adotar qualquer ação para homologar os fatos ocorridos antes de 05/07/2016, para os fatos ocorridos antes de julho de 2016, não pode o Fisco mais exigir o imposto, uma vez transcorrido o lapso temporal de cinco anos.

Assim sendo, acato a arguição de decadência parcial das infrações, relativos aos créditos tributários correspondentes aos fatos geradores ocorridos antes de julho de 2016, ou seja, reconheço a decadência dos valores referentes aos seguintes períodos:

Infração 02 – janeiro a junho de 2016.

Infração 03 - janeiro a junho de 2016.

Infração 04 - janeiro a junho de 2016.

Infração 05 - janeiro a junho de 2016.

Infração 06 - janeiro a junho de 2016.

Para as infrações 07, 08 e 09, por se tratar de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, decorrentes da falta do registro de documentos na escrita fiscal, ou seja, o contribuinte não declarou a ocorrência do fato jurídico tributário, fato que implicou em distorção na apuração do montante do imposto devido, se aplica a regra do art. 173, inc. I do CTN.

Portanto, estariam alcançados pela decadência os fatos geradores ocorridos antes de janeiro de 2016 o que não abarca as ocorrências das infrações 07, 08 e 09, de forma que não acolho a arguição de decadência para estas infrações.

A autuada requer a realização de diligência, cuja finalidade é a “demonstração da improcedência do Auto de Infração” e para demonstrar que as infrações “são indevidas uma vez que as operações obedeceram ao disposto na legislação de regência, não havendo ausência de pagamento de imposto ou mesmo hipótese de incidência das multas aplicadas.”.

Lembro que os elementos de prova que poderiam elidir as infrações estão em pose da autuada, vez que os levantamentos foram elaborados com os dados da EFD, elaborada e transmitida pelo contribuinte, portanto, de seu inteiro conhecimento e responsabilidade.

E ainda, considerando também que a meu juízo, os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação da convicção dos julgadores, indefiro o pedido, com base no art. 147, inc. I do RPAF/99.

Não havendo mais questões preliminares a analisar adentro na apreciação do mérito, o qual será analisado cada infração separadamente.

Infração 01.

A defesa, em 02/09/2021, informa que ainda estria levantando informações e documentos que demonstrariam a improcedência da infração, requerendo, em nome do princípio da verdade material e ampla defesa, que possa apresentar alegações e provas até a ocasião da realização da diligência, sendo que na sua manifestação protocolizada em 27/12/2021, não mais se manifestou sobre a mesma.

Neste caso se aplica o previsto no art. 140 do RPAF/99:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Portanto, tendo a infração 01 como subsistente.

Infração 02.

A acusação se refere ao uso indevido de crédito fiscal de ICMS decorrente da aquisição de mercadorias com pagamento de imposto por substituição tributária.

A defesa arguiu que, foram incluídas no levantamento mercadorias tributadas no regime normal do ICMS, portanto, fora do regime da substituição tributária, fato que lhe autorizaria o creditamento do imposto destacado no documento fiscal. A relação completa das mercadorias está na planilha “Infração 02 Defesa”.

O autuante, em sede de informação fiscal, reconhecendo procedente parte das alegações defensivas, refez o levantamento com a exclusão dos produtos normalmente tributados, remanescendo o valor de R\$ 10.494,48.

Em sua manifestação a autuada reitera a necessidade da elaboração de novo levantamento, pois diz que permanecem na infração algumas mercadorias tributadas no regime normal do ICMS, sem, contudo, indicar a quais itens se refere.

Analisando o novo levantamento elaborado pelo autuante, constato pertinentes as exclusões efetuadas, de modo que as acato.

Portanto, considerando a revisão procedida e o reconhecimento parcial da decadência arguida pela defesa, tenho a infração 02 como parcialmente subsistente, no valor de R\$ 7.970,72, conforme demonstrativo a seguir.

Infração 03.

A acusação é de que o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto.

A defesa arguiu que foram incluídas no levantamento mercadorias tributadas no regime normal do ICMS que não gozavam de isenção, fato que autoriza se creditar do imposto destacado no documento fiscal.

Na informação fiscal, o levantamento foi refeito, em razão do autuante ter reconhecido como procedente parte das alegações da defesa, remanescente o crédito tributário no total de R\$ 7.422,28.

Dos itens remanescentes, a autuada quando da manifestação, argumentou que permaneceram mercadorias que estão sujeitas a tributação normal do ICMS e a título de exemplo, relaciona dois itens: BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M e AMENDOIM CRU COM CASCA, que entende ser normalmente tributado à 17%, conforme art. 15, inc. I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

O autuante manteve estes e outros itens, relacionados no novo demonstrativo, argumentando que:

- a) AMENDOIM CRU COM CASCA KG – É um produto *in natura*, sem qualquer beneficiamento, portanto, isento do ICMS, conforme art. 14, inc. I do RICMS/2012;
- b) BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015 M – Produto isento – Trata-se de bobinas com sacos plásticos disponíveis na seção de hortifrutigranjeiros dos mercados e supermercados para acondicionamento de frutas e verduras que são produtos beneficiados com isenção. Assim, as bobinas com sacos plásticos, são acessórios desses produtos, razão pela qual, acompanha a tributação;

Em relação as bobinas plásticas, picotadas, se trata, segundo asseverou o autuante, de bobinas com sacos plásticos disponíveis na seção de hortifrutigranjeiros para acondicionamento de frutas e verduras, produtos que gozam da isenção do ICMS.

Considerando que as operações com a mercadoria que acondiciona são contempladas com isenção, também as bobinas são isentas.

Tal entendimento se conforma como o posicionamento quanto a tributação das embalagens, que devem seguir a mesma diretriz tributária da mercadoria a que se presta para acondicionar. Assim tem se posicionado a DITRI no Parecer nº 21.942/2012:

“O entendimento desta Diretoria de Tributação - DITRI é no sentido de que as embalagens tipo sacolas utilizadas no simples transporte dos produtos revendidos pela empresa fazem parte da atividade comercial, e, portanto, não são consideradas material de uso ou consumo, mas mercadorias para as quais se atribui o mesmo tratamento tributário dispensado àquelas que acondicionarão.”

Também no Parecer DITRI nº 7.872/2008:

“Da análise dos dispositivos citados é de se concluir que nas aquisições internas de sacolas, espécie de material de embalagem a consulfente poderá lançar a crédito o valor do imposto destacado na Nota Fiscal de aquisição na hipótese destas sacolas serem utilizadas para acondicionamento de mercadorias tributadas.

Quando estas embalagens forem adquiridas em outros estados deve ser observado se há ou não incidência da antecipação parcial. Se estes produtos forem destinados ao acondicionamento de mercadorias comercializadas pelo estabelecimento adquirente sob o amparo da isenção, não-incidência ou sob o regime de substituição tributária, não será devido o recolhimento da antecipação parcial, tendo em vista que tais mercadorias encontram-se excetuadas do referido regime de tributação, exceção que alcança igualmente as embalagens utilizadas na sua comercialização. Se forem destinadas, no entanto, ao acondicionamento de mercadorias que são comercializadas sob o regime de tributação normal, há incidência da antecipação parcial nas aquisições das mesmas. Ou seja, o tratamento aplicável às embalagens adquiridas de outras Unidades da Federação, para efeito de aplicabilidade ou não do regime de antecipação parcial, deve seguir o mesmo tratamento aplicável às mercadorias a serem acondicionadas”.

Ademais, o sujeito passivo em sua manifestação limitou-se a reiterar o alegado na defesa, o que justifica o acolhimento do argumento do autuante, o mesmo ocorrendo para o item amendoim cru com casca.

Assim sendo, alinho-me com o entendimento do autuante na manutenção da glosa dos créditos tomados em relação ao produto BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015 M.

Quanto ao item AMENDOIM CRU COM CASCA KG, por se tratar de um produto *in natura*, sem qualquer beneficiamento, o autuante sustentou se tratar de produto contemplado com a isenção de cujo entendimento discordo.

Registro que sobre tal produto e posicionamento do autuante, assim também não concorda a Administração Tributária da Bahia, consoante entendimentos externados em diversos pareceres, a exemplo do Parecer DITRI nº 10321/2009, que em resposta a uma consulta, assim respondeu:

Trata o presente processo de Consulta formulada por estabelecimento com atividade de comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios - CNAE Fiscal 4711301, informando que precisa saber qual a tributação de amendoim “in natura” comercializado pelo produtor rural.

Consultando o Regulamento do ICMS em vigor verifica-se que o amendoim é normalmente tributado em todas as operações, aplicando-se nas saídas internas a alíquota de 17% (dezessete por cento); e nas saídas com destino a outras unidades federadas, a alíquota interestadual de 12% (doze por cento). (Grifo do relator)

Mesmo entendimento externado em resposta a outra consulta no Parecer DITRI nº 11500/2006:

Não existe na legislação regra específica estabelecendo um tratamento diferenciado para o amendoim debulhado, trata-se, portanto, de mercadoria tributada normalmente, aplicando-se a regra geral estatuída no art. 50, inciso I, alínea “a”, e inciso II, ou seja, nas operações internas, a alíquota incidente será de 17%, enquanto, nas operações interestaduais, a alíquota de 12%. (Grifo do relator)

Destarte, o item AMENDOIM CRU COM CASCA KG, é uma mercadoria normalmente tributada, e assim sendo, o crédito fiscal apropriado em operações de aquisições é legítimo, deve, portanto, este item ser excluído do levantamento, o que faço de ofício.

Feito os ajustes, a infração 03 é parcialmente subsistente, considerando os ajustes efetuados pelo autuante e o acatamento da decadência parcial, no valor de R\$ 7.353,87, conforme demonstrativo a seguir.

Infração 04.

Acusa o contribuinte de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS decorrente de destaque do imposto a maior nos documentos fiscais.

A autuada apenas arguiu a decadência parcial, já apreciado e acolhida.

Portanto, tendo a infração 04 como parcialmente subsistente no valor de R\$ 5.088,38 e na forma do demonstrativo a seguir.

Infração 05.

Nesta infração a acusação é de que o contribuinte deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

A defesa arguiu que no levantamento foram incluídas mercadorias isentas e outras sujeitas ao regime de substituição tributária.

Em sede de informação fiscal, o autuante reconheceu procedente parte das alegações da defesa, refez o levantamento, restando devido o total de R\$ 9.063,32.

Em sua manifestação, a autuada requereu a elaboração de novo levantamento fiscal para a exclusão de parte do lançamento pela decadência e a exclusão de mercadorias que o autuante desconsiderou o fato de serem isentas e outras sujeitas ao regime de substituição tributária, sem, contudo, indicar a quais itens se refere e sem apresentar argumentos que poderiam descharacterizar o novo levantamento elaborado pelo autuante.

Quanto ao pedido de decadência, friso que já foi analisada linhas acima. Em relação ao pleito para excluir mais mercadorias por se tratar de mercadorias isentas ou sujeitas a substituição tributária, sem ter a autuada listado a quais mercadorias estava se referindo, tampouco, acrescentando qualquer argumento que suporte suas razões, cabe aplicar o disposto nos artigos 140 e 141 do RPAF/99, de forma que acolho integralmente a revisão procedida pelo autuante e assim, tenho a infração como parcialmente subsistente no valor de R\$ 9.063,32, na forma do demonstrativo a seguir.

Infração 06.

Refere-se ao recolhimento a menor do ICMS por aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

A defesa além de arguir a decadência, apontou que no levantamento, o autuante cometeu um equívoco na utilização das alíquotas aplicadas nas saídas de algumas mercadorias.

Acrescentou que na infração, está sendo exigido o adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza de mercadorias que estão fora do Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016.

Na revisão, o autuante reconheceu procedente parte das alegações da defesa, refez o levantamento, remanescendo o crédito tributário no total de R\$ 12.919,99.

Na manifestação a autuada apenas requereu, além do acolhimento da decadência, nova análise dos documentos que comprovariam a improcedência da infração, sem apresentar qualquer argumento capaz de justificar seu novo pedido.

Da mesma forma das infrações anteriores, acolho a revisão procedida pelo autuante e tenho a infração como parcialmente subsistente no valor de R\$ 6.960,61, na forma de demonstrativo a seguir.

Infrações 07, 08 e 09.

Estas infrações referem-se à acusação de ter o contribuinte dado entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal.

A defesa arguiu, além da decadência, que foram incluídas no levantamento diversos documentos fiscais que estariam escriturados no Livro Registro de Entrada - LRE, conforme planilhas que anexou à defesa.

Na informação fiscal o autuante, em sede de revisão, refez o levantamento e elaborou novos demonstrativos, resultando como devidos os seguintes valores: infração 07 – R\$ 1.292,91; infração

08 - R\$ 1.343,66 e para a infração 09, manteve o valor originalmente cobrado tendo em vista que a autuada sobre esta não se manifestou.

Na sua manifestação, a autuada apenas reafirma seu pleito de acolhimento da decadência, já analisada e pediu nova análise dos documentos que comprovariam a improcedência das infrações, sem apresentar novas razões ou provas que justificassem seus pedidos.

Considerando pertinente as análises e providências adotadas na revisão do fiscal, acolho a revisão procedida pelo autuante e tenho as infrações 07 e 08 parcialmente subsistentes e a infração 09 totalmente procedente, em razão de sobre esta não ter sido apresentado pela autuada qualquer prova ou evidencia para o acatamento das arguições.

Quanto a infração 07, registro o fato de ter o autuante reconhecido “*em parte as alegações da suplicante quanto a diversas notas fiscais, conforme demonstrativo à folha 41 deste PAF, informamos a exclusão destas da planilha de débito. Mantemos a cobrança quanto às demais Notas Fiscais de Entrada não escrituradas, e informamos a anexação a este PAF de novas planilhas de débito para esta Infração. Remanesce para esta Infração o montante de R\$ 1.292,91.*

”, valor que é superior ao inicialmente cobrado de R\$ 781,32 além de contrariar o demonstrativo elaborado pelo próprio autuante.

Portanto, acato as razões expostas pelo autuante e tenho a infração 07, parcialmente subsistente no valor de R\$ 674,61.

Infração 02 - 001.002.006			Infração 03 - 001.002.026			Infração 04 - 001.002.041		
Período	Valor	Multa %	Período	Valor	Multa %	Período	Valor	Multa %
Jul/16	157,90	60,00	Jul/16	260,59	60,00	Jul/16	239,16	60,00
Ago/16	136,51	60,00	Ago/16	590,94	60,00	Ago/16	17,39	60,00
Set/16	166,21	60,00	Set/16	642,38	60,00	Set/16	58,21	60,00
Out/16	422,47	60,00	Out/16	121,54	60,00	Out/16	72,98	60,00
Nov/16	258,63	60,00	Nov/16	329,76	60,00	Nov/16	13,34	60,00
Dez/16	322,59	60,00	Dez/16	243,20	60,00	Dez/16	1.035,56	60,00
Jan/17	103,33	60,00	Jan/17	229,02	60,00	Jan/17	156,64	60,00
Fev/17	53,94	60,00	Fev/17	207,79	60,00	Fev/17	71,54	60,00
Mar/17	234,77	60,00	Mar/17	127,42	60,00	Mar/17	436,67	60,00
Abr/17	31,92	60,00	Abr/17	202,77	60,00	Abr/17	337,65	60,00
Mai/17	235,63	60,00	Mai/17	101,46	60,00	Mai/17	46,27	60,00
Jun/17	93,74	60,00	Jun/17	65,52	60,00	Jun/17	173,04	60,00
Jul/17	235,96	60,00	Jul/17	208,95	60,00	Jul/17	261,47	60,00
Ago/17	158,27	60,00	Ago/17	333,86	60,00	Ago/17	83,95	60,00
Set/17	340,38	60,00	Set/17	134,19	60,00	Set/17	115,99	60,00
Out/17	67,81	60,00	Out/17	86,40	60,00	Out/17	48,31	60,00
Nov/17	64,92	60,00	Nov/17	131,81	60,00	Nov/17	135,22	60,00
Dez/17	659,61	60,00	Dez/17	158,21	60,00	Dez/17	80,34	60,00
Jan/18	1.532,98	60,00	Jan/18	124,83	60,00	Jan/18	39,56	60,00
Fev/18	192,70	60,00	Fev/18	217,59	60,00	Fev/18	161,76	60,00
Mar/18	59,52	60,00	Mar/18	106,27	60,00	Mar/18	62,31	60,00
Abr/18	105,21	60,00	Abr/18	341,11	60,00	Abr/18	255,71	60,00
Mai/18	146,63	60,00	Mai/18	168,48	60,00	Mai/18	121,09	60,00
Jun/18	134,39	60,00	Jun/18	768,79	60,00	Jun/18	563,37	60,00
Jul/18	187,41	60,00	Jul/18	82,94	60,00	Jul/18	133,99	60,00
Ago/18	159,85	60,00	Ago/18	207,36	60,00	Ago/18	186,23	60,00
Set/18	464,46	60,00	Set/18	231,42	60,00	Set/18	3,77	60,00
Out/18	642,94	60,00	Out/18	318,42	60,00	Out/18	21,74	60,00

Nov/18	211,03	60,00
Dez/18	389,01	60,00
Total	7.970,72	

Nov/18	0,00	60,00
Dez/18	610,85	60,00
Total	7.353,87	

Nov/18	104,62	60,00
Dez/18	50,51	60,00
Total	5.088,38	

Infração 05 - 002.001.003

Período	Valor	Multa %
Jul/16	105,38	60,00
Ago/16	277,82	60,00
Set/16	547,55	60,00
Out/16	585,70	60,00
Nov/16	525,13	60,00
Dez/16	584,14	60,00
Jan/17	423,84	60,00
Fev/17	208,10	60,00
Mar/17	407,89	60,00
Abr/17	525,93	60,00
Mai/17	198,91	60,00
Jun/17	125,77	60,00
Jul/17	62,18	60,00
Ago/17	0,00	60,00
Set/17	0,00	60,00
Out/17	0,00	60,00
Nov/17	0,00	60,00
Dez/17	89,11	60,00
Jan/18	160,79	60,00
Fev/18	97,16	60,00
Mar/18	123,56	60,00
Abr/18	133,86	60,00
Mai/18	122,24	60,00
Jun/18	288,92	60,00
Jul/18	520,85	60,00
Ago/18	535,78	60,00
Set/18	491,34	60,00
Out/18	555,22	60,00
Nov/18	654,96	60,00
Dez/18	711,20	60,00
Total	9.063,32	

Infração 06 - 003.002.002

Período	Valor	Multa %
Jul/16	80,58	60,00
Ago/16	238,11	60,00
Set/16	143,64	60,00
Out/16	234,28	60,00
Nov/16	478,88	60,00
Dez/16	281,85	60,00
Jan/17	256,10	60,00
Fev/17	319,36	60,00
Mar/17	259,96	60,00
Abr/17	104,17	60,00
Mai/17	136,92	60,00
Jun/17	173,53	60,00
Jul/17	301,81	60,00
Ago/17	0,00	60,00
Set/17	0,00	60,00
Out/17	0,00	60,00
Nov/17	0,00	60,00
Dez/17	301,81	60,00
Jan/18	247,77	60,00
Fev/18	209,07	60,00
Mar/18	238,97	60,00
Abr/18	76,16	60,00
Mai/18	147,43	60,00
Jun/18	58,37	60,00
Jul/18	218,55	60,00
Ago/18	93,80	60,00
Set/18	159,73	60,00
Out/18	427,89	60,00
Nov/18	793,77	60,00
Dez/18	978,08	60,00
Total	6.960,61	

Inf. 07 - 016.001.001

Período	Valor
Jan/16	33,81
Fev/16	24,03
Mar/16	20,80
Abr/16	24,40
Mai/16	17,33
Jun/16	30,79
Jul/16	208,81
Ago/16	7,37
Set/16	197,10
Out/16	0,00
Nov/16	13,66
Dez/16	31,70
Jan/17	2,11
Fev/17	6,74
Mar/17	3,74
Abr/17	13,21
Mai/17	1,98
Jun/17	16,31
Jul/17	2,55
Ago/17	2,97
Set/17	5,16
Out/17	5,35
Nov/17	4,68
Dez/17	0,00
Total	674,61

Inf. 08 - 016.001.002

Período	Valor
Jan/16	28,06
Fev/16	93,70
Mar/16	76,52
Abr/16	112,67
Mai/16	72,96
Jun/16	47,03
Jul/16	14,30
Ago/16	65,92
Set/16	22,61
Out/16	61,74
Nov/16	25,75
Dez/16	46,21
Jan/17	15,01
Fev/17	15,83
Mar/17	55,97
Abr/17	204,25
Mai/17	68,72
Jun/17	121,36
Jul/17	58,49
Ago/17	11,23
Set/17	37,78
Out/17	25,93
Nov/17	61,62
Dez/17	0,00
Total	1.343,65

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme resumo.

Infração	Valor Lançado	Valor Julgado	Resultado
01 001.002.002	610,04	610,04	PROCEDENTE
02 001.002.006	20.111,76	7.970,72	PARCIALMENTE PROCEDENTE
03 001.002.026	9.801,73	7.353,87	PARCIALMENTE PROCEDENTE
04 001.002.041	7.328,03	5.088,38	PARCIALMENTE PROCEDENTE
05 002.001.003	17.783,99	9.063,32	PARCIALMENTE PROCEDENTE
06 003.002.002	21.262,14	6.960,61	PARCIALMENTE PROCEDENTE
07 016.001.001	781,32	674,61	PARCIALMENTE PROCEDENTE
08 016.001.002	1.439,36	1.343,65	PARCIALMENTE PROCEDENTE

09	016.001.003	913,01	913,42	PROCEDENTE
	Total	80.031,30	39.978,62	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0042/21-9**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 37.046,94**, 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 da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 2.931,68**, prevista no artigo 42 IX, do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2022.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR