

PROCESSO - A. I. N° 298958.0045/21-8
RECORRENTE - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0241-03/22-VD
ORIGEM - DAT NORTE / IFEP
PUBLICAÇÃO - 15/08/21023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0205-11/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado, pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. Excluídas as mercadorias “AMENDOA TORR LA VIOLETERA SALG 100G” (NCM 08021200), “CASTANHA CAJU ...” (NCMs 08013200, 08012200 e 08029000), “ESPETINHO JUNDIAI LINGUIÇA MISTA 480G” (NCM 16010000) e “ESPETINHO NUTRIAL LINGUIÇA CONG 370G” (NCM 16024900), “MISTURA P/ BOLO” (NCMs 19012000 e 11010010), PEITO FGO SEARA ESCOLHA SAUD INT” (NCMs 1601000 e 16023100), “SACO PLAST” (NCMs 39232190 e 39232990), “SACO P/2 BAGUETE” (NCM 39232190) e “SACO BAU RETORNÁVEL RAFIA 102” (NCM 42022210); **b)** SAÍDAS SUBSEQUENTES EFETUADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. Excluídas as mercadorias “BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M” (NCM 3923.2190), e “ERVILHA FRESCA BONDUELLE 200G” (NCM 20054000). **Infração parcialmente elidida.** 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Excluídas as mercadorias denominadas “PIZZA” (NCM 1905.9090) e “TORTA” (NCM 19052090), que eram tributadas normalmente somente até o dia 31/05/2018, a partir de quando passaram a ser enquadradas no regime de substituição tributária. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 3ª JJF N° 0241-03/22-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/06/2021, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$ 59.425,43, em razão de dez infrações distintas, sendo objeto do presente recurso apenas as infrações nº 01, 02 e 04, descritas a seguir.

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 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%.

...

Após a devida instrução processual, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal apreciou a lide no dia 07/12/2022 e decidiu pela Procedência Parcial (folhas 146/158), por unanimidade, nos termos a seguir.

“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

Observe 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 improcedência 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, restando 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.

| INFRAÇÃO Nº | CONCLUSÃO | IMPOSTO | MULTA |
|--------------|---------------------|------------------|-----------------|
| 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 |
| TOTAL | - | 48.726,42 | 1.904,02 |

Inconformado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário (folhas 171/177), aduzindo as razões a seguir.

Após fazer um breve histórico das principais ocorrências processuais, alega a necessidade de reforma parcial do acórdão recorrido.

Quanto à Infração 01, alega que, ao apurar o valor da exigência, foram incluídas, 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.

Aponta que as mercadorias e NCMs tributados no regime normal do ICMS, que ainda fazem parte do levantamento fiscal, estão abaixo indicadas e devem ser excluídas:

| Ano | NCM | Descrição | Tributação Análise Consultoria | Base Legal da tributação atual | obs |
|------|------------|---|--------------------------------|--|---------------------------------------|
| 2017 | '08012200' | AMENDOIA EUROCAJU SACHE 100G | Tributado Normal 18% | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Não é considerado salgadinho |
| 2017 | '08013200' | AMENDOIA EUROCAJU SACHE 50G | Tributado Normal 18% | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Não é considerado salgadinho |
| 2017 | '08021200' | AMENDOIA TORR LA VIOLETERA SALG 100G | Tributado Normal 18% | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Não é considerado salgadinho |
| 2018 | '08013200' | CASTANHA CAJU CAST CARRILHO C/PIRELLA 10 | Tributado Normal 18% | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Não é considerado salgadinho |
| 2017 | '08029000' | CASTANHA CAJU TORR SALG LA VIOLETERA 100G | Tributado Normal 18% | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Não é considerado salgadinho |
| 2018 | '08012200' | CASTANHA DO PARA VOVO NIZE 150G | Tributado Normal 18% | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Não é considerado salgadinho |
| 2018 | '16010000' | ESPETINHO JUNDIAI LINGUICA MISTA 480G | Tributado Normal 18% | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | ST até 03/02/2015 |
| 2017 | '16024900' | ESPETINHO NUTRIAL LINGUICA CONG 370G | Tributado Normal 18% | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | ST até 03/02/2015 |
| 2017 | '19012000' | MISTURA EMULZ BOLO MILHO VERDE 10KG | Tributado Normal 18% | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | ST inferior a 5Kg |
| 2017 | '11010010' | MISTURA P/BOLO SARANDI M VERDE 5KG | Tributado Normal 18% | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | ST inferior a 5Kg |
| 2018 | '19012000' | MISTURA P/BOLO SARANDI NEUTRO 5KG | Tributado Normal 18% | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | ST inferior a 5Kg |
| 2017 | '19012000' | MISTURA P/PAO QUEIJO YOKI 250G | Tributado Normal 18% | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | |
| 2017 | '16023100' | PEITO FGO SEARA ESCOLHA SAUD INT | Tributado Normal 18% | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Alimento cozido |
| 2017 | '02071400' | PEITO FRANGO SEARA DESFIADO 400G | Tributado Normal 18% | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Alimento cozido |
| 2018 | '39232190' | SACO P/2 BAGUETE MF19X80C/1000 | Tributado Normal 18% | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Apenas Saco de Lixo fazia parte da ST |
| 2018 | '39232990' | SACO PLAST PANETONE 400G FD1000UN | Tributado Normal 18% | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Apenas Saco de Lixo fazia parte da ST |
| 2018 | '39232190' | SACO PLAST PAO FRANCES34X40 C/1000 | Tributado Normal 18% | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Apenas Saco de Lixo fazia parte da ST |
| 2017 | '42022210' | SACOLA B4U RETORNAVEL RAFIA 102 | Tributado Normal 18% | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Apenas Saco de Lixo fazia parte da ST |

Argumenta que, em que pese a 3ª Junta de Julgamento Fiscal ter mencionado a mercadoria amêndoa, nada se definiu, havendo por mantê-la como produtos incluídos na substituição tributária. Alega que a mercadoria amêndoa é tributada pelo regime normal, não se enquadrando na substituição tributária, como já vem sendo reconhecido por este Conselho Julgador.

Quanto aos demais produtos contidos no quadro acima, assevera que todos são tributados pelo regime normal, o que comprova ser absolutamente indevida a infração ora combatida.

Por todo o exposto, afirma ser medida que se impõe a reforma integral da infração 01, nos termos acima expostos.

Quanto à Infração 02, explica que, ao apurar o valor da exigência fiscal, foram incluídas, 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, indica algumas mercadorias tributadas no regime normal e que estão incluídas no levantamento da acusação fiscal de crédito indevido de substituição tributária, conforme quadro abaixo.

| NCM | Descrição | Tributação Análise Consultoria | Base Legal da tributação atual | Observação |
|------------|---------------------------------------|--------------------------------|--|---|
| '20081100' | AMENDOIM CRU COM CASCA KG | Tributado Normal 18% | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Isento apenas para insumos agropecuários |
| '39219090' | BOBINA PLAST PICOT USA C/6 34X45X015M | Tributado Normal 18% | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Apenas Saco de Lixo fazia parte da ST, faz parte da embalagem do produto acompanhando a venda |
| '39232190' | BOBINA PLAST PICOT USA C/6 40X60X015M | Tributado Normal 18% | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Apenas Saco de Lixo fazia parte da ST, faz parte da embalagem do produto acompanhando a venda |
| '20054000' | ERVILHA FRESCA BONDUELLE 200G | Tributado Normal 18% | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Alimento enlatado |

Afirma que também foram autuadas mercadorias cujo crédito foi devidamente estornado na apuração do imposto, conforme resta demonstrada no arquivo "Infração 2 Defesa", aba "Estornos G 104", gravada no Doc. 3 Anexo a impugnação.

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, o que garante que as mercadorias nela indicadas são exatamente as autuadas.

Sendo assim, conclui ser medida que se impõe a reforma da infração, determinando-se a exclusão das mercadorias tributadas pelo regime normal.

Quanto à Infração 04, explica que, ao apurar o valor da exigência consubstanciada na Infração, foram incluídas, na acusação de falta de recolhimento do imposto, mercadorias tributadas na substituição tributária, o que torna indevido o lançamento ora em análise.

Afirma 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, conforme descrito no quadro abaixo.

| Ano | NCM | Descrição | Tributação Análise Consultoria | Base Legal da tributação atual | obs |
|------|------------|-----------------------|--------------------------------|--|--------------------------|
| 2018 | '19059090' | PIZ REZ CALAB 460G UN | ST | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Apartir de 01/06/2018 ST |
| 2018 | '19059090' | PIZ REZ FG REQ460G UN | ST | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Apartir de 01/06/2018 ST |
| 2018 | '19059090' | PIZ SEAR 4 QJ 460G UN | ST | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Apartir de 01/06/2018 ST |
| 2018 | '19059090' | PIZ SEAR CALB 460G UN | ST | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Apartir de 01/06/2018 ST |
| 2018 | '19059090' | PIZ SEAR FG QJ460G UN | ST | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Apartir de 01/06/2018 ST |
| 2018 | '19059090' | PIZ SEAR LOM CATUP UN | ST | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Apartir de 01/06/2018 ST |
| 2018 | '19059090' | PIZ SEAR MUSS 460G UN | ST | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Apartir de 01/06/2018 ST |
| 2018 | '19059090' | PIZZA REZENDE 440G UN | ST | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Apartir de 01/06/2018 ST |
| 2018 | '19059090' | PIZZA SADIA 460G UN | ST | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Apartir de 01/06/2018 ST |
| 2018 | '19059090' | PIZZA SADIA MARG UN | ST | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Apartir de 01/06/2018 ST |
| 2018 | '19059090' | PIZZA SADIA PORTUG UN | ST | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Apartir de 01/06/2018 ST |
| 2018 | '19052090' | TORTA DA CASA MOR KG | ST | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Apartir de 01/06/2018 ST |
| 2018 | '19059090' | TORTA DA CASA MOR KG | ST | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Apartir de 01/06/2018 ST |
| 2018 | '19059090' | TORTA FLORESTA N K KG | ST | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Apartir de 01/06/2018 ST |
| 2018 | '19059090' | TORTA SADIA MISS D UN | ST | Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96. | Apartir de 01/06/2018 ST |

Sendo assim, afirma ser medida que se impõe a reforma da infração, determinando-se a exclusão das mercadorias tributadas no regime da substituição tributária.

Nos termos do art. 137, I, 'a' do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), requer a realização de diligência fiscal se faz extremamente necessária para demonstração de que as mercadorias das infrações 01 e 02 foram tributadas no regime normal do ICMS, bem como de que, na infração 04, restam mercadorias tributadas na substituição tributária aplicados no levantamento fiscal que devem ser retiradas.

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

Diante de todo o exposto e das provas constantes dos autos, requer a realização de diligência, conforme razões expostas linhas acima, na hipótese dessa Colenda Câmara não se convencer de plano quanto à improcedência da autuação.

Ao final, requer seja dado integral provimento ao presente recurso, reformando-se parcialmente o acórdão recorrido especificamente quanto às infrações 01, 02 e 04, 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 *“Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, ...”*. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando que as mercadorias “AMENDOA EUROCAJU SACHE” (NCMs 08012200 e 08013200), “AMENDOA TORR LA VIOLETERA SALG 100G” (NCM 08021200), “CASTANHA CAJU TOR SALG LA VIOLET 100G” (NCMs 08013200, 08012200 e 08029000), “ESPETINHO LINGUIÇA” (NCMs 16010000 e 16024900), “MISTURA P/ BOLO” (NCM 19012000

e 11010010), MISTURA P/ PÃO QUEIJO YOKI 250G” (NCM 19012000), “PEITO FGO SEARA” (NCMs 16023100 e 02071400), “SACO P/2 BAGUETE” (NCMs 39232190), SACO PLÁST (NCMs 39232190 e 39232990) e “SACOLA B4U RETORNÁVEL” (NCM 42022210) são sujeitas ao regime normal, o que conduz à licitude do creditamento fiscal.

Quanto à mercadoria “AMENDOA TORR LA VIOLETERA SALG 100G” (NCM 08021200), possui razão o Sujeito Passivo, pois não se trata de salgadinho (produto industrializado), como defende o autuante, mas de produto natural, sem casca, cujo NCM não tem previsão de substituição tributária. Deve, portanto, ser excluída, tal mercadoria, do levantamento fiscal”.

Quanto à mercadoria “CASTANHA CAJU ...” (NCMs 08013200, 08012200 e 08029000), possui razão o Sujeito Passivo, pois não se trata de salgadinho (produto industrializado), como defende o autuante, mas de castanha fresca, cujo NCM não tem previsão de substituição tributária. Deve, portanto, ser excluída, tal mercadoria, do levantamento fiscal.

Quanto às mercadorias “ESPETINHO JUNDIAI LINGUIÇA MISTA 480G” (NCM 16010000) e “ESPETINHO NUTRIAL LINGUIÇA CONG 370G” (NCM 16024900), possui razão o Sujeito Passivo, pois tais mercadorias saíram da ST em 2015, não estando em tal condição ao longo do período autuado. Devem, portanto, ser excluídas, tais mercadorias, do levantamento fiscal.

Quanto à mercadoria “MISTURA P/ BOLO” (NCMs 19012000 e 11010010), noto que merece acolhida a tese recursal, pois, embora a mistura para bolo tivesse passado a fazer parte do sistema de Substituição Tributária a partir do mês de jan/17, tal mudança somente contemplou a mistura para bolo com embalagem inferior a 5 kg, conforme 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”.

Excluo, portanto, do demonstrativo de débito apenas as misturas para bolo com 5 kg ou mais, conforme alega a Recorrente.

Quanto às embalagens com peso inferior a 5 kg, ficam mantidas no levantamento fiscal.

Quanto à mercadoria “MISTURA P/ PÃO QUEIJO YOKI 250G” (NCMs 19012000), não merece acolhida a tese recursal, pois a mistura para pães faz parte do sistema de Substituição Tributária, conforme Item 11.14.0 do Anexo 1 do RICMS/12, cuja descrição é “Misturas e preparações para pães com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior ou igual a 25 Kg”. Mantido o lançamento neste ponto.

Quanto à mercadoria “PEITO FGO SEARA ESCOLHA SAUD INT” (NCMs 1601000 e 16023100) possui razão o Sujeito Passivo, pois tais NCMs não têm previsão de substituição tributária no Anexo 1 do RICMS/12. Devem, portanto, ser excluídas, tais mercadorias, do levantamento fiscal.

Tal assertiva não se estende, todavia, ao “PEITO FRANGO SEARA DESFIADO 400G” (NCM 02071400), pois se trata de miudeza de aves, com previsão expressa no Item 11.31.1 do Anexo 1 do RICMS/12, que assim menciona: “*Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves e de suínos*”. Mantido, portanto, este item da autuação

Quanto à mercadoria “SACO PLAST” (NCMs 39232190 e 39232990), possui razão o Sujeito Passivo, pois estas NCMs não têm previsão de substituição tributária. O mesmo tratamento deve ser dispensado ao “SACO P/2 BAGUETE” (NCM 39232190) e “SACO BAU RETORNÁVEL RAFIA 102” (NCM 42022210). Devem, portanto, ser excluídas, tais mercadorias, no levantamento fiscal

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

| MÊS | ICMS | |
|--------|------|--------|
| jan/17 | R\$ | 569,61 |
| fev/17 | R\$ | 452,29 |
| mar/17 | R\$ | 115,18 |
| abr/17 | R\$ | - |

| | | |
|--------------|------------|------------------|
| mai/17 | R\$ | 319,32 |
| jun/17 | R\$ | 115,78 |
| jul/17 | R\$ | 152,76 |
| ago/17 | R\$ | 75,58 |
| set/17 | R\$ | 50,25 |
| out/17 | R\$ | 91,66 |
| nov/17 | R\$ | 130,97 |
| dez/17 | R\$ | 1.257,14 |
| jan/18 | R\$ | 2.307,29 |
| fev/18 | R\$ | 602,91 |
| mar/18 | R\$ | 130,97 |
| abr/18 | R\$ | 575,82 |
| mai/18 | R\$ | 148,26 |
| jun/18 | R\$ | 567,97 |
| jul/18 | R\$ | 82,86 |
| ago/18 | R\$ | 539,01 |
| set/18 | R\$ | 386,57 |
| out/18 | R\$ | 65,27 |
| nov/18 | R\$ | 623,23 |
| dez/18 | R\$ | 1.813,51 |
| TOTAL | R\$ | 11.174,21 |

Quanto à Infração 02, a conduta infratora foi descrita como “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução de imposto, ...*”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando que as mercadorias “AMENDOIM CRU COM CASCA”, “BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M” (NCM 3923.2190), e “ERVILHA FRESCA BONDUELLE 200G” (NCM 2005.4000) são tributadas no regime normal do ICMS sem qualquer isenção ou redução, fato que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal.

Quanto à mercadoria “AMENDOIM CRU COM CASCA KG” (NCM 2008.1100), não merece acolhida a alegação recursal, pois a mercadoria citada se encontra enquadrada no regime de substituição tributária, por força do Anexo 1, Item 11.11.0, do RICMS/12, cuja descrição é “*Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1kg*”.

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 2005.4000), 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”, sujeitos à tributação normal. Assim, tal mercadoria deve ser excluída do levantamento fiscal.

Reduzo, portanto, o valor lançado na Infração 02, excluindo as mercadorias “BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M” (NCM 3923.2190), e “ERVILHA FRESCA BONDUELLE 200G” (NCM 2005.4000), em conformidade com o demonstrativo abaixo.

| MÊS | ICMS |
|--------|-----------|
| jan/17 | R\$ 55,26 |
| fev/17 | R\$ 15,60 |
| mar/17 | R\$ 53,04 |
| abr/17 | R\$ 31,20 |
| mai/17 | R\$ 40,56 |
| jun/17 | R\$ 76,67 |
| jul/17 | R\$ 15,60 |

| | | |
|--------------|------------|-----------------|
| ago/17 | R\$ | - |
| set/17 | R\$ | 95,04 |
| out/17 | R\$ | 83,52 |
| nov/17 | R\$ | 10,37 |
| dez/17 | R\$ | 46,66 |
| jan/18 | R\$ | 64,80 |
| fev/18 | R\$ | 51,84 |
| mar/18 | R\$ | 23,33 |
| abr/18 | R\$ | 72,58 |
| mai/18 | R\$ | 38,88 |
| jun/18 | R\$ | 132,22 |
| jul/18 | R\$ | 77,76 |
| ago/18 | R\$ | 38,88 |
| set/18 | R\$ | 66,34 |
| out/18 | R\$ | 38,88 |
| nov/18 | R\$ | - |
| dez/18 | R\$ | 129,60 |
| TOTAL | R\$ | 1.258,63 |

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 escrituradas, ...*”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando que a autuação contém mercadorias tributadas no regime de substituição tributária.

Argumenta que a mercadoria denominada “PIZZA” (NCM 1905.9090) e “TORTA” (NCM 19052090) eram tributadas normalmente somente até o dia 31/05/2018, a partir de quando passou a ser enquadrada no regime de substituição tributária.

Quanto à alegação de que as mercadorias denominadas “PIZZA” (NCM 1905.9090) e “TORTA” (NCM 19052090) se encontravam enquadradas no regime de substituição tributária, a partir de 01/06/2018, assiste razão ao Sujeito Passivo, pois o Item 11.28.1 do Anexo 1 do RICMS/12 é taxativo ao se referir a “*Outros bolos industrializados e produtos de panificação não especificados anteriormente, incluindo as pizzas; exceto os classificados nos CEST 17.062.02 e 17.062.03 (grifo acrescido)*”.

Assim, reduzo a Infração 04 em conformidade com o demonstrativo abaixo.

| MÊS | ICMS |
|--------------|---------------------|
| jan/17 | R\$ 660,45 |
| fev/17 | R\$ 301,55 |
| mar/17 | R\$ 92,85 |
| dez/17 | R\$ 285,07 |
| jan/18 | R\$ 141,22 |
| fev/18 | R\$ 159,22 |
| mar/18 | R\$ 213,60 |
| abr/18 | R\$ 259,51 |
| mai/18 | R\$ 198,66 |
| jun/18 | R\$ 207,01 |
| jul/18 | R\$ 235,42 |
| ago/18 | R\$ 180,47 |
| set/18 | R\$ 209,78 |
| out/18 | R\$ 37,61 |
| nov/18 | R\$ 155,39 |
| dez/18 | R\$ 455,58 |
| TOTAL | R\$ 3.793,39 |

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\$ | 11.174,21 | R\$ | - | 60% |
| 2 | R\$ | 1.258,63 | R\$ | - | 60% |
| 3 | R\$ | 8.617,07 | R\$ | - | 60% |
| 4 | R\$ | 3.793,39 | R\$ | - | 60% |
| 5 | R\$ | 10.171,71 | R\$ | - | 60% |
| 6 | R\$ | 395,37 | R\$ | - | 60% |
| 7 | R\$ | 373,04 | R\$ | - | 60% |
| 8 | R\$ | - | R\$ | 119,39 | - |
| 9 | R\$ | - | R\$ | 676,35 | - |
| 10 | R\$ | - | R\$ | 1.108,28 | - |
| TOTAL | R\$ | 35.783,42 | R\$ | 1.904,02 | |

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 298958.0045/21-8, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 35.783,42**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “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 inciso IX da mesma Lei e Artigo já citados, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de julho de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS