

A. I. N° - 298958.0045/21-8  
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.  
AUTUANTE - JOSMAN FERREIRA CASAES  
ORIGEM - DAT NORTE / IFEP NORTE  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 28/12/2022

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0241-03/22-VD

**EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME. É vedado, pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. b) SAÍDAS SUBSEQUENTES EFETUADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. c) DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Infrações subsistentes de acordo com o levantamento fiscal. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Ficou comprovado que o defendente não destacou o ICMS relativo às operações tributadas. Mantida a exigência fiscal. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Os cálculos foram refeitos pelo Autuante para excluir os valores comprovados pelo Defendente. Infração subsistente em parte. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS PARA O ATIVO FIXO. b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Infração subsistente. 5. MULTA. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. c) SERVIÇO TOMADO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1%, calculada sobre o valor dos documentos fiscais sem o devido registro na escrita fiscal. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada pelo Autuante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Infração subsistente em parte. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.**

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/2021, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$ 59.425,43, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 001.002.006: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro de 2017 a dezembro de 2018. Valor do débito: R\$ 18.078,63. Multa de 60%.

Infração 02 – 001.002.026: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, no período de janeiro de 2017 a dezembro de 2018. Valor do débito: R\$ 3.722,41. Multa de 60%.

Infração 03 – 001.002.041: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos meses de janeiro a dezembro de 2017; janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2018. Valor do débito: R\$ 8.617,07. Multa de 60%.

Infração 04 – 002.001.003: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro, fevereiro, março e dezembro de 2017; janeiro a dezembro de 2018. Valor do débito: R\$ 7.368,19. Multa de 60%.

Infração 05 – 003.002.002: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a março e dezembro de 2017; janeiro a dezembro de 2018. Valor do débito: R\$ 18.947,78. Multa de 60%.

Infração 06 – 06.01.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de março e dezembro de 2017. Valor do débito: R\$ 395,37. Multa de 60%.

Infração 07 – 06.02.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a março, julho a novembro de 2017; fevereiro, abril, agosto a dezembro de 2018. Valor do débito: R\$ 373,04. Multa de 60%.

Infração 08 – 016.001.001: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, julho, agosto e novembro de 2017. Multa de 1% sobre o valor dos documentos fiscais, totalizando R\$ 119,38.

Infração 09 – 016.001.002: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a novembro de 2017. Multa de 1% sobre o valor dos documentos fiscais, totalizando R\$ 676,34.

Infração 10 – 16.01.06: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2017; janeiro a dezembro de 2018. Multa de 1% sobre o valor dos documentos fiscais, totalizando R\$ 1.127,22.

O autuado, por meio de advogada, apresentou impugnação às fls. 22 a 29 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa, faz uma síntese da autuação e alega, quanto à Infração 01, que foram incluídos na acusação de crédito indevido 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 elabora quadro indicando algumas mercadorias tributadas no regime normal e que estão incluídas no levantamento da acusação fiscal de crédito indevido de substituição tributária.

Informa que a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que foram incluídas na infração está na planilha “Infração 01 Defesa”, à impugnação (Doc. 3).

Destaca que a planilha acima referida foi elaborada com base no arquivo de levantamento do lançamento e que é parte integrante do auto de infração. Portanto, as mercadorias nela indicadas são exatamente as autuadas.

Diz que a medida que se impõe é a reforma da infração, determinando-se a exclusão do levantamento dos períodos decaídos e das mercadorias tributadas pelo regime normal.

INFRAÇÃO 02: Diz que ao apurar o valor da exigência consubstanciada nesta Infração, foram

incluídos na acusação de crédito indevido mercadorias tributadas no regime normal do ICMS sem qualquer isenção, fato que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal.

Informa que a título de amostragem, elaborou planilha indicando algumas mercadorias tributadas no regime normal e que estão incluídas no levantamento da acusação fiscal de crédito indevido de substituição tributária.

Também alega que foram autuadas mercadorias cujo crédito foi devidamente estornado na apuração do imposto. A relação completa das mercadorias que devem ser excluídas desta infração está na planilha “Infração 02 Defesa”, anexa à impugnação (Doc. 3).

Destaca que a planilha acima referida foi elaborada com base no arquivo de levantamento do lançamento e que é parte integrante do auto de infração. Portanto, as mercadorias nela indicadas são exatamente as autuadas. Sendo assim, a medida que se impõe é a reforma da infração, determinando-se a exclusão do levantamento dos períodos decaídos e das mercadorias tributadas pelo regime normal.

INFRAÇÃO 03: Diz que ainda está levantando informações e documentos que certamente demonstrarão a improcedência desta 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.

INFRAÇÃO 04: Alega que foram incluídas na acusação de falta de recolhimento do imposto, mercadorias tributadas na substituição tributária, o que torna indevido o lançamento ora em análise.

Ressalta que as mercadorias incluídas na substituição tributária, estão classificadas nas posições NCM nºs 19052090 e 19059090, que passaram a ser tributadas pelo regime a partir de 01/06/2018. Sendo assim, a medida que se impõe é a reforma desta infração, determinando-se a exclusão do levantamento dos períodos decaídos e das mercadorias tributadas.

INFRAÇÃO 05: Alega 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. Explica: No levantamento fiscal da infração, 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.

Informa que a título de amostragem, elaborou planilha indicando algumas mercadorias que não estão incluídas no referido Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016, não podendo ser exigido o adicional.

Diz que a relação completa das mercadorias que estão fora do Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016, está na planilha “Infração 05 Defesa”, que segue anexa à presente impugnação (Doc. 3).

Destaca que a planilha acima referida foi elaborada com base no arquivo de levantamento do lançamento e que é parte integrante do auto de infração. Portanto, as mercadorias nela indicadas são exatamente as autuadas.

Sendo assim, a medida que se impõe é a reforma desta infração, determinando-se a exclusão das mercadorias indevidamente incluídas no levantamento que embasou a exigência.

INFRAÇÕES 06, 07, 08 e 09: 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.

INFRAÇÃO 10: Alega que foram incluídos documentos fiscais efetivamente escriturados no livro Registro de Entrada – RE, conforme demonstram os dados contidos na planilha em formato Excel (Doc. 3) que acompanha a (arquivo denominado “Infração 10 Defesa”).

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

Nos termos do art. 137, I, 'a', do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) e conforme demonstrado, diz que a realização de diligência fiscal se faz extremamente necessária para demonstração da improcedência do auto de infração, pois 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.

Diante do que foi exposto e certo da necessidade do deferimento da diligência fiscal ora requerida, informa que apresentará seus quesitos na ocasião da elaboração da revisão do trabalho fiscal.

Por todas as razões aqui expostas, requer a realização de Diligência Fiscal, através de Auditor Fiscal integrante da ASTEC do CONSEF, com exame das planilhas constantes do arquivo anexado à defesa (Doc. 3), dos documentos adicionais bem como dos quesitos que serão disponibilizados na fase da diligência;

Após a diligência, confirmadas as razões de fato e de direito que compõem as alegações de defesa aqui expostas, requer seja dado integral provimento à Impugnação Administrativa, com o consequente cancelamento do auto de infração e da exigência nele contida.

O autuante presta informação fiscal às fls. 66 a 79 dos autos. Reproduz as infrações e faz uma síntese das alegações defensivas. Diz que em relação à Infração 01, o Autuado afirma que foram incluídos no levantamento fiscal créditos referentes a mercadorias tributadas no regime normal do ICMS, indicando a título de amostragem algumas mercadorias tributadas no referido regime.

Analisa individualmente cada produto apontado pela Defesa, informando em todos eles que estão enquadrados no regime de substituição tributária, por isso, mantém a autuação fiscal para cobrança em seu montante integral.

INFRAÇÃO 02: Quanto aos produtos contestados pelo Autuado, informa que em relação ao AMENDOIM CRU COM CASCA KG – Produto “in natura”, sem qualquer beneficiamento, portanto isento do ICMS, conforme art. 14, Inciso I do RICMS-BA/97, que transcreveu.

Em relação a BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 – Produto isento, informa que se trata de bobinas com sacos plásticos disponíveis na seção de hortifrutigranjeiros dos mercados e supermercados para acondicionarem frutas e verduras, produtos beneficiados com isenção, portanto, o produto acessório (bobinas com sacos plásticos) acompanha a tributação do produto principal.

Sobre ERVILHA FRESCA BONDUELLE 200G – Produto isento, diz que é mercadoria em estado “fresca”, portanto, produto beneficiado pela isenção. Mantém a cobrança integral do débito apurado nesta infração.

INFRAÇÃO 03: Registra que o Defendente afirmou ainda estar levantando informações e documentos para demonstrar a improcedência desta infração. Sendo assim, mantém a exigência fiscal em seu montante integral.

INFRAÇÃO 04: Diz que o Defendente alegou que algumas mercadorias estão classificadas nas posições de NCM 19052090 e 19059090, que passaram a ser tributadas pelo regime da substituição tributária a partir de 01/06/2018.

Quanto à mercadoria NCM 19052090 – TORTAS, produto industrializado e tributado normalmente pelo ICMS, não estando enquadrado no regime da substituição tributária.

NCM 19059090 – PIZZAS PRONTAS DIVERSAS, produto industrializado, com recheios diversos, não está enquadrado no regime da substituição tributária. Mantém a autuação fiscal em sua integralidade.

INFRAÇÃO 05: Reproduz a alegação defensiva de que está sendo exigido o adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza com relação a mercadoria que está fora do Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016.

Comenta sobre cada produto contestado pelo Autuado e diz que reconhece como procedente em parte as alegações defensivas, uma vez que identificou nas planilhas de débito, mercadorias que estão fora do Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016, e que foi indevidamente aplicada alíquota em montante superior ao permitido pela legislação do ICMS.

Também informa que foram refeitas as planilhas levando em consideração tais produtos, anexado ao presente processo essas novas planilhas, remanescendo um crédito tributário no valor total de R\$ 10.171,70.

INFRAÇÃO 06, 07, 08 E 09: Reproduz a informação do Autuado de que ainda está levantando informações e documentos para demonstrar a improcedência da infração. Mantém a cobrança em seu montante integral.

INFRAÇÃO 10: Reconhece em parte as alegações defensivas quanto às Notas Fiscais de números 3660, 117050, 27891, 113280 e 27816, informando a exclusão destas da planilha de débito. Mantém a cobrança quanto às demais notas fiscais de entrada não escrituradas e informa que anexou ao presente PAF as novas planilhas de débito, remanescendo o montante de R\$ 1.108,29.

Diante do acatamento parcial das alegações defensivas e efetuados os expurgos pertinentes, relativamente às infrações 05 e 10, ficou reduzido o débito total apurado para R\$ 50.630,42.

O Defendente foi intimado sobre a informação fiscal e apresentou manifestação às fls. 87 a 89 do PAF, afirmando quanto à Infração 01, que a Defesa demonstra a improcedência da autuação e reitera que há necessidade de elaboração de novo levantamento, pois permanecem na autuação, indicação de 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.

A título de exemplo e em contraponto do que foi afirmado na informação fiscal, diz que o Autuante entende que amendoim e castanha, produtos incluídos na substituição tributária, seriam o mesmo que amêndoa. Todavia, não é.

Diz que a mercadoria amêndoa é tributada pelo regime normal, não se enquadrando na substituição tributária, como entende a Fiscalização. O mesmo ocorre com os demais produtos mantidos no lançamento, os quais também não são tributados pelo regime de substituição tributária. Sendo assim, reitera a necessidade de elaboração de novo levantamento fiscal, visando a exclusão das mercadorias tributadas no regime normal.

INFRAÇÃO 02: Alega que ao elaborar o levantamento fiscal da infração em referência, o Auditor Fiscal ignorou o fato de que diversas mercadorias 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, indicou algumas mercadorias tributadas no regime normal e que estão incluídas no levantamento da acusação fiscal de crédito indevido de substituição tributária:

- ERVILHA FRESCA BONDUELLE 200G: alimento enlatado. Tributado Normal - 18%. Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96
- BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M: Apenas saco de lixo fazia parte do ST. Tributado Normal - 18%. Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.

Informa que a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que remanescem no levantamento da infração 02 está na planilha "Infração 02 - Defesa", gravada no CD anexo à impugnação. Sendo assim, pugna pela elaboração de novo levantamento fiscal, para que sejam excluídas todas as mercadorias tributadas no regime normal.

INFRAÇÃO 04: Alega que o Autuante desconsiderou a indicação de mercadorias tributadas na substituição tributária, rebatendo que essas estariam incluídas no rol de produtos com tributação normal, o que de fato não estão. Sendo assim, requer a elaboração de revisão do levantamento fiscal da infração em tela para que seja considerada a tributação correta para o crédito referente a tais mercadorias.

INFRAÇÃO 05: Manifesta sua parcial concordância com a conclusão da informação fiscal para esta infração, afirmando que deve ainda ser excluído o valor de R\$ 303,76 do montante remanescente do lançamento dessa infração.

INFRAÇÃO 10: Manifesta sua concordância com a conclusão da Informação Fiscal para esta infração.

Por todas as razões aqui expostas, reitera os pedidos com relação ao quanto não acatado na informação fiscal e pugna pela improcedência da autuação.

Nova Informação Fiscal foi prestada pelo Autuante às fls. 95 a 101. Quanto à Infração 01, reproduz a alegação do Defendente e menciona a discordância quanto ao amendoim e castanha, produtos incluídos na substituição tributária, seriam o mesmo que amêndoa.

Reproduz a alegação de que a mercadoria amêndoa é tributada pelo regime normal, não se enquadrando na substituição tributária, como entende a Fiscalização, o mesmo ocorrendo com os demais produtos mantidos no lançamento, os quais também não são tributados pelo regime da substituição tributária.

Para esta infração, diz que mantém a informação fiscal às fls. 66 a 81, com a cobrança em seu montante integral.

INFRAÇÃO 02: Reproduz a alegação defensiva de que o Autuante ignorou o fato de que diversas mercadorias são tributadas pelo regime normal de ICMS, estando fora de qualquer regra de isenção ou redução, o que autoriza o creditamento do imposto integral destacado no documento fiscal.

Informa as mercadorias que o Autuado discorda e ratifica a informação fiscal prestada às fls. 66 a 81, com a cobrança em seu montante integral.

INFRAÇÃO 04: Diz que o Defendente alegou que o Autuante desconsiderou a indicação de mercadorias tributadas na substituição tributária, rebatendo que essas estariam incluídas no rol de produtos com tributação normal. Em nova manifestação, o Autuado não menciona que mercadorias seriam essas. Mantém esta infração para cobrança em seu montante integral.

INFRAÇÃO 05: Diz que o Autuado manifesta sua concordância parcial, com a conclusão de que deve ainda ser excluído o valor de R\$ 306,76 do débito remanescente. Entretanto, o Defendente não menciona a que se refere o montante.

INFRAÇÃO 10: Registra que o Contribuinte manifesta sua concordância com a conclusão da Informação Fiscal para esta Infração.

Por fim, esclarece que diante do acatamento parcial das alegações defensivas, efetuou os expurgos pertinentes, relativamente às Infrações 05 e 10, com o refazimento dos demonstrativos de débito para as mesmas, reduzido o débito total apurado para R\$ 50.630,42.

À fl. 105 essa Junta de Julgamento Fiscal deliberou por converter o presente processo em diligência, para o AUTUANTE:

1. Quanto à Infração 01, observar que a descrição da mercadoria deve corresponder ao que está previsto na legislação correlacionando com os códigos de NCM (*amendoim*), devendo observar a legislação vigente à época dos fatos.

2. Em relação à Infração 02, apurar se a ervilha enlatada foi objeto de industrialização ou mantém o estado natural, conforme previsto na legislação. Quanto à bobina plástica, apurar se é utilizada para embalagem de mercadorias do regime normal de apuração do ICMS.
3. Sobre a Infração 05, intimar o defendente para indicar a que se refere o valor de R\$ 306,76, alegado na última manifestação apresentada. Se comprovada a alegação defensiva, excluir do levantamento fiscal.

O Defendente apresentou manifestação às fls. 108/109, informando, em relação à infração 05, que o valor exposto na manifestação anterior, correspondente a R\$ 303,76, diferentemente do que consta na intimação, qual seja R\$ 306,76.

Reitera a concordância parcial com a conclusão da Informação Fiscal, esclarecendo que o valor de R\$ 303,76 corresponde a diferença do crédito que ainda necessita ser excluído do montante remanescente da autuação.

Diz que essa diferença corresponde a tributação de produtos que não constam na Instrução Normativa nº 05/2016 e que não foram excluídos do levantamento fiscal.

Informa que não recebeu a planilha da informação fiscal em relação a essa infração, ficando impossibilitado de indicar quais são efetivamente as mercadorias que compõem o saldo a excluir no montante de R\$ 303,76.

Em atendimento à diligência solicitada, o Autuante prestou Informação Fiscal às fls. 114/115, informando quanto à Infração 01, que não encontrou nas planilhas de débito para esta infração nenhum produto ou mercadoria com o código NCM (amendoim).

Em relação à Infração 02, informa que o produto ERVILHA FRESCA BONDUELLE 200G. não é enlatado, e sim, ensacado, em estado natural, ao contrário da ervilha enlatada, que passa por processo de industrialização, conforme comprovam as imagens anexadas a este PAF, tanto da ERVILHA FRESCA BONDUELLE 200G, quanto de ervilhas frescas de outras marcas.

Quanto ao produto BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34x45x015m, diz que as mesmas são utilizadas para acondicionar frutas e verduras do setor de HORTIFRUTI dos mercados e supermercados, conforme comprovam as imagens gravadas em mídia CD anexado a este PAF e extraída da internet.

Sobre a Infração 05, informa que após intimado para se manifestar sobre o valor de R\$ 303,76, conforme determinado por essa JJF, o Defendente se manifestou às fls. 108 a 111.

Reproduz as alegações defensivas e diz que razão não cabe ao Impugnante, uma vez que o mesmo foi notificado e recebeu cópia das planilhas em Excel, referentes à Infração 05, conforme pode ser comprovado às fls. 61 a 63 e 82 a 84 deste PAF.

Diz que o Autuado tomou ciência da lavratura do Auto de Infração, tendo recebido todas as planilhas que integram este PAF, através de DT-e. Em 01/10/2021 tomou ciência da Informação Fiscal, também recebendo todas as novas planilhas de débito que foram anexadas ao PAF, também através de DT-e.

Informa, ainda, que após nova análise das planilhas referentes a esta infração, não identificou qualquer mercadoria que não consta na Instrução Normativa nº 05/2016, e que ainda estejam incluídas nas referidas planilhas. Remanesce para esta infração um crédito tributário no montante de R\$ 10.171,70.

Em nova manifestação, o Defendente reitera que em relação ao valor objeto de esclarecimentos da Infração 05, refere-se a diferença do crédito tributário que entende ser devido e que ainda necessita ser excluído valor do montante remanescente.

Disse que apresentou defesa alegando a improcedência parcial da infração no valor de R\$ 9.079,84 e na informação fiscal foi acatada a improcedência de R\$ 8.776,08, o que representa a diferença de R\$ 303,76.

Afirmou que não recebeu a planilha da informação fiscal com relação a essa infração, por isso, ficou impossibilitado de indicar quais são efetivamente as mercadorias que compõem o referido saldo de R\$ 303,76.

À fl. 131 essa Junta de Julgamento Fiscal deliberou por converter o presente processo em nova diligência Infaz de origem para as seguintes providências:

1. intimasse o Autuado e fornecesse cópia da Informação Fiscal (CD ROM à fl. 81), solicitando que o Defendente informasse a que se refere o valor de R\$ 303,76, alegado na manifestação apresentada.
2. Se atendida a solicitação, encaminhasse o PAF ao Autuante para analisar a comprovação apresentada, excluindo os valores comprovados.

Em seguida, a Inspeção Fiscal providenciasse a entrega ao autuado de cópia de todos os elementos que fossem anexados aos autos pelo Autuante em cumprimento à diligência. Na intimação ao sujeito passivo, concedesse o prazo de dez dias para manifestação.

O Defendente foi intimado conforme fls. 134/136 e apresentou manifestação à fl. 139 afirmando que em relação à Infração 05, analisando o novo demonstrativo elaborado na diligência, não foi possível indicar com precisão quais mercadorias compõem o valor controverso no montante de R\$ 303,76.

Requer seja dado provimento à impugnação para excluir da infração as mercadorias que comprovadamente estão fora do Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016 a exclusão do levantamento dos períodos decaídos e das mercadorias tributadas pelo regime normal.

#### **VOTO**

Inicialmente, constato que o presente Auto de Infração está embasado nos demonstrativos elaborados pelo autuante e foram fornecidas ao Defendente cópias dos mencionados demonstrativos, não foi identificado qualquer prejuízo para a Defesa, as infrações apuradas foram descritas de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante o levantamento acostado aos autos, que é de fácil entendimento quanto ao método de apuração do imposto exigido, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade deste lançamento.

O Defendente afirmou que a realização de diligência fiscal se faz extremamente necessária para demonstração da improcedência do auto de infração.

Fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, “a” e “b” do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência, em vista das provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de nova diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

Quanto ao mérito, a Infração 01 trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro de 2017 a dezembro de 2018.

O Defendente alegou que foram incluídos na acusação de crédito indevido mercadorias tributadas no regime normal do ICMS, as quais estão fora do regime da substituição tributária. A título de amostragem elaborou quadro indicando algumas mercadorias tributadas no regime normal e que estão incluídas no levantamento fiscal.



O Autuante analisou individualmente cada produto apontado pela Defesa, informando em todos eles que estão enquadrados no regime de substituição tributária, por isso, manteve a autuação fiscal para cobrança em seu montante integral.

Em contraponto, na manifestação apresentada às fls. 87/89, o Defendente alegou que o Autuante entende que amendoim e castanha, produtos incluídos na substituição tributária, seriam o mesmo que amêndoa. Todavia, não é.

Disse que a mercadoria amêndoa é tributada pelo regime normal, não se enquadrando na substituição tributária, como entende a Fiscalização. O mesmo ocorre com os demais produtos mantidos no lançamento, os quais também não são tributados pelo regime de substituição tributária. Sendo assim, reiterou a necessidade de elaboração de novo levantamento fiscal, visando a exclusão das mercadorias tributadas no regime normal e a exclusão do levantamento dos períodos decaídos

Observo que no levantamento fiscal constam mercadorias enquadradas na substituição tributária, a exemplo de mistura para bolo, peito de frango, absorvente, fraldas, castanha de caju 100g, amendoim sache 100g, castanha salgada e doce 100g.

Em relação ao amendoim e castanhas, cuja inclusão no levantamento fiscal foi questionada pelo Defendente, essas mercadorias se encontram no item 11.11 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012 (Amendoim e castanhas tipo aperitivo).

Sobre o pedido para a exclusão no levantamento fiscal dos períodos decaídos, observo que no presente processo constam fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2017 e o Auto de Infração foi lavrado em 29/06/2021, tendo como data de ciência 05/07/2021. Neste caso, os fatos geradores apurados não foram atingidos pela decadência.

Quanto ao direito e escrituração do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, o contribuinte deve observar o que preceitua a legislação tributária, inclusive os limites ou condições para utilização de créditos fiscais.

Conforme estabelece o art. 290 do RICMS-BA/12, “*Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária*”.

No presente PAF, com base na descrição feita no levantamento fiscal (CD-ROM à fl. 19) e nas informações do Autuado, inclusive, em cumprimento à diligência encaminhada por esta JJF, de acordo com análise efetuada no levantamento fiscal, foi verificado que as mercadorias objeto da glosa do crédito estão enquadradas no regime de substituição tributária. Mantida a exigência fiscal.

Infração 02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, no período de janeiro de 2017 a dezembro de 2018.

O Autuado alegou que foram incluídos na acusação de crédito indevido mercadorias tributadas no regime normal do ICMS sem qualquer isenção, fato que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal. A título de amostragem, elaborou planilha indicando algumas mercadorias tributadas no regime normal incluídas no levantamento fiscal.

Também alegou que foram autuadas mercadorias cujo crédito foi devidamente estornado na apuração do imposto.

Na informação fiscal, o Autuante informou em relação ao AMENDOIM CRU COM CASCA KG, é um produto “in natura”, sem qualquer beneficiamento, portanto isento do ICMS.

Quanto à BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 – Produto isento, informa que se trata de bobinas com sacos plásticos disponíveis na seção de hortifrutigranjeiros dos mercados e supermercados para acondicionarem frutas e verduras, produtos beneficiados com isenção, portanto, o produto acessório (bobinas com sacos plásticos) acompanha a tributação do produto principal.

Sobre ERVILHA FRESCA BONDUELLE 200G – Produto isento, diz que é mercadoria em estado “fresca”, portanto, produto beneficiado pela isenção.

Na manifestação apresentada, o Defendente manteve a alegação de que diversas mercadorias 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, indicou algumas mercadorias que estão incluídas no levantamento da acusação fiscal de crédito indevido de substituição tributária:

- ERVILHA FRESCA BONDUELLE 200G: alimento enlatado. Tributado Normal - 18%. Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96
- BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M: Apenas saco de lixo fazia parte do ST. Tributado Normal - 18%. Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.

Na última informação fiscal, o Autuante informou que o produto ERVILHA FRESCA BONDUELLE 200G. não é enlatado, e sim, ensacado, em estado natural, ao contrário da ervilha enlatada, que passa por processo de industrialização, conforme comprovam as imagens anexadas a este PAF, tanto da ERVILHA FRESCA BONDUELLE 200G, quanto de ervilhas frescas de outras marcas.

Quanto ao produto BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34x45x015m, disse que as mesmas são utilizadas para acondicionar frutas e verduras do setor de HORTIFRUTI dos mercados e supermercados, conforme comprovam as imagens gravadas em mídia CD anexado a este PAF e extraída da internet.

Vale salientar, que ao tratar da vedação à utilização de créditos fiscais, o RICMS/BA/2012, no art. 310, Inciso I, alínea “a”, prevê que é vedado ao contribuinte creditar-se do imposto relativo à aquisição ou a entrada de mercadorias e serviços tomados para integração, consumo ou emprego na comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, quando a operação subsequente de que decorrer a saída da mercadoria ou do produto resultante ou quando a prestação subsequente do serviço não forem tributadas ou forem isentas do imposto.

Entendo que a simples escrituração do crédito fiscal que a empresa não tinha direito configura utilização indevida, e ficou comprovado que o Autuado apropriou na sua conta corrente fiscal, créditos de ICMS não permitidos pela legislação do imposto, conforme apurado no levantamento fiscal. Infração subsistente.

Infração 03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos meses de janeiro a dezembro de 2017; janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2018.

O Defendente informou que ainda está levantando informações e documentos que certamente demonstrarão a im procedência da autuação fiscal, 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.

Observe que o Contribuinte tem direito de, a qualquer tempo no curso do processo administrativo fiscal, apresentar documentos que são analisados, em homenagem aos princípios da verdade material e do informalismo previstos o art. 2º do RPAF/99. Entretanto, não é razoável que o órgão julgador fique aguardando por tempo indeterminado que o contribuinte comprove o que alegou, inclusive, porque se deve cumprir os prazos processuais. Mantida a exigência fiscal.

Infração 04: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro, fevereiro, março e dezembro de 2017; janeiro a dezembro de 2018.

O Autuado alegou que foram incluídos na acusação de falta de recolhimento do imposto, mercadorias tributadas na substituição tributária, o que torna indevido o lançamento ora em análise. As mercadorias incluídas na substituição tributária, estão classificadas nas posições NCM nºs 19052090 e 19059090, que passaram a ser tributadas pelo regime a partir de 01/06/2018.

Quanto à mercadoria NCM 19052090 – TORTAS, o Autuante informou que é produto industrializado e tributado normalmente pelo ICMS, não estando enquadrado no regime da substituição tributária.

Sobre a mercadoria NCM 19059090 – PIZZAS PRONTAS DIVERSAS, afirmou que é produto industrializado, com recheios diversos, não está enquadrado no regime da substituição tributária.

Na manifestação (fls. 87/89) apresentada após a Informação fiscal, o Defendente afirmou que o Autuante desconsiderou a indicação de mercadorias tributadas na substituição tributária, rebatendo que essas estariam incluídas no rol de produtos com tributação normal, o que de fato não estão. Sendo assim, requer a elaboração de revisão do levantamento fiscal da infração em tela para sejam consideradas a tributação correta para o crédito referente a tais mercadorias.

Vale salientar, que a legislação indica a descrição dos produtos que deve ser analisada em conjunto com a posição do código de NCM. A descrição constante nos documentos fiscais objeto da autuação deve corresponder ao que está previsto na legislação correlacionando com os códigos de NCM, levando à conclusão de que os produtos se encontram, ou não, enquadrados na substituição tributária.

Assim, entendo que está caracterizada a infração apontada nos autos, sendo devido o imposto apurado pelo autuante no levantamento fiscal.

Infração 05: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a março e dezembro de 2017; janeiro a dezembro de 2018.

O Autuado afirmou que no levantamento fiscal, 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.

A título de amostragem, elaborou planilha indicando algumas mercadorias que não estão incluídas no referido Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016, não podendo ser exigido o adicional.

O Autuante reconheceu como procedente em parte as alegações defensivas, informando que identificou nas planilhas de débito, mercadorias que estão fora do Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016, e que foi indevidamente aplicada alíquota em montante superior ao permitido pela legislação do ICMS.

Também informou que foram refeitas as planilhas levando em consideração tais produtos, anexado ao presente processo essas novas planilhas, remanescendo um crédito tributário no valor total de R\$ 10.171,71.

Na manifestação às fls. 89/90, o Defendente informou que concorda em parte com a conclusão da informação fiscal para esta infração, afirmando que deve ainda ser excluído o valor de R\$ 303,76 do montante remanescente do lançamento dessa infração.

O Autuado afirmou que essa diferença corresponde a tributação de produtos que não constam na Instrução Normativa nº 05/2016 e que não foram excluídos do levantamento fiscal.

Na última informação fiscal o Autuante esclareceu que após nova análise das planilhas referentes a esta infração, não identificou qualquer mercadoria que não consta na Instrução Normativa nº

05/2016, e que ainda estejam incluídas nas referidas planilhas. Remanesce para esta infração um crédito tributário no montante de R\$ 10.171,71.

Na informação fiscal às fls. 95/101, o Autuante ressaltou que o Defendente manifestou sua concordância parcial, com a informação, e que deve ainda ser excluído o valor de R\$ 303,76 do débito remanescente. Entretanto, o Impugnante não mencionou especificamente a que se refere o montante alegado.

Acato os novos demonstrativos elaborados na informação fiscal, e voto pela subsistência parcial deste item do presente lançamento, no valor total de R\$ 10.171,71, sendo R\$ 5.558,32 (2017) e R\$ 4.613,38 (2018) conforme demonstrativo constante no CD ROM à fl. 81 do PAF.

Infração 06 – 06.01.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de março e dezembro de 2017.

Infração 07 – 06.02.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a março, julho a novembro de 2017; fevereiro, abril, agosto a dezembro de 2018.

Infração 08 – 016.001.001: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, julho, agosto e novembro de 2017. Multa de 1% sobre o valor dos documentos fiscais, totalizando R\$ 119,39.

Infração 09 – 016.001.002: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a novembro de 2017. Multa de 1% sobre o valor dos documentos fiscais, totalizando R\$ 676,35.

Nas razões de defesa, o Autuado informou que ainda está levantando informações e documentos que certamente demonstrarão a improcedência da infração.

Como já mencionado na Infração 03, não é razoável que o órgão julgador fique aguardando o contribuinte comprovar o que alegou a qualquer tempo, inclusive, porque se deve cumprir os prazos processuais. A impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada das provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações (art. 123 do RPAF-BA/2012).

Nos termos do art. 140 do mencionado Regulamento, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar o conjunto das provas. Assim, considero procedentes os itens desacompanhados de provas para elidir, haja vista que não existe controvérsia a ser decidida.

Infração 10 – 16.01.06: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2017; janeiro a dezembro de 2018. Multa de 1% sobre o valor dos documentos fiscais, totalizando R\$ 1.127,22.

O Autuado alegou que foram incluídos documentos fiscais efetivamente escriturados no livro Registro de Entrada – RE, conforme demonstram os dados contido na planilha em formato Excel (Doc. 3) que acompanha a (arquivo denominado “Infração 10 Defesa”).

Autuante reconheceu em parte as alegações defensivas quanto às Notas Fiscais de números 3660, 117050, 27891, 113280 e 27816, informando a exclusão destas da planilha de débito. Manteve a cobrança quanto às demais notas fiscais de entrada não escrituradas e anexou ao presente PAF as novas planilhas de débito, remanescendo o montante de R\$ 1.108,28.

O Contribuinte manifestou sua concordância com a conclusão da Informação Fiscal para esta infração. Dessa forma, considero cessada a lide, e esta infração subsiste parcialmente, no valor total de R\$ 1.108,29, conforme demonstrativo à fl. 81.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

<i>INFRAÇÃO Nº</i>	<i>CONCLUSÃO</i>	<i>IMPOSTO</i>	<i>MULTA</i>
01	PROCEDENTE	18.078,63	
02	PROCEDENTE	3.722,41	
03	PROCEDENTE	8.617,07	
04	PROCEDENTE	7.368,19	
05	PROCEDENTE EM PARTE	10.171,71	
06	PROCEDENTE	395,37	
07	PROCEDENTE	373,04	
08	PROCEDENTE		119,39
09	PROCEDENTE		676,35
10	PROCEDENTE EM PARTE		1.108,28
<b>TOTAL</b>	-	<b>48.726,42</b>	<b>1.904,02</b>

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0045/21-8**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 48.726,42**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e “f” e VIII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 1.904,02** prevista no art. 42, inciso IX da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2022

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA