

PROCESSO - A. I. Nº 298627.0001/16-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
RECORRIDOS - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0192-01/17
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 18/10/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0309-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. a) USO E CONSUMO (Inf. 2). Correta a exclusão da JJF quanto aos fatos geradores atingidos pela decadência; **b)** MERCADORIAS ISENTAS (Inf. 3). Correta a exclusão da JJF dos produtos tributados. Acolhida a exclusão dos valores de janeiro a junho/2011, por ter decaído direito de constituição do crédito tributário, quando da ciência do Auto de Infração em 06/07/2016. Modificada a Decisão recorrida; **c)** MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (Inf. 4). Correta a exclusão da JJF dos itens tributados normalmente. Acolhida a decadência dos valores de janeiro a junho/2011 e mantido direito ao crédito relativo às saídas tributadas pelo regime normal, em respeito ao princípio não cumulatividade. Modificada Decisão recorrida; **d)** NOTAS FISCAIS CANCELADAS. (Inf. 5) Contagem decadencial pela regra do art. 173, I, do CTN. Havia direito de constituir o crédito de junho/2011, quando da ciência do Auto de Infração; **e)** FALTA DE ESTORNO. SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO (Inf. 8). Correta a redução da JJF quanto aos fatos geradores atingidos pela decadência. Razões do apelante incapazes à reforma da Decisão recorrida. **2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTADAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO** (Inf. 9). Contagem decadencial pela regra do art. 173, I, do CTN. Decretada, de ofício, a redução da multa de 100% para 60%, pois a legislação foi alterada a partir de abril de 2012. **3. RECOLHIMENTO A MENOS. a)** OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. BRINDES (Inf. 10). Correta a exclusão da JJF quanto aos fatos geradores atingidos pela decadência; **b)** DIVERGÊNCIA ENTRE IMPOSTO DESTACADO E ESCRITURADO. ICMS NORMAL (Inf. 13). Correta a exclusão da JJF quanto aos fatos geradores atingidos pela decadência; **c)** DIVERGÊNCIA ENTRE IMPOSTO DESTACADO E ESCRITURADO. ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (Inf. 14). Idem, quanto à decadência. **4. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. a)** NOTAS FISCAIS (Inf. 15). Idem, quanto à decadência; **b)** ECF. (Inf. 16). Idem, quanto à decadência. **5. RECOLHIMENTO A MENOS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. a)** ECF. (Inf. 17). Idem, quanto à decadência. Razões recursais incapazes à reforma da Decisão recorrida; **b)** NOTAS FISCAIS (Inf. 18). Idem, quanto à decadência. **6. DIFERENÇA ALÍQUOTAS. RECOLHIMENTO A MENOS. a)** ATIVO PERMANENTE. (Inf. 19). Idem, quanto à decadência.

Razões recursais incapazes à reforma da Decisão recorrida; **b)** USO E CONSUMO (Inf. 21). Idem item anterior. **c)** USO E CONSUMO. ERRO NA CLASSIFICAÇÃO (Inf. 22). Idem, quanto à decadência. 7. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS (Inf. 23). Idem, quanto à decadência. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão nº 0192-01/17, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito originalmente exigido, consoante art. 169, I, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte que inconformado com a referida Decisão apresenta a peça recursal, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito de R\$ 1.616.414,02, em razão da constatação de vinte e três irregularidades, sendo objeto do Recurso de Ofício as infrações 2, 3, 4, 8, 10, 13 a 19 e 21 a 23, como também objeto do Recurso Voluntário as exações: 3, 4, 5, 8, 9, 16, 17, 19 e 21, a seguir descritas:

INFRAÇÃO 02 - 01.02.02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 11.283,91, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de junho a dezembro de 2011 e janeiro a dezembro de 2012, conforme Anexos nº 3 e 4. (RO)

INFRAÇÃO 03 - 01.02.03 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor total de R\$ 35.574,60, referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2011 e 2012, conforme Anexos nº 5 e 6. (RORV)

INFRAÇÃO 04 - 01.02.06 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 282.565,56, referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2011 e 2012, conforme Anexos nº 7 e 8. (RORV)

INFRAÇÃO 05 - 01.02.11 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 674,58, referente a documento(s) fiscal(is) falso(s), ou inidôneo(s), nos meses de junho a agosto e outubro a dezembro de 2011, conforme Anexos nº 9 e 10. (RV)

INFRAÇÃO 08 - 01.05.03 - Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 31.288,19, proporcional à redução das saídas com redução de base de cálculo, nos meses de junho, novembro e dezembro de 2011 e janeiro a dezembro de 2012, conforme Anexo nº 15. (RORV)

INFRAÇÃO 09 - 02.01.02 - Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 1.868,99, referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, nos meses de janeiro de 2011 e agosto e setembro de 2012, conforme Anexos nº 16 e 17. (RV)

INFRAÇÃO 10 - 02.01.03 - Deixou de recolher ICMS de R\$ 22,26, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, referente a saída de mercadorias destinadas a doação e brindes sem tributação, nos meses de março e abril de 2011, conforme Anexos nº 18 e 19. (RO)

INFRAÇÃO 13 - 03.01.04 - O contribuinte recolheu a menor ICMS, no valor de R\$ 22.479,44, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, nos meses de janeiro a julho de 2011, conforme Anexos nº 23 e 24. (RO)

INFRAÇÃO 14 - 03.01.04 - O contribuinte recolheu a menor ICMS, no valor de R\$ 6.022,39, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, nos meses de janeiro a julho de 2011, conforme Anexos nº 25 e 26. (RO)

INFRAÇÃO 15 - 03.02.02 - Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$ 295,79, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, referente a saída de mercadorias por meio de notas fiscais eletrônicas, nos meses de fevereiro a abril de 2011 e julho e agosto de 2012, conforme Anexos nº 27 e 28. (RO)

INFRAÇÃO 16 - 03.02.02 - Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$ 645.029,30, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, referente a

saída de mercadorias por meio de ECF, nos meses de janeiro a dezembro de 2011 e 2012, conforme Anexos nº 29 e 30. (RORV)

INFRAÇÃO 17 - 03.02.04 - Recolheu a menor ICMS de R\$ 156.650,52, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2011 e 2012, conforme Anexos nº 31 e 32. (RORV)

INFRAÇÃO 18 - 03.02.05 - Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$ 3.232,69, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de janeiro a junho e dezembro de 2011 e março a maio, julho e setembro de 2012, conforme Anexos nº 33 e 34. (RO)

INFRAÇÃO 19 - 06.01.01 - Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 16.391,83, 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 janeiro e março de 2011 e fevereiro, agosto e dezembro de 2012, conforme Anexos nº 35 e 36. (RORV)

INFRAÇÃO 21 - 06.02.01 - Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 19.675,73, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro e abril a dezembro de 2011 e janeiro a dezembro de 2012, conforme Anexos nº 38 e 39. (RORV)

INFRAÇÃO 22 - 06.02.01 - Deixou de recolher ICMS, no valor total de R\$ 4.669,06, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de março e junho a dezembro de 2011 e janeiro a dezembro de 2012, conforme Anexo nº 40, combinado com o Anexo nº 4. (RO)

INFRAÇÃO 23 - 07.01.02 - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, no valor total de R\$ 27.419,69, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de janeiro, abril e setembro de 2011, conforme Anexo nº 41. (RO)

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 1.405.257,80, após verificar que o Auto de Infração preenche todos os requisitos legais, diante das seguintes considerações:

VOTO

[...]

Diante do exposto, entendo que se operou a decadência parcial, ou seja, em relação aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a junho de 2011, nas Infrações 02, 08, 10, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22 e 23, por contar o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no Art. 150, § 4º, do CTN, tendo em vista que o contribuinte declarou a ocorrência das operações, mas efetuou o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Deve ser ressaltado ainda que, conforme o Ofício PGE/PROFIS/NCA nº 03/2017, a data da ciência da lavratura do Auto de Infração é que deve ser considerada como marco para apuração da decadência, não importando a data da lavratura do Auto de Infração ou da ciência da 1ª Intimação ou do Termo de Início de Fiscalização.

Já em relação às Infrações 03, 04, 05 e 09, não se aplica a decadência quinquenal, devendo ser contado o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no Art. 173, I, do CTN, o que só ocorreria em 31/12/2016, sendo os créditos fiscais exigidos nas Infrações 03, 04 e 05 manifestamente ilegítimos e, na Infração 09, o Autuado não declarou a realização das operações.

[...]

No tocante ao mérito, verifico que o Autuado não apresentou nenhum questionamento para as Infrações 01, 02, 05, 06, 07, 09, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 18, 20, 22 e 23, em relação às quais não há lide, sendo integralmente procedentes as Infrações 01, 05, 06, 07, 09, 11, 12 e 20, e parcialmente procedentes as Infrações 02, 13, 14, 15, 18, 22 e 23, em função da decadência aos fatos geradores ocorridos de janeiro a junho de 2011, o que também resultou na improcedência da Infração 10. Assim, restaram em lide as Infrações 03, 04, 08, 16, 17, 19 e 21.

Na Infração 03, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS na aquisição de mercadorias isentas, o Autuado questionou a inclusão dos produtos mandioca palito, feijão temperado, ovos pasteurizados, sal grosso e Ajinomoto, por entender que são mercadorias sujeitas à tributação normal, sendo que os Autuantes acataram as alegações do Autuado, exceto apenas em relação ao sal grosso, aduzindo que este produto tem o direito ao benefício da redução de 100% da base de cálculo ou da isenção, conforme, respectivamente, o RICMS/97 e o RICMS/12.

Disseram que a Diretoria de Tributação - DITRI já firmou posicionamento neste sentido por meio dos pareceres nº 1.014/2006, 7.498/2006, 9.070/2006, 9.317/2006, 14.664/2010, 14.673/2010, 19.198/2010 e 16.780/2011.

Em que pese os referidos pareceres, o sal grosso possui tributação normal. Apenas o sal de cozinha, que não se

confunde com o sal grosso, tem o direito ao benefício da redução de 100% da base de cálculo ou da isenção, conforme, respectivamente, o RICMS/97 e o RICMS/12. Já há inclusive decisões neste CONSEF, mediante os Acórdãos CJF 0213-12/15 e 0236-12/15, no sentido de que o sal grosso possui tributação normal.

Diante do exposto, a Infração 03 é parcialmente procedente no valor total de R\$ 28.341,43, após as exclusões dos produtos mandioca palito, feijão temperado, ovos pasteurizados, sal grosso e Ajinomoto, conforme demonstrativo abaixo:

[...]

Quanto à Infração 04, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS na aquisição de mercadorias sujeitas à substituição tributária, o Autuado também afirmou que foram incluídas as seguintes mercadorias sujeitas à tributação normal: assentos, bebidas lácteas, biscoito de polvilho, mistura para bolinhos/petiscos, bomboniere, café solúvel, confeitos, cosméticos (corretivo e pincel), desodorantes, repelentes, embutidos/fiambre, espetinhos, filé de frango, farinha de rosca, sequilhos, flutuador, papel alumínio, talco e própolis.

Os Autuantes acataram as alegações do Autuado, exceto em relação aos seguintes produtos:

- Assentos: porque se trata de cadeira ou assento automotivo para bebês, NCM 9401.80.00, sujeito à antecipação tributária, conforme Art. 353, II, item 30, do RICMS/97 e item 28 do Anexo 1 do RICMS/12, já tendo sido firmado posicionamento neste sentido pela DITRI e pelo CONSEF por meio, respectivamente, do Parecer nº 16.454/2011 e do Acórdão CJF nº 0064-12/16.

- Bebidas lácteas: porque se trata de iogurte, NCM 0403.10.00, sujeito à antecipação tributária, conforme Art. 353, II, item 3, subitem 3.3, do RICMS/97 e item 21 do Anexo 1 do RICMS/12.

- Confeitos: porque se trata de chocolates m&m e preparações de confeitaria, classificados com as NCM 1806.3, 1806.9 e 1704.90.1, sujeitos à antecipação tributária, conforme Art. 353, II, item 8, subitem 8.5, do RICMS/97 e item 11 do Anexo 1 do RICMS/12, já tendo sido firmado posicionamento neste sentido pela DITRI mediante o Parecer nº 19.956/2009.

- Farinha de rosca: porque se trata de torrada ralada, produto derivado da farinha de trigo e sujeito à antecipação tributária, conforme Art. 353, II, item 11, subitens 11.4 e 11.4.2, do RICMS/97 e item 33, subitem 33.2, do Anexo 1 do RICMS/12, já tendo sido firmado posicionamento neste sentido pela DITRI mediante os Pareceres nº 6.019/2004 e 15.707/2012. Relacionaram vendas do produto realizadas pelo próprio Autuado sem o destaque do ICMS.

- Papel alumínio: porque se trata de produto de papelaria (papel laminado - NCM 7607.11.90), sujeito à antecipação tributária, conforme Art. 353, II, item 38, do RICMS/97 e item 27, subitem 27.35, do Anexo 1 do RICMS/12, já tendo sido firmado posicionamento neste sentido pela DITRI mediante o Parecer nº 29.883/2012.

- Talco: porque se trata de polvilho antisséptico, composto de ácidos salicílico e bórico, enxofre e óxido de zinco, classificado com a NCM 3004.90.99, incluído na tabela ABCFARMA, comprovando que se trata de medicamento, sujeito à antecipação tributária, conforme Art. 353, II, item 13, subitem 13.2, do RICMS/97 e item 32, subitem 32.1, do Anexo 1 do RICMS/12.

- Sequilhos: porque se trata produto assemelhado a um biscoito, derivado da farinha de trigo, classificada com a NCM 1905.31.00, sujeito à antecipação tributária, conforme Art. 353, II, item 11, subitens 11.4 e 11.4.2, do RICMS/97 e item 33, subitem 33.1, do Anexo 1 do RICMS/12.

Verifico que assiste razão aos Autuantes, estando todos os produtos acima descritos sujeitos à substituição tributária, conforme indicado. Portanto, a Infração 04 é parcialmente procedente no valor total de R\$ 271.417,04, de acordo com o demonstrativo apresentado na Informação Fiscal (fl. 242).

Na Infração 08, o Autuado alega que a fiscalização não observou os estornos de créditos indicados no Registro de Apuração do ICMS, entretanto não observou que o demonstrativo anexado no Auto de Infração indica as notas fiscais e as mercadorias sobre as quais a exigência está sendo efetuada, que não são as mesmas que integram a memória de cálculo referente ao estorno de crédito apresentada pelo Autuado, incluindo apenas os produtos que não foram objeto de estorno de crédito anteriormente. A Infração 08 é parcialmente procedente no valor de R\$ 30.870,75, tendo em vista a decadência em relação ao mês de junho de 2011, pelos motivos já expostos no início deste voto.

A Infração 16 trata de recolhimento a menor do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias por meio do ECF e regularmente escrituradas. O Autuado requereu a exclusão do valor de R\$ 47.744,20, alegando que não houve recolhimento a menor, pois a infração decorre da escrituração com a descrição genérica no registro C425 do EFD, em função de erro no seu sistema Calypso, o qual, quando operava “off line”, perdia a informação de alguns itens, que eram substituídos por um código genérico com a mesma natureza tributária dos produtos originários, após um cotejamento entre o sistema e o movimento de alíquotas da redução Z.

Os Autuantes demonstraram que grande parte dessa descrição genérica se refere aos produtos enquadrados na

NCM 2008.60.90, que são cerejas preparadas não acondicionadas em água edulcorada, produto tributado normalmente à alíquota de 17%. Como o Autuado não conseguiu comprovar que as mercadorias indicadas pela descrição genérica não eram tributadas ou eram tributadas com carga tributária inferior a 17%, a Infração 16 é parcialmente procedente no valor de R\$ 499.414,10, tendo em vista a decadência em relação aos meses de janeiro a junho de 2011, pelos motivos já expostos no início deste voto.

Quanto à alegação do direito ao suposto crédito utilizado a menor, verifico que não assiste razão ao Autuado, tanto porque não é permitida a utilização de créditos fiscais em valores superiores aos destacados nos documentos fiscais, quanto porque a escrituração intempestiva de crédito fiscal obedece a um rito próprio estabelecido no Art. 315 do RICMS/12.

A infração 17 exige imposto e multa relativo ao recolhimento a menor do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. O Autuado requereu a redução da infração no valor de R\$ 87.043,06, sob a alegação de erro na apuração do cálculo identificado no levantamento fiscal. Constatado que a divergência reside na base de cálculo do imposto, já que o Autuado utilizou como base de cálculo um valor inferior ao valor do item indicado no Campo 06 do Registro C470 da EFD. Diante do exposto, a Infração 17 é parcialmente procedente no valor de R\$ 155.874,93, tendo em vista a decadência em relação aos meses de janeiro a junho de 2011, pelos motivos já expostos no início deste voto.

Na Infração 19, é exigido ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo permanente do estabelecimento. O Autuado requereu a exclusão no valor de R\$ 13.368,31, alegando ter havido a inclusão indevida no lançamento de produtos de informática que, em seu entendimento, não estariam sujeitos ao pagamento do ICMS por diferença de alíquotas, por se tratar de mercadorias acobertadas pelo benefício da redução de base de cálculo, conforme previsão do Art. 87, V e XLIV, do RICMS/97.

Constatado que os produtos de informática são acobertados pelo benefício da redução de base de cálculo nas operações internas, com base no Art. 87, V e XLIV, do RICMS/97, e no Art. 266, XIII e XXXIV, do RICMS/12. Ocorre que o benefício de redução de base de cálculo não alcança o ICMS relativo à diferença de alíquotas, salvo quando decorrente de convênio interestadual ou nas operações com máquinas, aparelhos, equipamentos e implementos, conforme dispõe o Art. 72 do RICMS/97 e o Art. 268, § 4º, do RICMS/12.

Entretanto, no período de 21/12/2012 a 27/09/2013, foi alterado o procedimento para o cálculo do recolhimento do ICMS relativo à diferença de alíquotas em operações tributadas com redução da base de cálculo, previsto no Art. 268, § 4º, do RICMS/12. Neste período, a legislação permitia a aplicação da diferença de alíquotas sobre a base de cálculo reduzida.

Os Autuantes acertadamente acataram parcialmente as alegações do Autuado e efetuaram a redução do lançamento em relação ao mês de dezembro de 2012 para R\$ 5.917,75. Neste compasso, entendo que a Infração 19 é parcialmente procedente no valor total de R\$ 13.552,07, tendo em vista a redução acima e a decadência em relação aos meses de janeiro e março de 2011, pelos motivos já expostos no início deste voto.

Na Infração 21, é exigido ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. O Autuado requereu a exclusão no valor de R\$ 2.362,56, alegando ter havido a inclusão indevida no lançamento de material gráfico que, em seu entendimento, não sofre incidência do ICMS, citando o Art. 6º, I, c/c XIV, “d”, 1 e 2, do RICMS/97.

Os materiais gráficos a que o Autuado se refere são materiais promocionais de seus fornecedores, como Honda, Philadelphia, Hikari, Maguary e Mate Leão, utilizados para propaganda das mercadorias, tais como wobblers, banner, stooper, splash e móbile. Não se aplica o dispositivo citado por não se enquadrar na situação fática ali indicada, ou seja, não foram remetidos por um prestador de serviço gráfico.

Verifico que as mercadorias são destinadas a uso e consumo do Autuado, nos termos do Art. 4º, XV, da Lei nº 7.014/96, bem como do Art. 1º, § 2º, IV, do RICMS/97 e do Art. 305, § 4º, III, “a”, do RICMS/12. Contudo é parcialmente procedente a Infração 21, no valor de R\$ 18.228,59, tendo em vista a decadência em relação aos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio e junho de 2011, pelos motivos já expostos no início deste voto.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor histórico total de R\$ 1.405.257,80, conforme demonstrativo a seguir: (...)

Diante de tais considerações a Decisão da JJF foi pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor histórico de R\$ 1.405.257,80, recorrendo de ofício para uma das Câmaras do CONSEF.

No Recurso Voluntário, de fls. 314 a 334 dos autos, o recorrente apresenta as seguintes alegações:

Quanto à prejudicial de mérito de decadência, o recorrente discorda do entendimento da JJF em relação às infrações 3, 4, 5 e 9 e reitera o argumento da decadência sob o fundamento do recolhimento a menor do ICMS, pois, em 06/07/2016, data da ciência do Auto de Infração, já havia

ocorrido a perda do direito do fisco de rever o lançamento por homologação relativamente aos fatos geradores anteriores a 06/07/11, em razão do disposto no § 4º, do art. 150 do CTN, devendo-se excluir os valores exigidos do período de 01/2011 a 06/2011, em relação às infrações 3, 4, 5 e 9.

No mérito, em relação à infração 4, cuja acusação é de crédito indevido referente às mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, aduz que, quando da sua defesa, afirmou que na exação fiscal existiam mercadorias sujeitas à tributação normal, tendo os autuantes acatados suas alegações, com anuência da JJF, exceto em relação aos produtos:

- **Assentos**, o qual afirma ser tributado normalmente;
- **Bebidas lácteas**, tributado normalmente, pois o item 3.4, do inciso I, do art. 353 do RICMS foi revogado desde 01/10/2005;
- **Confeitos**, tributado normalmente, pois o item 8.3, do inciso I, do art. 353 do RICMS foi revogado desde 01/01/2009;
- **Farinha de rosca**, tributado normalmente, pois não incluído no item 11, do inciso I, do art. 353 do RICMS (farinha de trigo);
- **Papel alumínio**, tributado normalmente;
- **Talco**, tributado normalmente;
- **Sequinhos**, tributado normalmente, pois não incluído no item 11, do inciso I, do art. 353 do RICMS (farinha de trigo);

Quanto à infração 8, cuja acusação é de falta de estorno proporcional de crédito fiscal inerente às mercadorias saídas com redução da base de cálculo, o recorrente sustenta que o fisco e a JJF não observaram os estornos de créditos efetuados no Registro de Apuração do ICMS, do que requer diligência para posterior exclusão dos produtos.

Inerente à infração 16, cuja acusação é de recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias, o recorrente aduz que a infração tem relação às saídas de mercadorias no PDV com a descrição genérica para diversas mercadorias tributadas no registro C425 da EFD, do que se exige o ICMS de 17% para o código genérico. Afirma o apelante que esse problema decorria do antigo sistema de automação de frente da loja (Calypso) quando trabalhava off-line que acabava por perder informação de alguns itens e substituíam por um código genérico de acordo com a tributação da venda realizada em virtude do SPED fiscal cruzar estas informações e não permitir que o arquivo fosse enviado sem a descrição das mercadorias vendidas. Porém, afirma que neste caso não causou prejuízos ao Fisco, porque não era feita nenhuma alteração na movimentação de alíquotas das vendas dos ECF's. Assim, requer diligência para comprovar que as mercadorias indicadas pela descrição genérica não eram tributadas ou eram tributadas com a carga tributária inferior a 17%.

No tocante à infração 17, cuja acusação é de recolhimento a menor em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, afirma o recorrente que a fiscalização cometeu erro na formação de cálculo, do que diz comprovar através de planilha anexa à impugnação, razão para converte o PAF em diligência de modo a atestar o erro na apuração do cálculo identificado no levantamento fiscal.

Referente à infração 19, cuja acusação exige ICMS-DIFAL na aquisição de ativo fixo, alega o recorrente ter sido incluído indevidamente produtos de informática que gozam de redução de base de cálculo. Requer diligência.

E a infração 21, cuja acusação exige ICMS-DIFAL na aquisição de materiais de consumo, aduz que o equívoco foi incluir produto material gráfico que não sofre incidência do ICMS. Requer diligência.

Aduz, ainda, que não se considerou o crédito na mesma operação, o que vicia a autuação, pois, se houve erro na apuração e recolhimento do ICMS, o fisco não observou que os produtos que não

sofreram tributação a menos através do PDV, não tiveram o crédito a que tem direito na entrada das mercadorias. Requer diligência para abatimento do crédito a que tem direito.

Reitera o pedido de diligência fiscal à ASTEC para análise dos demonstrativos em busca do princípio da busca da verdade material, do que apresenta quesitos. Ao final requer provimento ao Recurso Voluntário.

Às fls. 342 a 345 dos autos, o recorrente apresenta documentos que comprovam sua adesão ao programa “Concilia/BA”, instituído pela Lei nº 14.016/2018 que anistiou parcela de multa e juros de créditos tributários, solicitando pagamento de parte dos débitos do Auto de Infração, recolhendo o valor principal de R\$ 1.185.347,65, acrescido de multa e juros reduzidos, perfazendo valor de R\$ 1.334.538,57, fazendo referência dos valores recolhidos às correspondentes infrações (fl. 343).

Às fls. 349 e 350 dos autos, em relação à infração 4, considerando o que estabelece o § 1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, na hipótese de praticar tributação normal, mesmo tratando-se de produtos sujeitos à substituição tributária, o direito ao crédito fiscal deverá ser concedido, em compensação ao débito fiscal nas saídas, diante do princípio da não-cumulatividade do ICMS, o PAF foi convertido em diligência à ASTEC para:

1º) Intimar o contribuinte a apresentar provas, por amostragem, relativas a diversas competências do período fiscalizado, de forma a comprovar o “modus operandi” de seu tratamento tributário aos referidos produtos de tributação normal, conforme alega ter procedido, ou seja, tê-los submetidos à incidência do imposto nas saídas, sob o regime normal de apuração;

2º) Em seguida, no caso da comprovação, excluir do ICMS remanescente exigido a título de crédito indevido (fl. 242), os valores relativos aos produtos cujo tratamento tributário ocorreu sob regime de apuração normal, apresentando demonstrativos finais de valores remanescentes, caso necessário.

Em resposta, foi informado que, apesar de intimado, o contribuinte não apresentou a prova solicitada, tendo o sujeito passivo, em seguida, anexado expediente com as devidas comprovações (fl. 372), razão de a CJF reiterar a diligência (fls. 386/387), tendo, ao final, às fls. 391 a 394 dos autos, sido anexado Parecer ASTEC nº 0007/2021, no qual se consignou:

O contribuinte apresentou planilha contendo a extração do relatório de vendas dos ECFs, por amostragem, relativo às mercadorias i) Bebida Láctea, ii) Confeitos e iii) Papel de alumínio, as quais juntas representam a maioria das mercadorias objeto dessa infração.

Foi procedida a verificação das informações constantes no relatório de saídas/vendas, apresentado pelo autuado em mídia eletrônica (CD) à fl. 372, constatando ter havido tributação normal das mercadorias constantes dos documentos anexados, sendo efetuadas as exclusões dos itens: (i) Bebida Láctea, (ii) Confeitos e (iii) Papel de Alumínio, conforme demonstrativo gravado em mídia eletrônica (CD) à fl. 395, devido ao grande volume de folhas no demonstrativo.

3. CONCLUSÃO

Efetuada as devidas verificações nos documentos apresentados pelo autuado em mídia eletrônica (CD) à fl. 372, sendo excluídos os itens (i) Bebida Láctea, (ii) Confeitos e (iii) Papel de Alumínio, conforme demonstrativo gravado em em CD à fl. 395, e demonstrativo de débito a seguir com os valores remanescentes:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

Data da Ocorrência	Data do Vencimento	ICMS
31.01.2011	09.02.2011	6.480,78
28.02.2011	09.03.2011	5.643,99
31.03.2011	09.04.2011	4.331,08
30.04.2011	09.05.2011	5.032,45
31.05.2011	09.06.2011	4.836,54
30.06.2011	09.07.2011	4.236,31
31.07.2011	09.08.2011	5.172,38
31.08.2011	09.09.2011	10.651,35
30.09.2011	09.10.2011	14.041,18
31.10.2011	09.11.2011	7.143,74
30.11.2011	09.12.2011	3.131,07
31.12.2011	09.01.2012	4.865,25
31.01.2012	09.02.2012	3.971,15
28.02.2012	09.03.2012	2.244,60
31.03.2012	09.04.2012	4.428,29

30.04.2012	09.05.2012	3.227,63
31.05.2012	09.06.2012	4.895,27
30.06.2012	09.07.2012	3.614,77
31.07.2012	09.08.2012	4.576,53
31.08.2012	09.09.2012	5.954,56
30.09.2012	09.10.2012	10.474,02
31.10.2012	09.11.2012	38.295,33
30.11.2012	09.12.2012	45.484,94
31.12.2012	09.01.2013	31.219,86
T O T A L		233.953,07

Às fls. 402 dos autos, instado a se manifestar sobre o resultado da diligência, aduz que:

1. Após a apresentação pela Contribuinte dos relatórios de vendas dos ECFs - levantamento das operações de saída – que comprovaram a tributação das mercadorias (i) Bebida Láctea, (ii) Confeitos e (iii) Papel Alumínio, essas foram excluídas do levantamento fiscal da Infração 04, com o que concorda a Contribuinte.
2. Sendo assim, a Recorrente pugna pelo julgamento de improcedência da infração 04, para que sejam também excluídas as demais mercadorias que igualmente foram tributadas na saída bem como o período atingido pela decadência, sendo, ao final, dado total provimento ao recurso voluntário.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo, estabelecimento sob Inscrição Estadual nº 68.833.574, integralmente da infração 10 e de parte do débito originalmente exigido nas infrações: 2, 3, 4, 8, 13 a 19 e 21 a 23 do lançamento de ofício, em valor superior a R\$ 200.000,00 (fl. 306), conforme previsto no art. 169, I, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância, em relação às infrações: 3, 4, 5, 8, 9, 16, 17, 19 e 21 do Auto de Infração, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF.

Quanto ao Recurso de Ofício, verifica-se que os valores exigidos com base nos levantamentos originais foram reformados em decorrência das seguintes razões:

Infrações 02, 08, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 22 e 23 as desonerações parciais decorreram apenas em função das exclusões dos valores exigidos nos meses de janeiro a junho de 2011, períodos em que havia operado a **decadência** do direito de constituição do crédito tributário, já que a ciência do Auto de Infração ocorreu em 06/07/16;

A **infração 10**, a improcedência também decorreu exclusivamente em razão da aludida **decadência**.

A **infração 3**, relativa à utilização indevida de crédito na aquisição de mercadoria isenta, a desoneração parcial decorreu em razão da exclusão dos valores relativos a mandioca palito, feijão temperado, ovos pasteurizados, sal grosso e ajinomoto, por tratarem de mercadorias sujeitas à tributação normal.

A **infração 4**, relativa à utilização indevida de crédito na aquisição de mercadoria sujeita à substituição tributária, a desoneração parcial decorreu em razão das alegações de defesa de inclusão de mercadorias sujeitas à tributação normal de: assentos, bebidas lácteas, biscoito de polvilho, mistura para bolinhos / petiscos, bomboniere, café solúvel, confeitos, cosméticos (corretivo e pincel), desodorantes, repelentes, embutidos/fiambre, espetinhos, filé de frango, farinha de rosca, sequilhos, flutuador, papel alumínio, talco e própolis, as quais foram acolhidas pelos autuantes, com anuência da JJF, com exceção dos itens: assentos, bebidas lácteas, confeitos, farinha de rosca, papel alumínio, talco e sequilhos.

A **infração 19**, quanto ao ICMS-DIFAL nas aquisições de ativo permanente, a desoneração parcial decorreu em função da aludida **decadência** e da redução do valor no mês de dezembro de 2012 de R\$ 6.393,83 para R\$ 5.917,75, em razão da redução da base de cálculo, conforme previsto no art. 268, § 4º, do RICMS/12, cuja alteração da legislação à época passou a permitir a aplicação da diferença de alíquotas sobre a base de cálculo reduzida, resultando no valor remanescente para a infração

de R\$ 13.552,07.

Assim, entendo correta a Decisão recorrida e não dou provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto às razões do Recurso Voluntário, inerente à alegação do sujeito passivo de que para as **infrações 3, 4, 5 e 9** deve-se também aplicar a decadência, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, **vislumbro caber razão parcial ao apelante**, pois, as **infrações 3 e 4** dizem respeito às acusações relativas ao **crédito indevido de mercadorias isentas e sujeitas à substituição tributária, cujas imputações decorreram da análise da própria escrituração fiscal do contribuinte**, de cujo contexto se apurou e recolheu o imposto, mesmo que supostamente a menor, através do livro Registro de Apuração do ICMS, dentro das competências de **janeiro a junho de 2011**, ensejando a plena possibilidade ao ente tributante de homologar o imposto, nos termos previstos no art. 150, § 4º do CTN. Em consequência, entendo que **havia decaído o direito de constituição do crédito tributário correspondente a tais meses**, quando da ciência do Auto de Infração, ocorrida em 06/07/2016, **devendo serem excluídos os valores correspondentes**.

Entretanto, em relação às **infrações 5 e 9**, inerentes à utilização indevida de crédito fiscal referente a documento fiscal falso ou inidôneo (valor de R\$ 10,12 – junho/11; fl. 51) – nota fiscal cancelada ou denegada - e por falta de recolhimento do ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais (valor de R\$ 106,88 – janeiro/11), deve-se aplicar o art. 173, I do CTN. Em consequência, em 06/07/2016, não havia operado a decadência do citado direito de constituição do crédito.

Provido parcialmente o Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida, quanto às infrações 3 e 4, excluindo-se as competências de **janeiro a junho de 2011** por ter decaído o direito de constituição do crédito tributário correspondente.

Constata-se, de ofício, na **infração 9**, a redução da multa de 100% para 60%, pois a legislação foi alterada a partir de abril de 2012. Portanto, reduz-se a **multa** para o percentual permitido nesta referida infração de valor de R\$ 1.868,99.

Em seguida, nos termos do art. 147, I, “a” e “b” do RPAF, indefiro o pedido de realização de diligência, por considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, ou por considerar a verificação impraticável, a exemplo da infração 16, conforme veremos na análise de mérito.

No **mérito**, quanto à **infração 4**, relativa à acusação fiscal de utilização indevida de crédito na aquisição de mercadoria sujeita à substituição tributária, alega o recorrente que são tributados normalmente os produtos: assentos, bebidas lácteas, confeitos, farinha de rosca, papel alumínio, talco e sequilhos.

Porém, considerando que *na hipótese* de que tais mercadorias fossem sujeitas ao regime de substituição tributária, mas comprovado que o contribuinte tivesse dado saídas tributadas pelo regime normal, teria direito ao crédito fiscal correspondente às entradas das ditas mercadorias, em respeito ao princípio da não cumulatividade do ICMS, cabendo-lhe apenas a exigência da multa prevista no § 1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, sob acusação específica, porém, nunca a exigência do crédito fiscal.

Assim, diante da diligência realizada pela ASTEC, às fls. 391 a 394 dos autos, pela qual se comprovou que, efetivamente, o “*modus operandi*” aos produtos: **bebidas lácteas, confeitos e papel alumínio** foi de tratamento de tributação normal, ou seja, se debitando do ICMS nas saídas das mercadorias, conforme alegado pelo contribuinte, e, em consequência, teria direito aos créditos fiscais correspondentes, tidos como indevidos, cujos as quantias foram excluídos do valor remanescente da JJF de R\$ 271.417,04 (fl. 242), resultando a exigência de R\$ 233.953,07 (fl. 393), relativo aos período de janeiro/11 a dezembro/12, restando o valor de R\$203.391,92 conforme o demonstrativo abaixo:

D. Ocorrência	D. Vencimento	ICMS Remanescente
31/01/2011	09/02/2011	0,00
28/02/2011	09/03/2011	0,00

31/03/2011	09/04/2011	0,00
30/04/2011	09/05/2011	0,00
31/05/2011	09/06/2011	0,00
30/06/2011	09/07/2011	0,00
31/07/2011	09/08/2011	5.172,38
31/08/2011	09/09/2011	10.651,35
30/09/2011	09/10/2011	14.041,18
31/10/2011	09/11/2011	7.143,74
30/11/2011	09/12/2011	3.131,07
31/12/2011	09/01/2012	4.865,25
31/01/2012	09/02/2012	3.971,15
28/02/2012	09/03/2012	2.244,60
31/03/2012	09/04/2012	4.428,29
30/04/2012	09/05/2012	3.227,63
31/05/2012	09/06/2012	4.895,27
30/06/2012	09/07/2012	3.614,77
31/07/2012	09/08/2012	4.576,53
31/08/2012	09/09/2012	5.954,56
30/09/2012	09/10/2012	10.474,02
31/10/2012	09/11/2012	38.295,33
30/11/2012	09/12/2012	45.484,94
31/12/2012	09/01/2013	31.219,86
Total		203.391,92

Quanto à manifestação recursal, às fls. 402 dos autos, para que sejam também excluídas as demais mercadorias que igualmente foram tributadas na saída, bem como o período atingido pela decadência, sendo, ao final, julgada improcedente a infração 4, válido registrar que o diligente, à fl. 392 dos autos, consignou que “*O contribuinte apresentou planilha contendo a extração do relatório de vendas dos ECFs, por amostragem, relativo às mercadorias i) Bebida Láctea, ii) Confeitos e iii) Papel de alumínio, as quais juntas representam a maioria das mercadorias objeto dessa infração.*” (grifo nosso).

Portanto, apesar de oportunizado ao recorrente a comprovação de sua alegação de que saíram tributados os demais itens, como atestado pelo preposto fiscal diligente o sujeito passivo não logrou êxito e, em consequência, comungo do entendimento da Decisão recorrida (fl. 298) de que estão sujeitos ao regime de substituição tributária os itens: assentos, farinha de rosca, talco e sequilhos, sendo, portanto, mantidos como créditos indevidos, conforme demonstrado à fl. 393 dos autos, **com exceção dos valores relativos aos meses de janeiro a junho de 2011**, cuja exclusão se impõe em razão da decadência.

Diante de tais considerações, a infração 4 remanesce no valor de R\$ 203.391,92 (R\$ 233.953,07 – R\$ 30.561,15), conforme demonstrado à fl. 393, do qual foi recolhido o valor de R\$ 192.615,79 (fl. 343).

Provido parcialmente o Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida, quanto à infração 4.

Já a **infração 8**, cuja acusação é de falta de estorno proporcional de crédito fiscal inerente às mercadorias saídas com redução da base de cálculo, o recorrente sustenta que a fiscalização e a Decisão recorrida não observaram os estornos de créditos efetuados no Registro de Apuração do ICMS.

Contudo, como já consignado na informação fiscal, às fls. 229 dos autos, os autuantes atestam que:

“A alegação não procede, pois no demonstrativo da infração em discussão (Anexo nº 15) não consta mercadoria que integra a memória de cálculo referente ao estorno de crédito apresentada pela Autuada, conforme Compact Disc apensado aos autos (p.134). Desta forma, o Anexo nº 15 inclui apenas os produtos que a Impugnante não efetuou o estorno de crédito.”

Diante desta afirmação a JJF concluiu pela procedência parcial da infração 8, excluindo apenas os valores decaídos, de cujo entendimento comungo eis que, a título de exemplo, do cotejo do “Anexo 15”, inerente ao mês de novembro de 2011, à fl. 68 dos autos, com o “Relatório de Estorno”, ínsito no CD de fl. 134 dos autos, verifica-se tratarem de mercadorias e/ou documentos distintos, pois, naquele levantamento fiscal constam: milho pipoca, Vinagre Flamita, leite em pó La

Sereníssima e leite líquido. Já na memória de cálculo do apelante, para a loja 35, constam: leite pó: Molico, Nan, Nestogeno, Betânia, Ninho, além do próprio Vinagre Flamita (porém com documento diverso), razão para se concluir que, efetivamente, não ocorreu o estorno de crédito dos documentos objeto da exação fiscal, como atestam os autuantes.

Diante de tais considerações, a exação 8 remanesce no valor de R\$ 30.870,75. Mantida a Decisão recorrida.

Inerente à **infração 16**, cuja acusação é de recolhimento a menor do ICMS em razão da alíquota diversa a de 17% nas saídas de mercadorias com a descrição genérica através do PDV, o recorrente alega que decorria do antigo sistema de automação que perdia a informação de alguns itens e substituíam por um código genérico de acordo com a tributação da venda realizada, porém, não causou prejuízos ao Fisco, porque não era feita nenhuma alteração na movimentação de alíquotas das vendas dos ECF's, do que anexa à impugnação demonstração dos valores indevidos de R\$ 47.744,20 (fl. 163 e CD fl. 188), onde descreve mercadorias "isenta", "não tributada" e com alíquotas diversas.

Por sua vez, a JJF concluiu que o autuado não conseguiu comprovar que as mercadorias indicadas pela descrição genérica não eram tributadas ou eram tributadas com carga tributária inferior a 17% e julgou a infração, no valor de R\$ 499.414,10, após excluir o período decaído.

Da análise das peças processuais atinentes, verifica-se que a exação se fundamenta nos Anexos 29 e 30, exemplares às fls. 102 a 106 dos autos, sendo analiticamente demonstrado os itens e as correspondentes alíquotas compreendidos da base de cálculo da exigência e, como consignado pelos autuantes (fl. 229) e na Decisão recorrida, o sujeito passivo não se desincumbiu de provar ao contrário do que está sendo acusado, inclusive em documentar tratarem de outras mercadorias que não aquelas, de modo a elidir a acusação fiscal, limitando-se apenas a alegar que não era feita nenhuma alteração na movimentação de alíquotas das vendas dos ECF.

A não identificação do produto enseja a aplicação da alíquota genérica, sendo a realização da diligência para comprovar que as mercadorias indicadas pela descrição genérica não eram tributadas ou eram tributadas com a carga tributária inferior a 17% é de ônus do contribuinte e impraticável se não houver sido devidamente documentada, à época dos fatos, fato este reconhecido pelo próprio contribuinte.

Quanto à pretensão recursal para que seja considerado o crédito na mesma operação, *por se tratar* de utilização de supostos créditos fiscais extemporâneos, como alega o recorrente, caberia cumprir o rito específico previsto no art. 315 do Decreto nº 13.780/12 (RICMS/BA), pelo qual se avaliaria a documentação pertinente e a liquidez do direito e, se houvesse, posterior autorização pela autoridade competente.

Mantida a Decisão recorrida, quanto à infração 16.

No tocante à infração 17, cuja acusação é de recolhimento a menor em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, o recorrente alega que os autuantes erraram na **formação do cálculo**, conforme diz comprovar através de planilha anexa à impugnação. Já a JJF concluiu apenas pela exclusão do período decaído, uma vez que o autuado utilizou a base de cálculo inferior ao valor do item indicado no Campo 06 do Registro C470 da EFD.

Da análise da aludida planilha, verifica-se que o apelante não tem razão pois o levantamento fiscal está correto e não contém erros de cálculo do imposto exigido, conforme tenta demonstrar, a exemplo de:

CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA							Erro na Formação de cálculo do auditor Cálculo Refeito pela Cencosud		
Data	Descrição	CTribInf	VIBelcms	VLIcmsInf	VLIcmsAud	Diferença	VLIcmsAud	VLIcmsInf	Diferença
31/07/2011	ADOCANTE FINN CRISTAL SACARINA 100ML	17	383,04	65,28	111,92	46,64	65,12	65,28	
31/12/2012	QUEIJO PARMESAO PICOLO PRETO FRAC KG	17	267,70	45,51	46,60	1,09	45,51	45,51	0,00
31/12/2012	JG KREA 100LAMP CASC C/CONEC BCO 110V	17	32,41	5,52	179,19	173,67	5,51	5,52	0,01
31/12/2012	PISCA KREA 140LAMP FUNCOES BCO 110V	17	7,97	1,36	75,53	74,17	1,35	1,36	0,01

31/12/2012	PISCA KREA 140LAMP FUNCOES COL 110V	17	3,99	0,68	12,82	12,14	0,68	0,68	0,00
31/12/2012	PISCA KREA 100LAMP VERMELHAS 110V	17	3,98	0,68	114,74	114,06	0,68	0,68	0,00
31/12/2012	PISCA PISCA KREA 50LAMP BCO	17	0,99	0,17	71,35	71,18	0,17	0,17	0,00
31/12/2012	MALA EUROLINE EU 534 PRETA M	17	1.029,00	174,93	219,10	44,17	174,93	174,93	-

Contudo, conforme demonstrado (fls. 232, 243 a 248 e 251/CD), verifica-se que o autuado aplicou base de cálculo inferior ao valor do item, sem qualquer justificativa, como se pode constatar a seguir:

Data	Descrição	Vlr. Item	Desc.	VlBcIcms	ali.	VLIcmsInf	B.C. Corr	VlIcmsAud	Diferença
31/07/2011	ADOCANTE FINN CRISTAL SACARINA 100ML	658,00	0,00	383,04	17%	65,28	658,00	111,92	46,64
31/12/2012	QUEIJO PARMESAO PICOLO PRETO FRAC KG	274,09	0,00	267,70	17%	45,51	274,09	46,60	1,09
31/12/2012	JG KREA 100LAMP CASC C/CONEC BCO 110V	1.054,05	0,00	32,41	17%	5,52	1.054,05	179,19	173,67
31/12/2012	PISCA KREA 140LAMP FUNCOES BCO 110V	444,27	0,00	7,97	17%	1,36	444,27	75,53	74,17
31/12/2012	PISCA KREA 140LAMP FUNCOES COL 110V	75,39	0,00	3,99	17%	0,68	75,39	12,82	12,14
31/12/2012	PISCA KREA 100LAMP VERMELHAS 110V	674,95	0,00	3,98	17%	0,68	674,95	114,74	114,06
31/12/2012	PISCA PISCA KREA 50LAMP BCO	419,72	0,00	0,99	17%	0,17	419,72	71,35	71,18
31/12/2012	MALA EUROLINE EU 534 PRETA M	1.288,80	0,00	1.029,00	17%	174,93	1.288,80	219,10	44,17

Diante de tais considerações, verifica-se não proceder a alegação recursal. Mantida a Decisão recorrida, quanto à infração 17.

Inerente à infração 19, cuja acusação exige ICMS-DIFAL na aquisição de ativo *fixo*, o recorrente alega inclusão indevida de produtos de informática com redução de base de cálculo, fato também que não tem pertinência, quanto ao valor remanescente, como já consignado na Decisão recorrida, abaixo transcrita:

Constato que os produtos de informática são acobertados pelo benefício da redução de base de cálculo nas operações internas, com base no Art. 87, V e XLIV, do RICMS/97, e no Art. 266, XIII e XXXIV, do RICMS/12. Ocorre que o benefício de redução de base de cálculo não alcança o ICMS relativo à diferença de alíquotas, salvo quando decorrente de convênio interestadual ou nas operações com máquinas, aparelhos, equipamentos e implementos, conforme dispõe o Art. 72 do RICMS/97 e o Art. 268, § 4º, do RICMS/12.

Entretanto, no período de 21/12/2012 a 27/09/2013, foi alterado o procedimento para o cálculo do recolhimento do ICMS relativo à diferença de alíquotas em operações tributadas com redução da base de cálculo, previsto no Art. 268, § 4º, do RICMS/12. Neste período, a legislação permitia a aplicação da diferença de alíquotas sobre a base de cálculo reduzida.

Os Autuantes acertadamente acataram parcialmente as alegações do Autuado e efetuaram a redução do lançamento em relação ao mês de dezembro de 2012 para R\$ 5.917,75. Neste compasso, entendo que a Infração 19 é parcialmente procedente no valor total de R\$ 13.552,07, tendo em vista a redução acima e a decadência em relação aos meses de janeiro e março de 2011, pelos motivos já expostos no início deste voto.

Mantida a Decisão recorrida, quanto à infração 19.

Em relação à infração 21, cuja acusação exige ICMS-DIFAL na aquisição de materiais de consumo, o apelante alega tratar-se de material gráfico que não sofre incidência do ICMS. Contudo, como já dito na Decisão recorrida:

Os materiais gráficos a que o Autuado se refere são materiais promocionais de seus fornecedores, como Honda, Philadelphia, Hikari, Maguary e Mate Leão, utilizados para propaganda das mercadorias, tais como wobblers, banner, stooper, splash e móbile. Não se aplica o dispositivo citado por não se enquadrar na situação fática ali indicada, ou seja, não foram remetidos por um prestador de serviço gráfico.

Verifico que as mercadorias são destinadas a uso e consumo do Autuado, nos termos do Art. 4º, XV, da Lei nº 7.014/96, bem como do Art. 1º, § 2º, IV, do RICMS/97 e do Art. 305, § 4º, III, “a”, do RICMS/12. Contudo é parcialmente procedente a Infração 21, no valor de R\$ 18.228,59, tendo em vista a decadência em relação aos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio e junho de 2011, pelos motivos já expostos no início deste voto.

Mantida a Decisão recorrida, quanto à infração 21.

Diante de tais considerações, NÃO DOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício e DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida, tão-somente quanto às infrações 3 e 4, as quais passam a ser, respectivamente de: **R\$ 27.940,66** (R\$ 28.341,43 da JJF – R\$

400,77 decaído) e **R\$ 203.391,92** (R\$ 233.953,07, conforme demonstrado à fl. 393 dos autos, – R\$ 30.561,15 decaído). Assim, o montante do Auto de Infração é no valor de R\$1.336.831,91, conforme o demonstrativo abaixo:

Infração	Julgado-JJF	Julgado-CJF	Multa	Enquadramento	Julgamento
1	134,88	134,88	60%	Art. 42, VII, “a”	Procedente
2	10.684,00	10.684,00	60%	Art. 42, VII, “a”	Procedente em Parte/N.Provido (RO)
3	28.341,43	27.940,66	60%	Art. 42, VII, “a”	Procedente em Parte/N.Prov. (RO)-Prov.Parcial (RV)
4	271.417,04	203.391,92	60%	Art. 42, VII, “a”	Procedente em Parte/N. Prov. (RO)-Prov.Parcial (RV)
5	674,58	674,58	100%	Art. 42, IV, “j”	Procedente/N.Provido (RV)
6	157.097,81	157.097,81	60%	Art. 42, VII, “a”	Procedente
7	7.798,04	7.798,04	60%	Art. 42, VII, “a”	Procedente
8	30.870,75	30.870,75	60%	Art. 42, VII, “b”	Procedente em Parte/N.Providos (ROV)
9	1.868,99	1.868,99	60%	Art. 42, II, “d”	Procedente em Parte/N.Provido—Red. da multa (RV)
10	0,00	0,00	-----	-	Improcedente/N.Provido (RO)
11	35.984,76	35.984,76	60%	Art. 42, II, “a”	Procedente
12	150.069,82	150.069,82	60%	Art. 42, II, “b”	Procedente
13	1.534,38	1.534,38	60%	Art. 42, II, “b”	Procedente em Parte/N.Provido (RO)
14	339,74	339,74	60%	Art. 42, II, “b”	Procedente em Parte/N.Provido (RO)
15	208,17	208,17	60%	Art. 42, II, “a”	Procedente em Parte/N.Provido (RO)
16	499.414,10	499.414,10	60%	Art. 42, II, “a”	Procedente em Parte/N.Providos (ROV)
17	155.874,93	155.874,93	60%	Art. 42, II, “a”	Procedente em Parte/N.Providos (ROV)
18	2.054,49	2.054,49	60%	Art. 42, II, “a”	Procedente em Parte/N.Providos (RO)
19	13.552,07	13.552,07	60%	Art. 42, II, “f”	Procedente em Parte/N.Providos (ROV)
20	184,18	184,18	60%	Art. 42, II, “f”	Procedente
21	18.228,59	18.228,59	60%	Art. 42, II, “f”	Procedente em Parte/N.Providos (ROV)
22	4.420,21	4.420,21	60%	Art. 42, II, “f”	Procedente em Parte/N.Provido (RO)
23	14.504,84	14.504,84	60%	Art. 42, II, “d”	Procedente em Parte/N.Provido (RO)
Total	1.405.257,80	1.336.831,91			

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER EM PARTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298627.0001/16-1**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 1.336.831,91**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 1.336.157,33 e 100% sobre R\$ 674,58, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b”, “d” e “f”; IV, “j” e VII, alíneas “a” e “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos (fls. 378/384).

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

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS