

PROCESSO	- A. I. N º 298958.0048/21-7
RECORRENTE	- CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0130-02/22-VD
ORIGEM	- DAT NORTE /IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 15/09/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0228-11/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O regime tributário das mercadorias foi examinado com detalhamento pelo relator e excluído no período pertinente, razão pela qual não procede o argumento do recurso. Mantida a Decisão recorrida. 2 DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. Quanto às infrações 08 e 09, a Junta excluiu as notas que foram comprovadas, fato reconhecido pelo autuante na informação fiscal fls. 95/96 “reconhecemos em parte as alegações da suplicante e informamos a anexação a este PAF de novas planilhas de débito”. Na manifestação do recorrente à fl. 105, apenas pede que se faça a exclusão dos fatos geradores atingidos pela decadência, negado em primeira instância, mas sequer contestou que o autuante deixou no lançamento alguma nota fiscal que comprovou estar registrada. No Recurso Voluntário sequer reiterou o pedido de decadência. Negado o pleito para realização da diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente Recurso Voluntário, de Auto de Infração julgado Parcialmente Procedente em julgamento de Primeira Instância deste Conselho, lavrado em 16/12/2020, que lançou crédito no valor de R\$ 102.196,04, além de multas de 60% e por descumprimento de obrigação acessória, pela constatação de 10, sendo objeto deste recurso apenas as infrações 01, 08 e 09:

Infração 01. 001.002.006. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro de 2016 a dezembro de 2018, no valor de R\$ 17.791,49, multa de 60%.

Infração 08. 016.001.001. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada uma, resultando em débito de R\$ 1.200,67, para fatos observados entre janeiro de 2016 a novembro de 2017.

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 setembro, novembro e dezembro de 2016, janeiro a novembro de 2017, sendo aplicada multa percentual de R\$ 1.028,66.

Às fls. 31 a 44 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, e foi seguida pela informação fiscal do Autuante, fls. 81/98 e o auto foi a julgamento, com decisão pela Procedência Parcial conforme voto abaixo, fls. 124/57:

VOTO

O lançamento constitui-se em dez infrações arroladas pela fiscalização, objeto de impugnação por parte do autuado.

(...)

A reforçar o entendimento, a Súmula 12 do CONSEF, determina que “Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoá com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração”.

Diante de tal posicionamento, cristalino está que no caso em comento relativo à parte das infrações lançadas, a Secretaria da Fazenda se manteve inerte e sem adotar qualquer ação frente ao ocorrido, diante do longo lapso temporal (a partir de janeiro de 2016) e o lançamento tributário com ciência ao contribuinte (05 de julho de 2021).

Logo, por tais motivos, se encontram albergadas pela decadência, as seguintes infrações:

Na infração 01, as ocorrências dos meses de janeiro a junho de 2016;

Infração 02, as ocorrências dos meses de janeiro a abril e junho de 2016;

Infração 03, os fatos autuados de janeiro a junho de 2016;

Na infração 05, os meses de janeiro a junho de 2016;

No caso das infrações 06 e 07, ainda que a acusação se refira a “falta de recolhimento do imposto”, pelos demonstrativos elaborados pelos autuantes se percebe que, em verdade, a acusação diz respeito a recolhimento a menor, como se constata do demonstrativo elaborado para a infração 06 no mês de março de 2016, quando o débito apurado e tido como devido foi de R\$ 285,40, do qual foi deduzido o recolhimento efetuado de R\$ 236,88, resultando em imposto remanescente a ser lançado de R\$ 48,52, e na infração 07 no mês de fevereiro de 2018, foi apurado um montante de R\$ 231,53 a título de diferencial de alíquota, sendo abatido, todavia, o valor de R\$ 208,28 diante do recolhimento de tal valor pelo contribuinte, remanescendo débito de R\$ 23,25, ocorrendo, pois, antecipação do pagamento já abordado acima, e que implica na incidência do artigo 150, § 4º do CTN, fato que deságua na exclusão do mês de março de 2016 na infração 06, e de fevereiro de 2016 para a infração 07.

Tais períodos acima indicados, pois, devem ser retirados da autuação.

Não se aplica a disposição do artigo 150, § 4º do CTN, e sim, o artigo 173 do mesmo diploma legal, às infrações 04, 08, 09 e 10, pelos argumentos acima expostos.

(...)

Quanto ao pedido para realização de diligência, indefiro, diante do disposto no artigo 147, incisos I, alíneas “a” e “b” e II, alínea “a” do RPAF/99, segundo o qual:

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;
- b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;

II - de perícia fiscal, quando:

- a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;
- b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;
- c) a verificação for impraticável.

§ 1º A critério do órgão julgador, o pedido ou proposta de perícia fiscal poderá ser convertido em determinação de diligência, em atendimento ao disposto neste artigo” (grifei).

A justificativa para a desnecessidade da solicitação se pauta no fato de que os dados que serviram de base para o lançamento foram retirados da escrituração fiscal e documentos fiscais emitidos para e pela empresa autuada, os quais são de seu pleno conhecimento e responsabilidade quanto a emissão e prestação das informações ali contidas (notas fiscais emitidas e recebidas e livros fiscais transmitidos pela EFD), os quais se encontram em poder do contribuinte e também da SEFAZ, vez que emitidos eletronicamente, o que dispensa qualquer apresentação ao contribuinte, pois este transmitiu os arquivos SPED correspondentes.

Inexiste fundamentação robusta para amparar tal pedido, e ademais, não conseguiu a defesa indicar de forma e maneira precisa qual seria o objetivo da diligência, e o que deveria ser devidamente analisado quando do seu deferimento, acaso acatado, sendo o pleito realizado de maneira imprecisa.

Além do mais, o autuante quando da informação fiscal, efetivou o exame das questões postas para as infrações arroladas na autuação, realizando, inclusive, ajustes, em atenção ao pleito defensivo devidamente acolhido.

(...)

No mérito, inicio a análise pela infração 01, que diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal, relativo a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, com o que não concorda a autuada, listando diversos produtos para os quais entende estarem submetidos a tributação normal, e por consequência, lícito o uso do crédito fiscal.

O deslinde da matéria passa pela análise das NCM, bem como as descrições das mercadorias, diante do entendimento sedimentado neste órgão julgador, lastreado em posicionamento da SEFAZ para o enquadramento da mercadoria como sujeita à substituição tributária, como o constante do Parecer DITRI 25.452/2012, no seguinte sentido: “*ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Um produto está sujeito ao regime de substituição tributária quando possuir, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma vigente*”.

Este não é entendimento novo, inclusive posso, de igual forma, invocar também o Parecer 11.219/2010, o qual traz o seguinte posicionamento: “*Há de se informar, inicialmente, que, para a inclusão de um produto na Substituição Tributária, é necessário que haja a sua identidade não só com uma das definições contidas nos diversos itens do inciso II do art. 353 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. nº 6.284/97, RICMS, como com a classificação na NCM prevista no mesmo item*”.

Em outras palavras: para a inclusão de um produto na sistemática de substituição tributária, é necessária, a existência de perfeita identidade entre a NCM do produto e a sua descrição.

Partindo de tal premissa, de igual modo, passo a analisá-los, de per si, considerando aquelas indicadas na informação fiscal como integrantes do demonstrativo da autuação, tendo em vista as disposições do Anexo I ao RICMS/12, em suas versões para os exercícios de 2016, 2017 e 2018:

A tarefa do julgador é, pois, verificar se tal NCM se encontrava no rol dos produtos inseridos no Anexo I ao RICMS/12, e em caso positivo, se a descrição se coaduna com a dos produtos autuados.

CASTANHA PREZUNIC DO PARÁ 150G. CASTANHA YOKI CAJU 100G. NCM 0801.22.00 e 0801.32.00. Tais produtos apresentavam a seguinte tributação: em 2016, tal NCM não estava sujeita à substituição tributária, havendo apenas a previsão, nos itens 11.10.1 e 11.10.2 de substituição tributária para “Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1kg” e “Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo superior a 1kg”, respectivamente, na NCM 2008.1, diversa da autuada, que não corresponde, como visto, aos produtos autuados, os quais possuíam tributação normal, devendo ser excluídos da autuação.

Em resumo: as NCM 0801.22.00 e 0801.32.00 referente aos produtos CASTANHA DO PARÁ e CASTANHA DE CAJU, não possuíam previsão para substituição tributária em 2016, até 31/01/2017, sendo a tributação normal, o que justifica a sua exclusão do lançamento em tal período.

Em 2017, os itens que previam substituição tributária para os produtos “Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1kg” e “Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo superior a 1kg”, de NCM 2008.1, se encontravam nos itens 11.11.0 e 11.11.1 do Anexo I ao RICMS/12, inexistindo previsão de substituição tributária para a NCM 0801.22.00 e 0801.32.00 como apontado na planilha elaborada e apresentada pela defesa, sendo a tributação em tais NCM normais, o que enseja a retirada dos produtos da autuação, vez ser o uso do crédito fiscal lícito.

Já para 2018, a mesma situação verificada em 2017 se repete, inclusive quanto aos itens e NCM, devendo ser excluídos tais produtos do levantamento.

A NCM 0802.32.00, relativa a NOZES LA VIOLETERA não possuía no período autuado previsão para a realização de substituição tributária, sendo lícito o uso do crédito fiscal pelo contribuinte autuado, com a retirada do mesmo dos demonstrativos elaborados.

ESPETINHO NUTRIAL LINGUIÇA CONGELADA E ESPETINHO JUNDIAÍ LINGUIÇA MISTA de NCM 1602.49.00 e 1601.00.00. Tanto em 2016 e 2017, incluindo o mês de janeiro, quanto em 2018, inexistia previsão de substituição tributária para tais NCM, o que enseja a retirada de tais produtos do levantamento.

Já o *ESPETINHO NUTRIAL MISTO CONGELADO 500G, NCM 0207.14.00* em 2016 existia previsão para substituição tributária no item 11.31.1 do Anexo I ao RICMS para “Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves e de suínos”.

Em 2017, no item 11.35.0 do Anexo I ao RICMS se encontrava a previsão de substituição tributária para “Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves”, para a NCM 0207, enquanto em 2018 tal previsão se mantinha, com a mesma redação e item do Anexo I ao RICMS/12.

Considerando que ainda que com a NCM coincidente, a descrição do produto não guarda relação, vez que o espetinho misto reúne carnes de aves, suínos e bovinos, tal fato justifica a exclusão do lançamento.

GANACHE CHOCOLATE 4KG. NCM 1704.90.90 e 1806.32.10. Para 2016, existia previsão de substituição tributária para a NCM 1704.90.1, nos itens 11.1 do Anexo I ao RICMS/12 para “Chocolate branco, em embalagens de conteúdo inferior ou igual a 1 kg, excluídos os ovos de páscoa de chocolate” e 11.5 para “Ovos de páscoa de chocolate”, descrições não coincidentes com a dos produtos autuados, que, inclusive possuem embalagens de 4kg.

A NCM 1806.32.10 possuía, no mesmo período, previsão para substituição tributária no item 11.3 do Anexo I ao RICMS/12 para “Chocolate em barras, tabletes ou blocos em recipientes ou embalagens imediatas de conteúdo igual ou inferior a 2 kg”, descrição igualmente divergente dos produtos autuados.

Em 2017 e 2018, a mesma situação se repete quanto a itens e descrição nas NCM 1704.90.90 e 1806.32.10, significando que tais produtos têm tributação normal, sendo o uso do crédito fiscal lícito, implicando na retirada dos produtos do levantamento.

GRANULADO HARALD CHOCOLATE 1KG. NCM 1806.90.00. Em 2016, no item 11.4 do Anexo I ao RICMS/12 existia a previsão de substituição tributária para “Chocolates e outras preparações alimentícias contendo cacau, em embalagens de conteúdo igual ou inferior a 1 kg, excluídos os achocolatados em pó e ovos de páscoa de chocolate”.

Em 2017, a previsão para realização de substituição tributária se encontrava no item 11.7 do Anexo I ao RICMS/12 para “Bombons, balas, caramelos, confeitos, pastilhas e outros produtos de confeitoraria, contendo cacau”, ao passo que em 2018 a mesma descrição e item se repetem.

Assim, temos que sendo o produto da substituição tributária, o uso do crédito fiscal se mostra indevido, sendo o produto mantido no lançamento.

*MISTURA PARA BOLO (NCM 1901.20.00). Para 2016, no período de 10/03/2016 a 31/01/2017, a NCM 1901.2, no item 11.13 do Anexo I ao RICMS/12, previa a substituição tributária para “Mistura de farinha de trigo, **exceto mistura para bolo**”, ou seja, a mistura para bolo neste período se encontrava com tributação normal, o que implica em exclusão no demonstrativo elaborado pelo autuante, neste período, de tais operações, vez ser devido o crédito.*

Em 2017, vigorava a redação que produziu efeitos entre 01/02/2017 e 31/12/2017, tendo tal NCM (1901.2) previsão para substituição tributária no item 11.14.3, para os produtos “Misturas e preparações para bolo com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior a 5 Kg”.

Dai se conclui que apresentando a NCM 1901.2, os produtos abarcados pela substituição tributária correspondem a mistura para bolo, inclusive possuindo o peso acondicionado de 350 ou 450 gr., o que implica na manutenção de tais mercadorias no levantamento no período indicado.

Para 2018, a partir de 01/01/2018, a situação é a mesma daquela vigente em 2017, uma vez que o item 11.14.3 previa a substituição tributária para “Misturas e preparações para bolo com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior a 5 Kg”, na NCM 1901.2, fato que justifica a manutenção de tais produtos no lançamento.

A NCM 1901.90.90 para 2016 não possuía previsão para substituição tributária.

GRANOLA TIA SÔNIA NCM 1904.10.00 Para 2017, a partir de 01/02/2017, tal NCM encontrava previsão para substituição tributária no item 11.8 do Anexo I ao RICMS/12 (Produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou torrefação).

Em 2017 e 2018, se observa a mesma situação anteriormente descrita, ou seja, inexistir substituição tributária para tal produto, uma vez que, apesar de ser a NCM prevista para substituição tributária a 1904.1, ela não se enquadra no item 11.8 do Anexo I do RICMS, por ser um mix de cereais com frutas secas, enquanto que tal item refere-se, como visto, tão somente a “Produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou torrefação”.

No endereço eletrônico www.emposiotiasonia.com.br/granola-tia-sonia-tradicional-200g consta a seguinte descrição do produto: “Uma combinação perfeita de frutas desidratadas, flocos de aveia, gergelim, tapioca e castanha de caju que garantem uma alimentação saudável e deliciosa” sendo a sua composição “Flocos de aveia, rapadura, coco, tapioca, uva-passa, castanha de caju, gérmen de trigo, melaço de cana, manteiga, gergelim e sal do Himalaia”, o que suporta a assertiva quanto a não ser obtido por torrefação ou expansão.

Logo, tal produto deve ser retirado do levantamento fiscal.

SACO PLÁSTICO PÃO FRANCÊS. 34 x 40 C/1000. NCM 3923.21.90 e 3923.29.90. Em 2016, inexistia qualquer previsão de substituição tributária para a NCM 3923.2 no Anexo I ao RICMS, mesma situação tributária para 2017 e 2018, e diante de se constituir em material de embalagem, cujo crédito é permitido pela

legislação, não pode ser acolhido o argumento posto pelo autuante, quanto a acompanhar a tributação do pão, deve ser retirado do demonstrativo.

SACO PÃO GRANDE. NCM 4808.90.00. Esta NCM não tinha previsão no período autuado para substituição tributária, entretanto, segue o mesmo entendimento do produto anterior e pelas mesmas razões.

PILHA DURACELL ALCALINA PALITO L6 P4. NCM 8506.10.10. Inexistia no período autuado, qualquer previsão para substituição tributária da NCM de raiz 8506, devendo a mesma ser retirada do levantamento, por ser lícito o uso do crédito fiscal.

PRÉ MISTURA P/PANETONE COM GEMA 20KG. NCM 1902.22.00: No período autuado, tal NCM de raiz 1902.2 não possuía qualquer determinação para a realização de substituição tributária, o que determina a retirada do levantamento.

Esclareço que tal produto, de acordo com as informações indicadas pelo fabricante Adinor, comercializado sob a marca comercial Adinomax e disponibilizado através do endereço eletrônico <http://www.adinor.com.br/produto/58/preparado-para-panetone>, tem a seguinte composição química: “açúcar cristal, gordura vegetal hidrogenada, extrato de malte, lecitina de soja (INS 322), estabilizante polisorbato 80 (INS 433) e estearyl-2-lactil lactato de sódio (INS 482), monoglicerídeo de ácidos graxos (INS 471), conservante propionato de cálcio (INS 282), aroma natural de panetone, soro de leite, ácido ascórbico (INS 300) e enzima alfa amilase (INS 1100) ”.

Como visto, a exemplo dos itens anteriores, farinha de trigo não integra o produto, o que faz com que o mesmo não esteja submetido à substituição tributária.

Por fim, a NCM 1901.20.00 para o produto MISTURA PARA PÃO DE QUEIJO YOKI 250 G, O site do fabricante ([www.yoki.com.br/produto/pão-de-queijo](http://www.yoki.com.br/produto/pao-de-queijo)) indica que o mesmo se compõe de fécula de mandioca, amido modificado, gordura vegetal, sal, gordura vegetal hidrogenada, xarope de glicose, leite integral em pó, soro de leite em pó, queijo em pó, manteiga, maltodextrina, extrato de levedura, aromatizantes, reguladores de acidez ácido láctico, fosfato dipotássico, fosfato dissódico bicarbonato de cálcio, emulsificante mono e diglicerídeos de ácidos graxos antioxidante alfa-tocoferol.

A legislação, para 2016, em tal NCM, no item 11.3 do Anexo I ao RICMS/12 previa a substituição tributária para “Mistura de farinha de trigo, exceto mistura para bolo”, e como visto, o produto em tela não contém farinha de trigo em sua composição.

Em 2017, os itens 11.14.0, 11.14.1 e 11.14.3 determinavam a substituição tributária para produtos com tal NCM, que tivessem farinha de trigo em sua formulação, o que, como visto acima, não é a presente hipótese, e implica, diante da tributação normal, na retirada de tal item do lançamento.

Infração parcialmente procedente no montante de R\$ 7.651,12, frente a exclusão das ocorrências do período de janeiro a junho de 2016, pela incidência da decadência, bem como aquelas mercadorias objeto das observações acima e que não se encontravam nos períodos indicados na condição de sujeitas à substituição tributária.

2016

Julho	R\$ 10,00
Agosto	R\$ 56,92
Setembro	R\$ 12,17
Outubro	R\$ 119,36
Novembro	R\$ 171,05
Dezembro	R\$ 276,37

2017

Janeiro	R\$ 0,00
Fevereiro	R\$ 98,80
Março	R\$ 105,97
Abri	R\$ 28,85
Maio	R\$ 387,37
Junho	R\$ 242,98
Julho	R\$ 40,50
Agosto	R\$ 87,93
Setembro	R\$ 296,49
Outubro	R\$ 274,13
Novembro	R\$ 24,50
Dezembro	R\$ 757,10

2018

Janeiro	R\$ 1.209,70
Fevereiro	R\$ 312,14

<i>Março</i>	R\$ 301,74
<i>Abri</i>	R\$ 370,49
<i>Maio</i>	R\$ 122,60
<i>Junho</i>	R\$ 1.083,16
<i>Julho</i>	R\$ 274,48
<i>Agosto</i>	R\$ 16,24
<i>Setembro</i>	R\$ 369,54
<i>Outubro</i>	R\$ 31,08
<i>Novembro</i>	R\$ 768,54
<i>Dezembro</i>	R\$ 107,41

(...)

Quanto as infrações 08, 09 e 10, superada a questão da decadência, no mérito, esclareço que o registro dos documentos fiscais na escrituração fiscal da empresa se apresenta como obrigação acessória da mesma, sendo o seu cumprimento de extrema importância, ao registrar em sua escrituração fiscal, todas as entradas de mercadorias, bens ou serviços, ocorridas no seu estabelecimento.

Por pertinência, esclareço que não se está cobrando imposto, mas apenas e tão somente multa por descumprimento de obrigação acessória, pouco importando a situação tributária da operação ou da mercadoria contida em cada nota fiscal.

Tal falta dos registros das notas fiscais de entradas no livro fiscal respectivo, regulado no artigo 217 do RICMS/12, ou no registro C100 da EFD, conforme previsto no artigo 247 do RICMS/12 autoriza, como já explicitado, a aplicação da penalidade por descumprimento de obrigação acessória estatuída no artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, como ocorrido no presente caso, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias adquiridas ou serviços prestados, que entraram no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, como descrito na autuação.

Constato que a lei não excepciona qualquer operação ou prestação, pois a falta da escrituração regular dos documentos fiscais dificulta a fiscalização e a aplicação de diversos roteiros de auditoria, dentre outras implicações, sendo procedimento inaceitável para contribuintes, e irrelevante para a sua caracterização, o fato de as saídas de mercadorias serem ou não submetidas à incidência do ICMS, ou serem materiais de uso e consumo, ou para incorporação no ativo imobilizado.

Por este motivo, existe prejuízo para o Fisco, o que autoriza a imposição da sanção tributária.

Ressalto que para caracterização da infração, não há de ser considerada a natureza da operação ou qualquer outro elemento, e sim, o fato de notas fiscais relativas a tais operações ou prestações não estarem escrituradas na EFD do contribuinte, não tendo vindo aos autos prova total de tal escrituração.

O deslinde da matéria necessitaria da imprescindível prova, o que não veio aos autos, repito, de forma completa, além do que, em se tratando de documentos fiscais emitidos de forma eletrônica, o Fisco tem pleno conhecimento e controle das operações realizadas entre a empresa autuada e seus fornecedores, o que dificulta a omissão dos respectivos registros.

Quando da apresentação da impugnação, a autuada listou em planilha diversos documentos fiscais os quais garante ter escriturado, tendo comprovado nos autos tal escrituração, ainda que parcial motivo pelo qual tenho tais infrações como parcialmente subsistentes, conforme indicação do autuante, quando da informação fiscal prestada, valores com quais a autuada concorda, inexistindo, pois, qualquer lide que pudesse remanescer para as mesmas.

Assim, acolhendo as alterações realizadas pelo autuante, e constantes da mídia encartada à fl. 100, os valores julgados são os seguintes:

Infração 08

2016

<i>Janeiro</i>	R\$ 2,43
<i>Fevereiro</i>	R\$ 25,40
<i>Março</i>	R\$ 15,05
<i>Abri</i>	R\$ 19,36
<i>Maio</i>	R\$ 10,02
<i>Junho</i>	R\$ 189,08
<i>Julho</i>	R\$ 3,07
<i>Agosto</i>	R\$ 21,44
<i>Setembro</i>	R\$ 46,43
<i>Outubro</i>	R\$ 33,28
<i>Novembro</i>	R\$ 20,05
<i>Dezembro</i>	R\$ 172,43

2017

Janeiro	R\$ 207,02
Fevereiro	R\$ 1,35
Março	R\$ 47,24
Abril	R\$ 163,33
Maio	R\$ 7,52
Junho	R\$ 41,72
Julho	R\$ 1,92
Agosto	R\$ 25,95
Setembro	R\$ 6,29
Outubro	R\$ 2,94
Novembro	R\$ 37,08

Totaliza a infração R\$ 1.100,40. Observo que apesar da planilha apresentada indicar débito de R\$ 5,07 para o mês de dezembro, no Auto de Infração lavrado não aparece qualquer indicação de valor para este mês, não tendo sido tal valor computado no cálculo do autuante quando da informação fiscal prestada.

Infração 09:

2016

Janeiro	R\$ 1,10
Fevereiro	R\$ 26,70
Março	R\$ 44,08
Abril	R\$ 77,35
Maio	R\$ 2,92
Junho	R\$ 43,75
Julho	R\$ 22,23
Agosto	R\$ 109,86
Setembro	R\$ 0,26
Novembro	R\$ 31,06
Dezembro	R\$ 9,99

2017

Janeiro	R\$ 2,02
Fevereiro	R\$ 0,08
Março	R\$ 134,85
Abril	R\$ 1,20
Maio	R\$ 48,40
Junho	R\$ 133,49
Julho	R\$ 45,38
Agosto	R\$ 16,33
Setembro	R\$ 48,73
Outubro	R\$ 100,61
Novembro	R\$ 79,17

Monta a infração R\$ 979,56.

(...)

Infração 10

Pelas expostas razões, tenho o Auto de Infração presente como parcialmente subsistente em R\$ 43.822,10, de acordo com a seguinte demonstração:

Infração 01 R\$ 7.957,61 - multa 60%
Infração 02 R\$ 4.243,84 - multa 60%
Infração 03 R\$ 4.773,17 - multa 60%
Infração 04 R\$ 4.741,13 - multa 60%
Infração 05 R\$ 18.895,11 - multa 60%
Infração 06 R\$ 0,00 - multa 60%
Infração 07 R\$ 408,65 - multa 60%
Infração 08 R\$ 1.100,40 - descumprimento de obrigação acessória
Infração 09 R\$ 979,56 - descumprimento de obrigação acessória
Infração 10 R\$ 1.082,97 - descumprimento de obrigação acessória

Inconformado, o contribuinte ingressou com Recurso Voluntário às fls. 177/91.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal ao julgar a impugnação, houve por bem acolher integralmente os argumentos perfilados pela Contribuinte nas Infrações 01, 02, 03, 05, 06 e 07 quanto a decadência.

Não obstante, o julgamento prosseguiu com a manutenção parcial das infrações 01, 08 e 09. No que tange as infrações 02, 04, 05, 07 e 10, a defesa foi integralmente acolhida.

Sendo assim, são objeto desse Recurso Voluntário apenas as infrações 01, 08 e 09, cujas razões a seguir expostas demonstrarão a necessidade de reforma parcial do r. acórdão, o que desde já se requer.

NECESSIDADE DE REFORMA PARCIAL DO ACÓRDÃO RECORRIDO

IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 01

Em que pese a 2^a Junta de Julgamento Fiscal ter acatado parcialmente as razões de defesa da Recorrente, a r. decisão merece parcial reforma pois ainda remanescem na autuação, 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, sendo elas:

- a) ESPETINHO NUTRIAL MISTO CONG 500G,*
- b) MISTURA P/BOLO SARANDI ABACAXI 5KG,*
- c) MISTURA P/BOLO SARANDI CHOC 5KG,*
- d) MISTURA P/BOLO SARANDI COCO 5KG,*
- e) MISTURA P/BOLO SARANDI LARANJA 5KG,*
- f) MISTURA P/BOLO SARANDI NEUTRO 5KG, e*
- g) MISTURA P/PAO QUEIJO YOKI 250G.*

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

IMPROCEDÊNCIA DAS INFRAÇÕES 08 E 09

Ao analisar o valor da exigência consubstanciada na Infração 08 e 09, foram incluídos na autuação períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto.

Ressalte-se que foram incluídas no levantamento diversas mercadorias que foram efetivamente escrituradas no Livro Registro de Entrada – LRE, conforme arquivos denominados “Infração 08 Defesa” e “Infração 09, Defesa” que acompanharam a impugnação.

Em que pese a 2^a Junta de Julgamento Fiscal ter acatado parcialmente as razões de defesa da Recorrente, a r. 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, é 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.

DO REQUERIMENTO DE DILIGÊNCIA FISCAL

Nos termos do art. 137, I, ‘a’ do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) e conforme demonstrado nas linhas acima, a realização de diligência fiscal se faz extremamente necessária para demonstração da improcedência das infrações 01, 03, 08 e 09, conforme será abajo justificado.

A diligência é necessária para demonstração de que as mercadorias das infrações 01 foram tributadas no regime normal do ICMS. No que tange à infração 08 e 09, é 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, é inquestionável a determinação de diligência no caso presente, devendo esse pleito ser deferido.

CONCLUSÃO E PEDIDO

Por todas as razões aqui expostas a Recorrente requer:

- -A realização de Diligência Fiscal, nos termos delineados no tópico anterior;

- 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, 08, e 09, com o consequente cancelamento e arquivamento do Auto de Infração.

VOTO

Trata o Recurso Voluntário apenas das infrações 01, 08 e 09, e o recorrente pede por diligência acusando haver escriturado as notas fiscais das infrações 08 e 09 (multa de 1% pela falta de registro das entradas) mas a própria Junta acatou os documentos probatórios e reduziu as infrações. Se outras notas fiscais dependiam de prova, o recorrente deveria trazer ao processo e não arguir um pedido de diligência só pelo fato de afirmar que as notas foram registradas, sendo imprescindível trazer evidências de que há mesmo os registros e isso não foi apresentado, razão pela qual denego o pedido de diligência.

O Auto de Infração, inicialmente lavrado no valor total de R\$ 102.196,04 foi reduzido em julgamento de primo grau para R\$ 47.183,44. Todas as 03 infrações contestadas no Recurso Voluntário foram julgadas parcialmente procedentes em primeira instância. A infração 01 foi reduzida de R\$ 17.791,49 para R\$ 7.957,61, a 08 de R\$ 1.200,67 para R\$ 1.100,40 e a 09 de R\$ 1.028,66 para R\$ 979,56.

A infração 01 lançou imposto pelo crédito indevido em operações com mercadorias da substituição tributária. O recorrente lista mercadorias que afirma estar na tributação normal.

- a) *ESPETINHO NUTRIAL MISTO CONG 500G*
- b) *MISTURA P/BOLO SARANDI ABACAXI 5KG*,
- c) *MISTURA P/BOLO SARANDI CHOC 5KG*,
- d) *MISTURA P/BOLO SARANDI COCO 5KG*,
- e) *MISTURA P/BOLO SARANDI LARANJA 5KG*,
- f) *MISTURA P/BOLO SARANDI NEUTRO 5KG*, e
- g) *MISTURA P/PAO QUEIJO YOKI 250G*.

Tanto o espetinho Nutrial misto foi apreciado no julgamento recorrido, assim como as misturas para bolo Sarandi, diferenciados apenas pelo sabor. Vejamos:

Já o ESPETINHO NUTRIAL MISTO CONGELADO 500G, NCM 0207.14.00 em 2016 existia previsão para substituição tributária no item 11.31.I do Anexo I ao RICMS para “Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves e de suínos”.

Em 2017, no item 11.35.0 do Anexo I ao RICMS se encontrava a previsão de substituição tributária para “Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves”, para a NCM 0207, enquanto em 2018 tal previsão se mantinha, com a mesma redação e item do Anexo I ao RICMS/12.

Considerando que ainda que com a NCM coincidente, a descrição do produto não guarda relação, vez que o espetinho misto reúne carnes de aves, suínos e bovinos, tal fato justifica a exclusão do lançamento.

O voto recorrido excluiu o item mas mesmo assim o recurso pediu novamente a exclusão sem comprovar que no cálculo remanescente a mercadoria continuou no lançamento. Vejamos a mistura para bolos:

MISTURA PARA BOLO (NCM 1901.20.00). Para 2016, no período de 10/03/2016 a 31/01/2017, a NCM 1901.2, no item 11.13 do Anexo I ao RICMS/12, previa a substituição tributária para “Mistura de farinha de trigo, exceto mistura para bolo”, ou seja, a mistura para bolo neste período se encontrava com tributação normal, o que implica em exclusão no demonstrativo elaborado pelo autuante, neste período, de tais operações, vez ser devido o crédito.

Em 2017, vigorava a redação que produziu efeitos entre 01/02/2017 e 31/12/2017, tendo tal NCM (1901.2) previsão para substituição tributária no item 11.14.3, para os produtos “Misturas e preparações para bolo com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior a 5 Kg”.

Dai se conclui que apresentando a NCM 1901.2, os produtos abarcados pela substituição tributária correspondem a mistura para bolo, inclusive possuindo o peso acondicionado de 350 ou 450 gr., o que implica na manutenção de tais mercadorias no levantamento no período indicado.

Para 2018, a partir de 01/01/2018, a situação é a mesma daquela vigente em 2017, uma vez que o item 11.14.3 previa a substituição tributária para “Misturas e preparações para bolo com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior a 5 Kg”, na NCM 1901.2, fato que justifica a manutenção de tais produtos no lançamento.

A NCM 1901.90.90 para 2016 não possuía previsão para substituição tributária.

Conforme se verifica acima, o regime tributário das mercadorias foi examinado com detalhamento pelo relator e excluído no período pertinente, razão pela qual não procede o argumento do recurso. Mantida a Decisão recorrida.

Quanto às infrações 08 e 09, a Junta excluiu as notas que foram comprovadas, fato reconhecido pelo autuante na informação fiscal fls. 95/96 “reconhecemos em parte as alegações da suplicante e informamos a anexação a este PAF de novas planilhas de débito”. Na manifestação do recorrente à fl. 105, apenas pede que se faça a exclusão dos fatos geradores atingidos pela decadência, negado em primeira instância, mas sequer contestou que o autuante deixou no lançamento alguma nota fiscal que comprovou estar registrada. No Recurso Voluntário sequer reiterou o pedido de decadência.

Face ao exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 298958.0048/21-7, lavrado contra CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 41.019,51 acrescido da multa de 60%, previstas no artigo 42, incisos II, alíneas “a” e “f”, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, os acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 3.162,93, prevista no inciso IX do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 02 de agosto de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS