

PROCESSO	- A. I. N° 298958.0044/21-1
RECORRENTE	- CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4 ^a JJF n° 0092-04/22-VD
ORIGEM	- DAT NORTE / IFEP
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 20/04/2023

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0077-11/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS. **a)** SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração parcialmente elidida. **b)** SAÍDAS SUBSEQUENTES COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. Infração parcialmente elidida. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. MERCADORIAS TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. Acolhida a alegação de decadência. Excluídas as mercadorias bobina plástica e ervilha, em estado natural. Infração parcialmente elidida. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. As razões de defesa não infirmam a decisão de piso. Item subsistente parcialmente. 4. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Acolhida a alegação de decadência. Infração parcialmente elidida. 5. MULTA. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. **c)** MERCADORIA SUJEITA e NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Itens mantidos. Rejeitadas as arguições de decadência. Indeferido o pedido de diligência. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 4^a JJF N° 0092-04/22-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/06/2021, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$127.170,00, em razão de nove infrações distintas, sendo objeto do presente recurso apenas as infrações nº 01, 02, 04, 05, 06, 07 e 08, descritas a seguir.

Infração 01 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, no valor de R\$ 17.447,97;

Infração 02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias c saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, no valor de R\$ 16.361,66.

*...
Infração 04 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escriturada, no valor de R\$ 19.112,56.*

Infração 05 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor de R\$ 63.128,88.

Infração 06 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento no valor de R\$ 306,98;

Infração 07 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 859,29;

Infração 08 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 1.894,98.

...

Após a devida instrução processual, a 4^a Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência Parcial (folhas 153/166), por unanimidade, nos termos a seguir.

“VOTO”

O presente Auto de infração, lavrado em 27/12/2015, diz respeito à exigência de ICMS mais multas por descumprimento de obrigação acessórias no valor total de R\$ 112.818,99, em face das seguintes acusações:

Infração 01 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, no valor de R\$ 17.447,97;

Infração 02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias e saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, no valor de R\$ 16.361,66.

Infração 03 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, no valor de R\$ 7.718,53.

Infração 04 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escriturada, no valor de R\$ 19.112,56.

Infração 05 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor de R\$ 63.128,88.

Infração 06 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento no valor de R\$ 306,98;

Infração 07 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 859,29;

Infração 08 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 1.894,98.

Infração 09 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal no valor de R\$ 339,15.

No que concerne ao pedido de realização de diligência a ser realizado pela ASTEC, considero que os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação de meu convencimento, na qualidade de julgadora deste processo administrativo fiscal, razão pela qual tal pleito fica indeferido, com base no art. 147, inciso I do RPAF/99.

O sujeito passivo requereu a declaração de decadência dos fatos geradores ocorridos anteriormente a 28/06/2016, com base /no artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

Conforme estabelece o art. 150 do CTN, “O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa”.

O § 4º estabelece que “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”. Neste caso, a contagem do prazo de decadência é a partir do fato gerador do tributo.

Por outro lado, de acordo com o art. 173, I do CTN, “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

Durante muito tempo, inclusive à época da lavratura do Auto de Infração, ocorrido em 27/12/2015, subsistiu a discussão acerca de qual seria o entendimento frente a questões de tal natureza, para reconhecimento ou não da existência da decadência: se deveria ser aplicado o disposto no artigo 173, inciso I, ou o artigo 150 § 4º do CTN.

Tendo em vista as recorrentes decisões do STJ e a interpretação construída na elaboração da Súmula Vinculante nº 8 do STF a PGE/PROFIS, promoveu uniformização de sua orientação jurídica acerca de alguns

temas, dentre estes a questão da decadência, com emissão de parecer em Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0, nos seguintes termos:

1 - 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 corresponderia às operações declaradas.

2 - O entendimento firmado deve ser aplicado apenas aos fatos geradores ocorridos posteriormente a 12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante nº 08 pelo STF. Antes desta data, como não havia provimento judicial definitivo e vinculante acerca da questão, não dispunha a Administração de substrato jurídico que lhe autorizasse negar aplicação à norma do art. 107-B, 9º 5º, do COTEB, então válida, vigente e eficaz.

3 - 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. 150, 4º, 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.

As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, 4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no art. 173, inc. I, do mesmo Código. Nessa esteira, ainda quando tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, há casos específicos em que o prazo decadencial deverá ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorrido o fato gerador.

Assim o será, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas, que se poderá ter por caracterizada a hipótese de fraude ou simulação. De igual forma, quando se verifique o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos, a situação poderá se subsumir a hipótese de dolo, fraude ou simulação. Revela-se, portanto, a importância da análise do caso concreto, para fins de adequada definição do critério de contagem do prazo decadencial. Ademais, para identificação do marco temporal concernente à data em que “o lançamento poderia ter sido efetuado” (art. 173, I CTN) -, é mister seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação.

No caso presente, vejo que as questões debatidas nestes autos se amoldam, em parte, à regra prevista pelo Art. 150, § 4º do CTN, vez que em relação às infrações 01, 02, 03 e 05 o autuado declarou o imposto, apurado mediante interpretação da norma tributária pelo próprio e o pagamento foi efetuado de acordo com o valor lançado.

O fato da fiscalização ter apurado a posteriori valor que entendeu ter contribuído para ocorrer o recolhimento a menos do imposto por erro na determinação do valor da base de cálculo, não autoriza o lançamento do imposto com base na regra do Art. 173, I do CTN, já que não houve débito declarado e não pago e não há qualquer indício nos autos, de que o Recorrente tenha agido com dolo, fraude ou simulação, quanto a débito declarado e pago, integral ou parcialmente.

Isto posto, com lastro no entendimento da PGE/PROFIS consignado através do Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0 retro transcrito, acolho a prejudicial de mérito suscitada pelo autuado em relação aos fatos geradores anteriores a 28/06/2016, vez que o mesmo tomou ciência da lavratura do Auto de Infração em 28/06/2021, que é o marco inicial para a contagem do prazo decadencial, devendo, desta maneira, serem excluídos do lançamento os valores relativos às infrações 01, 02, 03 e 05, referentes aos meses de janeiro a junho de 2016, conforme resumo abaixo:

Data	Infração 01	Infração 02	Infração 03	Infração 05
jan/16	808,76	664,02	255,82	35,92
fev/16	605,97	450,80	404,09	3.587,87
mar/16	1.463,73	362,75	383,57	3.356,30
abr/16	489,58	461,76	301,08	6.471,97
mai/16	209,74	565,97	103,95	4.607,30
jun/16	600,52	434,41	536,09	4.866,84
Totais	4.178,30	2.939,71	1.984,60	22.926,20

Com relação às infrações em que se exige multa por descumprimento de obrigação acessória - Infrações 07, 08

e 09 não coaduno com o mesmo entendimento, pois conforme se depreende da redação do § 4º do art. 150 do CTN, a aplicação daquela regra decadencial é a existência de algum pagamento passível de homologação – obrigação de dar –, o que não ocorre no caso das multas por descumprimento de obrigação acessória – obrigação de fazer, devendo ser aplicada a regra disposta no inciso I do art. 173 do Código Tributário Nacional – CTN, o qual estabelece o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador.

Portanto, nessa linha de entendimento, a contagem do prazo de decadência em relação aos fatos geradores, objeto das infrações 07, 08 e 09, verificados no exercício de 2016 a 2018 teve início em 01/01/2017, encerrando-se em 31/12/2021, de forma que não se encontrava extinto o direito do fisco de lançar as penalidades por descumprimento das obrigações instrumentais aplicadas nestas infrações.

Do exposto, concluo que as penalidades aplicadas em relação às infrações 07, 08 e 09, não estão alcançadas pela decadência, razão pela qual não acolho o argumento defensivo.

No mérito, as infrações 03 e 06 não foram objeto de irresignação por parte do defendente, devendo consequentemente ser mantido integralmente o valor da infração 06 no valor de R\$ 306,98 e no caso da infração 03 os valores não alcançados pela decadência, no caso R\$ 5.733,93.

A infração 01 diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

O defendente alega que parte dos produtos apontados pela fiscalização estariam fora do regime da substituição tributária, fazendo jus, portanto, a utilização do imposto destacado no documento fiscal.

Indica por amostragem as mercadorias que estariam enquadradas nesta condição, ao tempo em que informa estar anexando a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que foram incluídas indevidamente no levantamento fiscal (Doc. 03).

O autuante, ao prestar a Informação Fiscal, não concorda com os argumentos defensivos e mantém os itens indicados pelo defendente, a título de amostragem, com o que concordo tendo em vista que as citadas mercadorias estão enquadradas no regime de substituição tributária, pois inseridas no Anexo I do RICMS a saber:

AMENDOA TORR LA VIOLETA SALG 100G item 11.11.0 - NCM 2008-1 - Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 Kg, ressaltando que no demonstrativo elaborado pela fiscalização não consta o item “Amêndoas”, e sim “castanha”;

CASTANHA CAJÚ NAT INT LA VILOET 100G - item 11.11.0 - NCM 2008-1 - Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 Kg;

ESPETINHO JUNDIAÍ LINGUIÇA MISTA 480G, - item 11.31 - NCM 0201, 0202, 0204 e 206 Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves;

- MISTURA BOLO FINNA 450G. BAUN - item 11.14.3 - NCM 1902.2 e 1901.90.9 - Misturas e preparações para bolo com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior a 5 Kg.

Assim, os produtos relacionados pela defendente estão sujeitos à antecipação tributária, sendo vedada a apropriação dos seus respectivos créditos, que já foram concedidos no momento do cálculo do imposto relativo às operações subsequentes.

Dessa forma, com a exclusão da parcela alcançada pela decadência referente aos meses de janeiro a junho de 2016, no valor total de R\$ 4.178,30, resulta no valor devido de R\$ 13.269,67. Consequentemente, a infração 01 é parcialmente subsistente.

A infração 02 trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto.

O impugnante assevera que foram incluídas indevidamente 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, indica as mercadorias BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M e ERVILHA FRESCA BONDUELLE 200G, informando que as demais mercadorias estão indicadas na planilha que elaborou, com base nos levantamentos efetuados pela fiscalização.

O autuante se posiciona rejeitando o argumento defensivo justificando que a BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M trata-se de sacos disponíveis na secção de hortifrutigranjeiros da empresa da autuada e tem a finalidade de acondicionar frutas e verduras, produtos beneficiados com isenção, portanto, acompanha a tributação dos itens vendidos, no caso isentos e consequentemente acompanha à sua tributação, não fazendo jus a utilização do crédito.

Quanto a ERVILHA FRESCA BONDUELLE 200G, por se tratar de produtos em estado natural são

beneficiados com a isenção.

Acompanho o entendimento do autuante, portanto, fica mantida parcialmente a autuação após a exclusão dos valores alcançados pela decadência no valor de R\$ 13.421,95.

Infração parcialmente procedente.

A infração 04 acusa o contribuinte de não ter recolhido o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escriturada.

O impugnante assevera que foram incluídas indevidamente mercadorias isentas e tributadas no regime de substituição tributária.

O autuante reconhece que de fato foram incluídas as seguintes mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária: ESP BRANDINI C 50 UM e TAMPÃO NEDO P/PIA N.1 170, e elabora novas planilhas alterando o valor devido para R\$ 14.850,52.

Acato as exclusões do autuante, e a infração 04 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 14.850,52, conforme demonstrativo anexado na mídia de fl. 98, que transcrevo abaixo:

MESES	ANO 2016	ANO 2017	ANO 2018
JANEIRO	3.003,88	317,42	75,92
FEVEREIRO	1.854,16	254,91	49,10
MARÇO	583,71	381,33	73,55
ABRIL	377,10	280,00	114,70
MAIO	238,51	215,98	41,32
JUNHO	1.623,19	144,83	247,88
JULHO	180,27	45,21	441,35
AGOSTO	172,13	7,12	317,27
SETEMBRO	435,96	49,06	387,72
OUTUBRO	640,13	0,82	438,45
NOVEMBRO	453,90	0,00	332,94
DEZEMBRO	519,72	96,82	454,16
TOTAL	10.082,66	1.793,50	2.974,36
TOTAL DA INFRAÇÃO 04 (EXERC. 2016 + 2017 + 2018)			14.850,52

A infração 05 acusa o contribuinte de ter efetuado o recolhimento a menos do ICMS em razão de ter aplicado alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O defendente alega que houve para algumas mercadorias a exigência indevida do adicional do Fundo de Combate a Erradicação da Pobreza, pois as mesmas não estavam incluídas no Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016.

A título de amostragem, indica as seguintes mercadorias: DESOD AXE ROLL-ON 24H F 50ML; DARK TEMP; SHAMPOO TOK 300ML, JABORANDI; - COND SEDA 350ML, KERAFORCE e CREME BARBEAR BOZZANO 65G, PELE SENS.

Ressalta que a relação completa encontra-se indicada na planilha que elaborou e encontra-se anexada na presente defesa (Doc. 03).

O autuante concorda com os argumentos defensivos, exceto em relação ao item CREME BARBEAR BOZZANO 65G. PELE SENS, por não estar incluído no Anexo da referida Instrução Normativa.

Elabora novos demonstrativos reduzindo a infração de R\$ 63.128,88, para R\$ 54.519,90, com o qual concordo, haja vista que de fato o produto CREME BARBEAR BOZZANO 65G. PELE SENS não se encontra inserido no Anexo da referida Instrução Normativa.

Entretanto, deve ser excluído os valores trágados pela decadência referente aos meses de janeiro a junho de 2016 no valor total de R\$ 22.926,20, remanescendo o montante de R\$ 31.593,70.

Infração parcialmente procedente.

As infrações 07, 08 e 09 decorreram do descumprimento de obrigação tributária, pela falta de registro da escrita fiscal de mercadorias sujeita à tributação (infração 07); mercadorias não tributáveis (infração 08), e mercadorias tributáveis e não tributáveis (infração 09), sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor comercial de mercadoria.

Em razão de a sociedade empresária ter comprovado em relação às infrações 07 e 08 que parte das notas fiscais foram registradas nos livros fiscais próprios, o auditor fiscal que prestou a informação fiscal corrigiu os demonstrativos, que se encontram na mídia de fl. 98 e reafirma a cobrança parcial no valor de R\$ 765,16; R\$ 1.837,63 para as infrações 07 e 08, respectivamente. infrações procedentes em parte, nos valores anteriormente indicados.

Quanto à infração 09, não foram apresentados quais os questionamentos defensivos, pois a empresa limitou-se a informar que estaria levantando informações e documentos que comprovaria a improcedência do lançamento. Assim sendo, a infração é mantida integralmente.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 90.727,67, conforme a seguir:

Infração	Vlr lançado	Vlr. I. Fiscal	Vlr. Julgado	Multa
01	17.447,97	17.447,97	13.269,67	60%
02	16.361,66	16.361,66	13.421,95	60%
03	7.718,53	7.718,53	5.733,93	60%
04	19.112,56	14.850,53	14.850,52	60%
05	63.128,88	54.519,90	40.202,68	60%
06	306,98	306,98	306,98	60%
07	859,29	765,16	765,16	---
08	1.894,98	1.837,64	1.837,63	---
09	339,15	339,15	339,15	---
Total	127.170,00	114.147,52	90.727,67	

Inconformado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário (folhas 181/188), aduzindo as razões a seguir.

Informa, inicialmente, que são objeto desse Recurso Voluntário as infrações 01, 02, 04, 05, 06, 07 e 08, cujas razões a seguir expostas demonstrarão a necessidade de reforma parcial do r. acórdão, o que desde já requer.

Quanto à Infração 01, alega procedência parcial da exigência fiscal. Explica que, em que pese a 4^a Junta de Julgamento Fiscal tenha acatado parcialmente as suas razões de defesa, a decisão merece parcial reforma, pois ainda remanescem, na autuação, mercadorias tributadas no Regime Normal do ICMS, o que torna indevido o lançamento ora em análise. Alega que as mercadorias e NCMs tributadas no regime normal do ICMS que ainda fazem parte do levantamento fiscal estão abaixo indicadas e devem ser excluídas:

NCM	Descrição	Base Legal da tributação atual	obs
'20081900'	AMENDOAS TORR. LA VIOLETERA SALG 100G	Artigo 15, Inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Não é considerado salgadinho
'08013200'	CASTANHA CAJU NAT INT LA VIOLET 100G	Artigo 15, Inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Não é considerado salgadinho
'16010000'	ESPETINHO JUNDIAI LINGUICA MISTA 480G	Artigo 15, Inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	ST até 03/02/2015
'19012000'	MISTURA BOLO FINNA 450G. BAUN	Artigo 15, Inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	ST para mistura de farinha de trigo, exceto mistura para bolo

Sendo assim, conclui que a medida que se impõe é a reforma parcial da infração 01, nos termos acima expostos.

Quanto à Infração 02, alega, também, a procedência parcial da exigência fiscal. Explica que, em que pese a 4^a Junta de Julgamento Fiscal tenha acatado parcialmente as razões de defesa da Recorrente, a decisão merece parcial reforma, pois ainda remanescem na autuação as mercadorias: "BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M" e "ERVILHA FRESCA BONDUELLE 200G" tributadas no Regime Normal do ICMS sem qualquer isenção ou redução, fato que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal.

Sendo assim, conclui que a medida que se impõe é a reforma parcial da infração 02, nos termos acima expostos.

Quanto à Infração 04, pede, igualmente, a reforma parcial do julgado. Explica que, em que pese a 4^a Junta de Julgamento Fiscal tenha acatado parcialmente as razões de defesa da Recorrente, a decisão merece parcial reforma pois remanescem na autuação períodos alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto, bem como restam mercadorias tributadas na substituição tributária e isentas, o que torna indevido o lançamento ora em análise.

Alega que as mercadorias tributadas na substituição tributária e isentas que ainda fazem parte do levantamento fiscal estão abaixo indicadas:

Ano	NCM	Descrição	Tributação Análise Consultoria	Base Legal da tributação atual	Observação
2018	'19021100'	#ESP VITARELA VIT UN	ST	Anexo I Item 11.17 RICMS BA	Macarrão
2018	'19021900'	#ESP VITARELA VIT UN	ST	Anexo I Item 11.17 RICMS BA	Macarrão
2018	'19021100'	#ESP VITARELLA 500 UN	ST	Anexo I Item 11.17 RICMS BA	Macarrão
2018	'19021900'	#ESP VITARELLA 500 UN	ST	Anexo I Item 11.17 RICMS BA	Macarrão
2018	'19021100'	#ESPAVG VITAREL VIT UN	ST	Anexo I Item 11.17 RICMS BA	Macarrão
2018	'19021900'	#ESPAVG VITAREL VIT UN	ST	Anexo I Item 11.17 RICMS BA	Macarrão
2018	'19021900'	#SPAG PETYBOM 500G UN	ST	Anexo I Item 11.17 RICMS BA	Macarrão
2018	'19021100'	#SPAGHETTI PETY 50 UN	ST	Anexo I Item 11.17 RICMS BA	Macarrão
2018	'19021900'	ESP GALO 500G UN	ST	Anexo I Item 11.17 RICMS BA	Macarrão
2018	'19021900'	ESP GALO INT 500G UN	ST	Anexo I Item 11.17 RICMS BA	Macarrão
2018	'19021900'	ESPAG COM 500G UN	ST	Anexo I Item 11.17 RICMS BA	Macarrão
2018	'19021900'	ESPAG FORTA IMPER UN	ST	Anexo I Item 11.17 RICMS BA	Macarrão
2018	'19021100'	ESPAG OVOS 500G UN	ST	Anexo I Item 11.17 RICMS BA	Macarrão
2018	'19021900'	ESPAG SEM 500G UN	ST	Anexo I Item 11.17 RICMS BA	Macarrão
2018	'19021100'	ESPAG SORA 500G UN	ST	Anexo I Item 11.17 RICMS BA	Macarrão
2018	'19021900'	ESPAG URB 500G UN	ST	Anexo I Item 11.17 RICMS BA	Macarrão
2018	'19021900'	ESPAQUET GALO 500G UN	ST	Anexo I Item 11.17 RICMS BA	Macarrão
2018	'19021900'	ESPAQUET OREG 500G UN	ST	Anexo I Item 11.17 RICMS BA	Macarrão
2018	'19021100'	ESPAQUETE D BENT UN	ST	Anexo I Item 11.17 RICMS BA	Macarrão
2018	'19021100'	ESPAQUETE PILAR CO UN	ST	Anexo I Item 11.17 RICMS BA	Macarrão
2018	'19021900'	ESPAQUETE PILAR CO UN	ST	Anexo I Item 11.17 RICMS BA	Macarrão
2018	'19021900'	ESPAQUETE VITAO IN UN	ST	Anexo I Item 11.17 RICMS BA	Macarrão

Sendo assim, conclui que a medida que se impõe é a reforma parcial da infração, determinando-se a exclusão do levantamento dos períodos decaídos e das mercadorias tributadas.

Quanto à Infração 05, alega que, em que pese a 4ª Junta de Julgamento Fiscal tenha acatado parcialmente as razões de defesa da Recorrente, a decisão merece parcial reforma pois ainda remanescem na autuação mercadorias “DESOD AXE ROLL-ON 24H F 50ML”; “DARK TEMP”; “SHAMPOO TOK 300ML”, “JABORANDI” “COND SEDA 350ML”, e “KERAFORCE” com exigência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza com relação a mercadorias que não estão incluídas no Anexo Único, da Instrução Normativa nº 05/2016.

Sendo assim, conclui que a medida que se impõe é a reforma parcial da infração 05, nos termos acima expostos.

Quanto à Infração 06, alega que, ao apurar o valor da exigência, notou que foram incluídos, na autuação, períodos já alcançados pela decadência, estando parte do respectivo crédito tributário extinto, devendo ser revisto o lançamento para exclusão dos períodos extintos.

Sendo assim, conclui que a medida que se impõe é a reforma parcial da infração, determinando-se a exclusão do levantamento dos períodos decaídos.

Por fim, quanto às infrações 07 e 08, alega que, ao analisar o valor da exigência, notou que foram incluídos, na autuação, períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto.

Ressalta que foram incluídas, no levantamento, diversas mercadorias que foram efetivamente escrituradas no Livro Registro de Entrada – LRE, conforme arquivos denominados “Infração 07 Defesa” e “Infração 08 Defesa” que acompanharam a impugnação.

Em que pese a 4ª Junta de Julgamento Fiscal ter acatado parcialmente as razões de defesa da Recorrente, alega que a decisão merece parcial reforma, pois não há que se falar em falta de registro na escrita fiscal, muito menos em penalidade por descumprimento de obrigação acessória, na medida em que a escrituração foi comprovadamente arrolada na defesa.

Sendo assim, entende ser necessária a realização de diligência para a devida análise dos livros de Entrada e Saída da Recorrente, conforme requerido desde a peça de defesa, cujo resultado certamente acarretará a anulação do crédito tributário exigido.

Nos termos do art. 137, I, “a” do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) e conforme demonstrado linhas acima, alega que a realização de diligência fiscal se faz extremamente necessária para demonstração da improcedência das infrações 01, 02, 04, 05, 06, 07 e 08, conforme será abaixo justificado.

Argumenta que a diligência é necessária para demonstração de que as mercadorias das infrações 01 e 02 foram tributadas no Regime Normal do ICMS. Na infração 04, alega que restam mercadorias tributadas na substituição tributária e isentas, aplicadas no levantamento fiscal que devem ser retiradas. Quanto à infração 05, afirma que diversas mercadorias não estão incluídas no Anexo Único, da Instrução Normativa nº 05/2016. Na Infração 06, aponta que foram incluídos na autuação períodos já alcançados pela decadência, devendo ser revisto o lançamento para exclusão dos períodos extintos.

No que tange às infrações 07 e 08, alega ser imprescindível a análise dos Livros Registro de Entrada e de Saída anexados junto à impugnação, de forma a demonstrar que as mercadorias incluídas no levantamento foram efetivamente escrituradas.

Sendo assim, conclui ser inquestionável a determinação de diligência no caso presente, devendo esse pleito ser deferido.

Por todas as razões aqui expostas, a Recorrente requer: **i)** a realização de Diligência Fiscal, nos termos delineados no tópico anterior; **ii)** Após a diligência, confirmadas as razões de fato e de direito que compõem as alegações recursais aqui expostas, requer seja dado integral provimento ao Recurso Voluntário, reformando-se parcialmente o acórdão recorrido especificamente quanto às infrações 01, 02, 04, 05, 06, 07 e 08, com o consequente cancelamento e arquivamento do Auto de Infração.

Nestes termos, pede deferimento.

VOTO

Não tendo sido suscitadas questões preliminares, adentro diretamente ao mérito recursal, conforme adiante.

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

Quanto à Infração 01, a conduta infratora foi descrita como “*Utilizou indevidamente credito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, ...*”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando que as mercadorias “AMENDOA TORR LA VIOLETERA SALG 100G” (NCM 20081900), “CASTANHA CAJU NAT INT LA VIOLET 100G” (NCM 08013200), “ESPETINHO JUNDIAI LINGUIÇA MISTA 480G” (NCM 16010000) e “MISTURA BOLO FINNA 450G BAUN” (NCM 19012000) são sujeitas ao Regime Normal, o que conduz à licitude do creditamento fiscal.

Quanto à mercadoria “AMENDOA TORR LA VIOLETERA SALG 100G” (NCM 20081900), não merece acolhida a alegação recursal, pois a mercadoria citada se encontra enquadrada no Regime de Substituição Tributária, por força do Anexo 1, Item 11.10.1, do RICMS/12, cuja descrição é “*Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1kg*”.

Quanto à mercadoria “CASTANHA CAJU NAT INT LA VIOLET 100G” (NCM 08013200), possui razão o Sujeito Passivo, pois não se trata de salgadinho (produto industrializado), como defende o autuante, mas de castanha fresca, sem casca, cujo NCM não tem previsão de substituição tributária. Deve, portanto, ser excluída, tal mercadoria, do levantamento fiscal.

Quanto à mercadoria “ESPETINHO JUNDIAI LINGUIÇA MISTA 480G” (NCM 16010000), possui razão

o Sujeito Passivo, pois tal mercadoria saiu da ST em 2015, não estando em tal condição ao longo do período autuado. Deve, igualmente, ser excluída, tal mercadoria, do levantamento fiscal.

Por fim, quanto à mercadoria “MISTURA BOLO FINNA 450G BAUN” (NCM 19012000), noto que merece parcial acolhida a tese recursal, pois a mistura para bolo não fazia parte do sistema de Substituição Tributária até o mês de jan/17, por força da exceção expressa no Item 11.13 do Anexo 1 do RICMS/12, que assim mencionava: “*Mistura de farinha de trigo, exceto mistura para bolo*”. Assim, tal mercadoria deve ser excluída do levantamento fiscal até o mês de jan/17.

Todavia, a partir do mês de fev/17, houve mudança na legislação, deixando de haver tal exceção, momento a partir do qual a mistura para bolo passou a se enquadrar no Item 11.14.3 do Anexo 1 do RICMS/12, cuja descrição é “*Misturas e preparações para bolo com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior a 5 Kg*”. Assim, devem ser mantidos os valores relativos aos meses fev/17 a dez/18.

Reduzo, portanto, o valor lançado na Infração 01, em conformidade com o demonstrativo abaixo.

MÊS	ICMS
jan/16	R\$ -
fev/16	R\$ -
mar/16	R\$ -
abr/16	R\$ -
mai/16	R\$ -
jun/16	R\$ -
Jul/16	R\$ 5,00
ago/16	R\$ -
set/16	R\$ 150,41
out/16	R\$ 126,97
nov/16	R\$ 466,87
dez/16	R\$ 141,76
jan/17	R\$ 26,98
fev/17	R\$ 96,87
mar/17	R\$ 263,82
abr/17	R\$ 233,33
mai/17	R\$ 286,83
jun/17	R\$ 403,48
Jul/17	R\$ 166,13
ago/17	R\$ 261,84
set/17	R\$ 263,86
out/17	R\$ 256,79
nov/17	R\$ 252,85
dez/17	R\$ 727,39
jan/18	R\$ 2.013,58
fev/18	R\$ 835,78
mar/18	R\$ 101,99
abr/18	R\$ 186,88
mai/18	R\$ 286,98
jun/18	R\$ 479,86
Jul/18	R\$ 232,48
ago/18	R\$ 177,24
set/18	R\$ 422,56
out/18	R\$ 219,90
nov/18	R\$ 323,72
dez/18	R\$ 467,42
TOTAL	R\$ 9.879,57

Quanto à Infração 02, a conduta infratora foi descrita como “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias c saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, ...*”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando que as mercadorias “BOBINA

PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M" (NCM 39232190) e "ERVILHA FRESCA BONDUELLE 200G" (NCM 20054000) são sujeitas ao Regime Normal, o que conduz à licitude do creditamento fiscal.

Quanto à mercadoria "BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M" (NCM 3923.2190), possui razão o Sujeito Passivo, pois se trata de aparato plástico recebido em transferência, para posterior comercialização, conforme se encontra indicado no CFOP enquadrado (1.152). Como é objeto de comercialização tributada (já que não existe previsão de isenção), deve propiciar o direito ao crédito.

Quanto à mercadoria "ERVILHA FRESCA BONDUELLE 200G" (NCM 20054000), possui razão o Sujeito Passivo, pois não se trata de ervilha em estado natural, do Capítulo 07 da Tabela NCM ("ervilha em estado natural "NCM 0708.10.00), mas produto hortícola industrializado, do Capítulo 20 da Tabela NCM, ou seja, "produtos hortícolas preparados ou conservados". Assim, tal mercadoria deve ser excluída do levantamento fiscal.

Reduzo, portanto, o valor lançado na Infração 02, em conformidade com o demonstrativo abaixo.

MÊS	ICMS
jan/16	R\$ -
fev/16	R\$ -
mar/16	R\$ -
abr/16	R\$ -
mai/16	R\$ -
jun/16	R\$ -
Jul/16	R\$ 375,45
ago/16	R\$ 331,32
set/16	R\$ 442,58
out/16	R\$ 122,51
nov/16	R\$ 300,25
dez/16	R\$ 200,58
jan/17	R\$ 202,80
fev/17	R\$ 62,40
mar/17	R\$ 343,20
abr/17	R\$ 343,20
mai/17	R\$ 405,60
jun/17	R\$ 171,60
Jul/17	R\$ 187,20
ago/17	R\$ 511,92
set/17	R\$ 351,36
out/17	R\$ 201,60
nov/17	R\$ 155,52
dez/17	R\$ 181,44
jan/18	R\$ 181,44
fev/18	R\$ 336,96
mar/18	R\$ 285,12
abr/18	R\$ 391,42
mai/18	R\$ 259,20
jun/18	R\$ 1.210,81
Jul/18	R\$ 155,52
ago/18	R\$ 1.166,40
set/18	R\$ 129,60
out/18	R\$ 604,83
nov/18	R\$ 340,63
dez/18	R\$ 583,20
TOTAL	R\$ 10.535,66

Quanto à Infração 04, a conduta infratora foi descrita como "Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escriturada, ...". O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando decadência do direito de o Estado lançar parte

dos créditos tributários. Alega, também, que as mercadorias descritas como espaguete (NCM 1902.1) se enquadram na substituição tributária, em face do que nada deve ser recolhido quanto a essas operações de saída.

Quanto à alegação de ocorrência do fenômeno decadencial, penso que assiste razão ao Sujeito Passivo, pois, a despeito de a conduta autuada ter sido referida como “*Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis ...*”, é certo que se trata, apenas, da ausência de destaque de ICMS relativamente a alguns itens vendidos, sem desnaturar o fato de que as demais mercadorias foram normalmente tributadas. Sendo assim, é forçoso reconhecer que houve recolhimento a menos do imposto em cada um dos meses objeto desse ilícito, atraindo a incidência da regra decadencial estampada no art. 150, § 4º do CTN.

Em vista disso, acolho a alegação decadencial e declaro extinto o crédito tributário, nesta infração, relativamente aos meses de janeiro a maio de 2016, uma vez que a ciência se deu no dia 28/06/2021.

Quanto à alegação de que as mercadorias denominadas “espaguete” (NCM 1902.1) se encontram enquadradas no Regime de Substituição Tributária, assiste razão ao Sujeito Passivo, já que existe previsão nesse sentido no Item 11.16 do Anexo 1 do RICMS/12, cuja descrição aponta o seguinte: “*Massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo (NCM 1902.1)*”.

Do exposto, acolho a alegação recursal neste ponto e reduzo o valor lançado na Infração 04, em conformidade com o demonstrativo abaixo.

MÊS	ICMS
jan/16	R\$ -
fev/16	R\$ -
mar/16	R\$ -
abr/16	R\$ -
mai/16	R\$ -
jun/16	R\$ -
jul/16	R\$ 1.623,19
ago/16	R\$ 180,27
set/16	R\$ 172,13
out/16	R\$ 435,96
nov/16	R\$ 640,13
dez/16	R\$ 453,90
jan/17	R\$ 519,72
fev/17	R\$ 317,42
mar/17	R\$ 254,91
abr/17	R\$ 381,33
mai/17	R\$ 280,00
jun/17	R\$ 215,98
jul/17	R\$ 144,83
ago/17	R\$ 45,21
set/17	R\$ 7,12
out/17	R\$ 49,06
nov/17	R\$ 0,82
dez/17	R\$ 96,82
jan/18	R\$ 75,92
fev/18	R\$ 49,10
mar/18	R\$ 73,55
abr/18	R\$ 114,70
mai/18	R\$ 41,32
jun/18	R\$ 247,88
jul/18	R\$ 441,35
ago/18	R\$ 317,27
set/18	R\$ 387,72
out/18	R\$ 438,45

nov/18	R\$	332,93
dez/18	R\$	454,16
TOTAL	R\$	8.793,16

Quanto à Infração 05, a conduta infratora foi descrita como “*Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, ...*”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, requerendo a exclusão das mercadorias denominadas “DESOD AXE ROLL-ON 24H F 50ML, DARK TEMP” (NCM 3307.2010), “SHAMPOO TOK 300ML, JABORANDI” (NCM 3305.9000) e “COND SEDA 350ML, KERAFORCE” (NCM 3305.9000).

Noto que tal pleito já fora atendido pelo autuante, em sua informação fiscal, às folhas 90/91 do processo. Não há, portanto, mais o que excluir relacionado à majoração de alíquotas. Mantida a decisão de piso nesse ponto.

Quanto à Infração 06, a conduta infratora foi descrita como “*Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, ...*”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, limitando-se a alegar, nesta infração, a ocorrência do fenômeno decadencial.

A exemplo do que se observou na Infração 04, a despeito de a conduta autuada ter sido referida como “*Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, ...*”, é certo que se trata, apenas, da ausência de lançamento, a débito, do ICMS incidente sobre as aquisições de bens destinados a uso/consumo do estabelecimento, o que resultou no recolhimento a menos do imposto normal, apurado na conta-corrente da empresa. Trata-se, portanto, de operações foram regularmente registradas na escrita fiscal do estabelecimento autado, fato que possibilitou, ao fisco, detectar a falha apontada. Sendo assim, é forçoso reconhecer que houve recolhimento a menos do imposto em cada um dos meses objeto desse ilícito, atraindo a incidência da regra decadencial estampada no art. 150, § 4º do CTN.

A exemplo do ocorrido em relação à Infração 04, acolho, também aqui, a alegação decadencial e declaro extinto o crédito tributário, nesta infração, relativamente aos meses de janeiro a maio de 2016, uma vez que a ciência se deu no dia 28/06/2021.

Do exposto, acolho a alegação recursal neste ponto e reduzo o valor lançado na Infração 06, em conformidade com o demonstrativo abaixo.

MÊS	ICMS
abr/16	R\$ -
jun/16	R\$ 26,88
jul/16	R\$ 4,52
ago/16	R\$ 35,14
mar/17	R\$ 53,89
jul/17	R\$ 43,46
ago/17	R\$ 52,94
set/17	R\$ 18,28
nov/17	R\$ 6,00
TOTAL	R\$ 241,11

Quanto às infrações 07 e 08, ambas as condutas infratoras foram descritas como “*Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ... sem o devido registro na escrita fiscal, ...*”. A Infração 07 teve por objeto mercadorias sujeitas a tributação, enquanto que a Infração 08 abordou mercadorias não tributáveis.

O Sujeito Passivo se opôs a ambas, alegando a ocorrência do fenômeno decadencial, com base no art. 150, § 4º do CTN. Trata-se, todavia, de condutas omissivas, em relação às quais a jurisprudência desta Corte reconhece a aplicabilidade da regra prevista no art. 173, inciso I do diploma legal citado. Rejeito, portanto, a alegação suscitada.

A despeito do acolhimento parcial de suas alegações pela Primeira Instância, insiste ter registrado todas as notas fiscais listadas. Não traz, contudo, prova nesse sentido. Requerendo, apenas, que o paf seja baixado em diligência para que se apure o quanto alega.

Registro que o lançamento identificou cada um dos documentos fiscais não localizados pelo programa de fiscalização. Como o Sujeito Passivo não trouxe qualquer elemento de prova adicional, além daquelas já acolhidas pela 4ª JJF, entendo que sucumbiu às provas do processo. Mantida a decisão de piso naquilo que se reporta às infrações 07 e 08.

Do exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário e reduzo o valor lançado, em conformidade com o demonstrativo de débito abaixo.

INFRAÇÃO	ICMS	MULTA FIXA	MULTA %
1	R\$ 9.879,57	R\$ -	60%
2	R\$ 10.535,66	R\$ -	60%
3	R\$ 5.733,93	R\$ -	60%
4	R\$ 8.793,16	R\$ -	60%
5	R\$ 40.202,68	R\$ -	60%
6	R\$ 241,11	R\$ -	60%
7	R\$ -	R\$ 765,16	-
8	R\$ -	R\$ 1.837,63	-
9	R\$ -	R\$ 339,15	-
TOTAL	R\$ 75.386,11	R\$ 2.941,94	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para reformar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298958.0044/21-1, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado recorrente, para efetuar do recolhimento do imposto de **R\$75.386,11**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a” e II, alíneas “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e os acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$2.941,94**, previstas no inciso IX da mesma Lei e Artigo supracitados, com os acréscimos moratórios, na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de março de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS