

PROCESSO - A. I. Nº 298958.0024/20-2
RECORRENTE - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0052-04/22-VD
ORIGEM - DAT NORTE / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/10/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0331-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Produtos na sistemática de substituição tributária, é necessária a perfeita identidade entre a NCM do produto e a sua descrição no Anexo I do RICMS, relativamente ao recorte temporal analisado na autuação. Exclusão da mercadoria: “AMENDOA EUROCAJU SACHE 100G” (NCM 08012200), “CARNE ANGLO BOVINA 320G” (NCM 1602.50.00), ESPETINHO JUNDIAÍ LINGUIÇA MISTA 480G, etc. (NCM 16010000) NCM, MASSA P/ PIZZA F15 (NCM 19022000), “SACO P/1 BAGUETE” (NCM 39232190). Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida; **b)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Razões de defesa não são suficientes para elidir a autuação. Item subsistente. Item reconhecido. 2. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Razões de defesa não são suficientes para elidir por completo a autuação. Refeitos os cálculos em Sede de Informação Fiscal. Item subsistente em parte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário previsto no art. 169, I, “b” do RPAF, interposto pelo sujeito passivo em face da Decisão proferida pela 4ª JJF, através do Acórdão nº 0052-04/22-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafoado, lavrado em 17/12/2020 para exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$ 221.024,82 inerente a 10 irregularidades referentes aos anos de 2016, 2017 e 2018, conforme demonstrativos constantes do CD/Mídia de fl. 22, sendo objeto da peça recursal as seguintes acusações (1, 3 e 5):

INFRAÇÃO 01 - 01.02.06: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquiridas(s) com pagamento de imposto por substituição tributária nos anos de 2016, 2017 e 2018, conforme demonstrativo CRÉDITO FISCAL INDEVIDO ST constantes do CD/Mídia de fl. 22 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 12.580,34, com enquadramento no art. 9º e art. 29, § 4º, inc. II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 290, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 - 01.02.41: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque a maior no documento fiscal nos anos de 2016, 2017 e 2018, conforme demonstrativo CRÉDITO FISCAL UTILIZADO A MAIOR constantes do CD/Mídia de fl. 22 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 19.331,40, com enquadramento no art. 29 e 31, da Lei 7.014/96, c/c art. 309, § 6º, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 05 – 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas no ano de 2016, 2017, conforme demonstrativo SAÍDA TRIBUTADAS A MENOR constantes do CD/Mídia de fl. 22 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 40.194,31, com enquadramento nos artigos 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96, e multa de 60% aplicada na forma

do art. 42, inc. II, alínea “a” do mesmo diploma legal.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte nos seguintes termos:

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS decorrente de obrigação principal, no montante de R\$ 216.508,42, relativo a sete irregularidades; e por multa acessória, no montante de R\$ 4.516,40, relativo a três irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, perfazendo o total de dez infrações, no valor total de R\$ 221.024,82, sendo impugnadas parcialmente ou totalmente as infrações 01, 02, 03, 04, 05 e 10. Por sua vez, as infrações 06, 07, 08 e 09, informou o defendente, que ainda estava analisando o levantamento fiscal e seus documentos de apuração, onde, em nome dos princípios da ampla defesa e da busca da verdade material, pediu para anexar suas razões até a realização de diligência fiscal, que requer.

Primeiramente, há de se destacar que na peça de defesa propriamente dita não há qualquer pedido de diligência na forma do que dispõe o art. 147 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/99, relativamente às infrações 06, 07, 08 e 09, todavia, dado em sede de Informação Fiscal, às fls. 59/74 dos autos, o agente Fiscal Autuante ter alterado o demonstrativo de débito das infrações 01, 02, 04, 05 e 10, com as considerações do sujeito passivo, em sede de defesa, e este não ter concordado tão somente com as alterações efetuadas, esta 4ª JF, à fl. 91, na sessão suplementar do dia 30/11/2021, decidiu pela conversão do presente PAF em Diligência Fiscal ao Autuante, para manifestar sobre as arguições do sujeito passivo de fls. 83/87 dos autos.

Posto em Diligência Fiscal o presente PAF, às fls. 96 a 107, o agente Autuante apresenta Informação Fiscal à manifestação do Contribuinte Autuado de fls. 83/87, em atendimento ao pedido desta 4ª JF, de fl. 95, nos termos a seguir:

Relativamente à infração 01, o agente Autuante diz que em sua nova peça defensiva, o Contribuinte Autuado reitera a necessidade de elaboração de novo levantamento, pois ainda remanescem na autuação algumas mercadorias tributadas no regime normal. A título de amostragem, indicou algumas mercadorias que ao seu olhar são tributadas no regime normal, e que estão incluídas no levantamento da acusação fiscal de crédito indevido.

Em seguida, passou então a analisar de forma individual cada produto apontado pela Autuada, conforme as seguintes considerações:

- AMENDOIA EUROCAJU SACHE 100G – Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.11.0 – NCM 2008-1 – Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 Kg;

- CARNE ANGLO BOV 320G – Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.31 – NCM 0201, 0202, 0204 e 0206 – Carne de gado bovino, ovino, e bufalino e produtos comestíveis resultantes da matança desse gado frescos, resfriados ou congelados;

- CASTANHA CAJU CAST CARRILHO C/PIMENTA 10, CASTANHA CAJU LA VIOLETA NAT PT 150G, etc. – Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.11.0 – NCM 2008-1 – Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 Kg;

- ESPETINHO JUNDIAÍ LINGUIÇA MISTA 480G, etc. – Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.31 – NCM 0201, 0202, 0204 e 0206 – Carne de gado bovino, ovino, e bufalino e produtos comestíveis resultantes da matança desse gado frescos, resfriados ou congelados, bem como o item – 11.35.0 - NCM 0207, 0209, 0210.99 e 1501 – Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves;

- MASSA P/PIZZA F15 - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.16 – NCM 1902.1 – Massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo;

- PEITO DE FRANGO SEARA DESFIADO 400G - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item – 11.35.0 - NCM 0207, 0209, 0210.99 e 1501 – Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves; e

- SACO PAP KRAFT PARDOS PÃO 44X54 1000, SACO PLAST PP PÃO FORM 22X47X6 C/1000, CACO PLAST P/BISC 20X35 - Produto enquadrado no regime da substituição tributária, informamos trata-se de sacos para embalagem de pães na seção de PADARIA dos mercados e supermercados, produto enquadrado no regime da substituição tributária, portanto o produto acessório (SACO PADARIA 40X50) acompanham a tributação do produto principal (PÃO, BISCOITO, PANETONE, etc.).

Neste contexto, diz o agente Fiscal Autuante, assim, manter para esta infração 01 a informação fiscal prestada às fls. 57 a 76, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 12.555,33.

Quanto à infração 02, o agente Autuante diz que em sua nova peça defensiva, o Contribuinte Autuado informa remanescer produtos que são tributados no regime normal. Quanto a esta Infração, as mercadorias que discorda são:

- **BOBINA PLAST PICOT – Produto ISENTO** – Trata-se 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) acompanham a tributação do (s) produtos (s) principal;

- **ERVILHA FRESCA BONDUELLE 200G** – Produto ISENTO - mercadoria em estado “fresca”, portanto produto beneficiado pela isenção; e

Neste contexto, diz o agente Fiscal Autuante, manter para esta infração 02 a informação fiscal prestada às fls. 57 a 76, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 16.334,08.

Por sua vez, em relação à infração 03, onde o Contribuinte Autuado, sem tampouco apresentar qualquer elemento probante, diz que a Fiscalização deixou de verificar que o valor do crédito lançado na escrita fiscal é igual ao valor do imposto destacado nos documentos de entrada e de saída, o agente Fiscal Autuante diz manter para esta infração a informação prestada às fls. 57 a 76, e a cobrança do crédito tributário em seu montante integral.

Já em relação à infração 04, o agente Autuante diz que a Autuada, em sua nova peça defensiva, alega que grande parte das mercadorias objeto da infração em tela estão incluídas no regime da substituição tributária, não sendo devido o destaque do imposto nas operações de saída, uma vez que o ICMS já foi recolhido em operação antecedente.

(...)

Em seguida, diz reconhecer como procedentes em parte as alegações defensivas, e informa o refazimento das planilhas, levando em consideração os produtos enquadrados no regime da substituição tributária, bem como dos produtos que constam em duplicidade nas planilhas de débito, em que anexou a este PAF novas planilhas para esta Infração 04, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 42.865,23.

Em relação à infração 05, o agente Autuante diz que a Autuada, sem qualquer elemento probante, em sua nova peça impugnatória, reafirma que ao elaborar o levantamento fiscal, a Fiscalização equivocou-se ao revisar as alíquotas aplicadas nas saídas, tendo considerado percentuais superiores ao disposto na legislação do ICMS. Diz então manter para esta infração 05 a informação prestada às fls. 57 a 76, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 39.582,30.

Quanto às infrações 06, 07, 08 e 09, registra o agente Autuante, em que pese o defendente tenha expressado na sua peça de defesa o pedido para apresentar suas razões até a realização de diligência fiscal, não apresentou qualquer manifestação.

Por fim, quanto à Infração 10, o agente Autuante diz que o sujeito passivo concorda com a conclusão da informação fiscal, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 1.543,51.

À fl. 110 têm-se Mensagem DT-e relativa ao Termo de Intimação, dando ciência em 03/01/22 ao Contribuinte Autuado da Informação Fiscal de fls. 96 a 107, relativa à sua manifestação de fls. 83/87, em atendimento ao pedido desta 4ª JF de fl. 95.

Às fls. 113/114 dos autos, vê-se manifestação do Contribuinte Autuado à Informação Fiscal de fls. 96 a 107, desenvolvida a pedido desta 4ª JF. Aqui, o sujeito passivo, assim se manifesta:

Com relação à infração 1, registra o sujeito passivo, sem apresentar qualquer novo demonstrativo na peça defensiva, nem tampouco apresentar qualquer elemento probante, diz que pelo fato de o agente Fiscal Autuante ter acatado parte das alegações de defesa da Contribuinte, se faz necessária a elaboração de novo levantamento fiscal, pois remanescem mercadorias tributadas no regime normal do ICMS. Reitera, portanto, as razões de defesa apresentadas até aqui.

Em relação à infração 3, sem tampouco apresentar qualquer demonstrativo, muito menos qualquer elemento probante, como assim procedeu nas duas oportunidades anteriores que ingressou nos autos, diz que reitera suas razões de defesa, pugnando pela sua improcedência.

(...)

Logo, vejo restar subsistente parcialmente a infração 01 no valor de R\$ 12.555,33, parte integrante do CD/Mídia de fl. 76 dos autos, na forma do demonstrativo de débito a seguir:

DEMONSTRATIVO REMANESCENTE DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 01 – 01.02.06					
DATA	DATA	VALOR HIST	VALOR HIST APÓS	OCORRÊNCIA	VALOR

OCORR	VENCTO	LANÇAMENTO ORIGINAL (R\$)	INFORMAÇÃO FISCAL (R\$)		JULGADO (R\$)
31/01/2016	09/02/2016	362,98	362,98	PROCEDENTE	362,98
29/02/2016	09/03/2016	258,05	258,05	PROCEDENTE	258,05
31/03/2016	09/04/2016	110,83	110,83	PROCEDENTE	110,83
30/04/2016	09/05/2016	289,69	289,69	PROCEDENTE	289,69
31/05/2016	09/06/2016	130,17	130,17	PROCEDENTE	130,17
30/06/2016	09/07/2016	265,45	265,45	PROCEDENTE	265,45
31/07/2016	09/08/2016	104,00	104,00	PROCEDENTE	104,00
31/08/2016	09/09/2016	164,06	164,06	PROCEDENTE	164,06
30/09/2016	09/10/2016	95,51	70,51	PROCEDENTE	70,51
31/10/2016	09/11/2016	271,72	271,72	PROCEDENTE	271,72
30/11/2016	09/12/2016	343,22	343,22	PROCEDENTE	343,22
31/12/2016	09/01/2017	342,96	342,96	PROCEDENTE	342,96
30/01/2017	09/02/2017	483,97	483,97	PROCEDENTE	483,97
28/02/2017	09/03/2017	265,29	265,29	PROCEDENTE	265,29
31/03/2017	09/04/2017	414,18	414,18	PROCEDENTE	414,18
30/04/2017	09/05/2017	116,42	116,42	PROCEDENTE	116,42
31/05/2017	09/06/2017	96,23	96,23	PROCEDENTE	96,23
30/06/2017	09/07/2017	112,95	112,95	PROCEDENTE	112,95
31/07/2017	09/08/2017	374,34	374,34	PROCEDENTE	374,34
31/08/2017	09/09/2017	254,99	254,99	PROCEDENTE	254,99
30/09/2017	09/10/2017	356,76	356,76	PROCEDENTE	356,76
31/10/2017	09/11/2017	372,38	372,38	PROCEDENTE	372,38
30/11/2017	09/12/2017	806,00	806,00	PROCEDENTE	806,00
31/12/2017	09/01/2018	469,82	469,82	PROCEDENTE	469,82
31/01/2018	09/02/2018	306,22	306,22	PROCEDENTE	306,22
28/02/2018	09/03/2018	763,78	763,78	PROCEDENTE	763,78
31/03/2018	09/04/2018	152,73	152,73	PROCEDENTE	152,73
30/04/2018	09/05/2018	323,25	323,25	PROCEDENTE	323,25
31/05/2018	09/06/2018	123,53	123,53	PROCEDENTE	123,53
30/06/2018	09/07/2018	1.224,52	1.224,52	PROCEDENTE	1.224,52
31/08/2018	09/09/2018	587,60	587,60	PROCEDENTE	587,60
30/09/2018	09/10/2018	622,81	622,81	PROCEDENTE	622,81
31/10/2018	09/11/2018	453,61	453,61	PROCEDENTE	453,61
30/11/2018	09/12/2018	689,72	689,72	PROCEDENTE	689,72
31/12/2018	09/01/2019	470,60	470,60	PROCEDENTE	470,60
Total da Infração 01		12.580,34	12.555,34		12.555,34

(...)

A infração 03, o defendente, sem apresentar qualquer elemento probante na manifestação de fl. 83/87, bem assim na de fl. 113/114, diz que a Fiscalização deixou de verificar que o valor do crédito lançado na escrita fiscal é igual ao valor do imposto destacado nos documentos de entrada e de saída.

O agente Fiscal Autuante, após uma exaustiva análise dos itens arguidos na peça de defesa inicial de fl. 29/37 dos autos, diz manter os itens lançados para esta infração na Informação Fiscal de fl. 57/74. Este posicionamento é mantido em todas as oportunidades que voltara aos autos, inclusive quando solicitado por esta 4ª JJF, em relação à manifestação do Contribuinte Autuado de fls. 83/87.

Vejo que tanto na manifestação de fl. 83/87, quanto na nova manifestação de fl. 113/114 dos autos, o Contribuinte Autuado repete suas considerações já apresentadas na peça de defesa inicial de fl. 29/37, em que o agente Fiscal Autuante já manifestara de forma assertiva, na Informação Fiscal de fls. 57/74, expressando suas razões para a manutenção dos itens da autuação.

(...)

Logo, não vendo nada que desabone o demonstrativo de débito da infração 03, vejo restar subsistente a infração 03 no valor originalmente imputado, ou seja, no valor de R\$ 19.331,40, conforme demonstrativo original de débito da autuação.

(...)

Em relação à infração 05, acompanho o entendimento do agente Fiscal Autuante, em que, a pedido desta 4ª JJF, ao analisar a manifestação do Contribuinte Autuado de fls. 83/87, manteve sua posição da Informação Fiscal de fl. 57/74, onde reconheceu procedente em parte as alegações defensivas, com os elementos probantes trazidos aos autos, refazendo o demonstrativo de débito do valor de R\$ 40.194,31, para o valor de R\$ 39.582,30, parte integrante do CD/Mídia de fl. 76 dos autos.

Não obstante o Contribuinte Autuado não ter concordado com esse saldo remanescente em sua manifestação de fl. 83/87, nem tampouco na sua nova manifestação de fls. 113/114, observo que não traz qualquer

demonstrativo, muito menos qualquer elemento probante que fundamente sua discordância nessa nova manifestação, nem na anterior.

(...)

Logo, vejo restar subsistente parcialmente a infração 05 no valor de R\$ 39.582,30, parte integrante do CD/Mídia de fl. 76 dos autos, na forma do demonstrativo de débito a seguir:

DEMONSTRATIVO REMANESCENTE DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 05 – 03.02.02					
DATA OCORR	DATA VENCTO	VALOR HIST LANÇAMENTO ORIGINAL (R\$)	VALOR HIST APÓS INFORMAÇÃO FISCAL (R\$)	OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)
31/01/2016	09/02/2016	18,34	18,34	PROCEDENTE	18,34
29/02/2016	09/03/2016	30,50	30,50	PROCEDENTE	30,50
31/03/2016	09/04/2016	25,36	25,36	PROCEDENTE	25,36
30/04/2016	09/05/2016	35.760,90	35.378,70	PROCEDENTE	35.378,70
31/05/2016	09/06/2016	186,95	186,95	PROCEDENTE	186,95
30/06/2016	09/06/2016	191,60	191,60	PROCEDENTE	191,60
31/07/2016	09/07/2016	253,31	253,31	PROCEDENTE	253,31
31/08/2016	09/09/2016	255,72	255,72	PROCEDENTE	255,72
30/09/2016	09/10/2016	133,54	133,54	PROCEDENTE	133,54
31/10/2016	09/11/2016	420,69	315,12	PROC. EM PARTE	315,12
30/11/2016	09/12/2016	522,70	466,86	PROC. EM PARTE	466,86
31/12/2016	09/01/2017	427,21	358,81	PROC. EM PARTE	358,81
31/01/2017	09/02/2017	489,57	489,57	PROCEDENTE	489,57
28/02/2017	09/03/2017	296,35	296,35	PROCEDENTE	296,35
31/03/2017	09/04/2017	591,80	591,80	PROCEDENTE	591,80
30/04/2017	09/05/2017	292,85	292,85	PROCEDENTE	292,85
31/05/2017	09/06/2017	296,92	296,92	PROCEDENTE	296,92
Total Infração 05		40.194,31	39.582,30		39.582,30

(...)

Do exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração em tela, na forma a seguir destacada:

INFRAÇÃO	VL LANÇADO	VL JULGDO	RESULTADO
INF. 01 – 01.02.06	12.580,34	12.555,33	PROC EM PARTE
INF. 02 – 01.02.26	85.525,65	16.334,08	PROC EM PARTE
INF. 03 – 01.02.41	19.331,40	19.331,40	PROCEDENTE
INF. 04 – 02.01.03	58.396,88	42.865,23	PROC EM PARTE
INF. 05 – 03.02.02	40.194,31	39.582,30	PROC EM PARTE
INF. 06 – 06.01.01	394,13	394,13	PROCEDENTE
INF. 07 – 06.02.01	85,72	85,72	PROCEDENTE
INF. 08 – 16.01.01	1.443,33	1.443,33	PROCEDENTE
INF. 09 – 16.01.02	793,70	793,70	PROCEDENTE
INF. 10 – 16.01.06	2.279,37	1.543,51	PROC EM PARTE
Total do remanescente do Auto de Infração	221.024,83	134.928,73	

No Recurso Voluntário de fls. 120 a 126, o Recorrente, em sede unicamente meritória, tece as seguintes considerações acerca da necessidade de reforma da decisão quanto às infrações 1, 3 e 5:

NECESSIDADE DE REFORMA PARCIAL DO ACÓRDÃO RECORRIDO

a. IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 01

O Recorrente defende que, em que pese a JJF ter acatado parcialmente as teses defensivas, ainda remanescem no demonstrativo diversas mercadorias que são tributadas **no regime normal do ICMS**, estando fora do regime da substituição tributária, cujo crédito é legítimo e a glosa deva ser excluída da autuação, nos termos da planilha assim colacionada no recurso:

NDM	Descrição	Tributação Análise Consultoria	Desc. Legal de tributação atual	Obs
00000001	PRODUTO DE ALUMINIO 6063-T5	ICMS 12%	ICMS 12%	
00000002	PRODUTO DE ALUMINIO 6063-T5	ICMS 12%	ICMS 12%	
00000003	PRODUTO DE ALUMINIO 6063-T5	ICMS 12%	ICMS 12%	
00000004	PRODUTO DE ALUMINIO 6063-T5	ICMS 12%	ICMS 12%	
00000005	PRODUTO DE ALUMINIO 6063-T5	ICMS 12%	ICMS 12%	
00000006	PRODUTO DE ALUMINIO 6063-T5	ICMS 12%	ICMS 12%	
00000007	PRODUTO DE ALUMINIO 6063-T5	ICMS 12%	ICMS 12%	
00000008	PRODUTO DE ALUMINIO 6063-T5	ICMS 12%	ICMS 12%	
00000009	PRODUTO DE ALUMINIO 6063-T5	ICMS 12%	ICMS 12%	
00000010	PRODUTO DE ALUMINIO 6063-T5	ICMS 12%	ICMS 12%	

Pugna, portanto, pela revisão do levantamento fiscal para sejam procedidas as respectivas exclusões;

b. IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 03

Sustenta que o lançamento fiscal é improcedente, por considerar que, ao analisar o valor da exigência consubstanciada na referida Infração, o Agente Fiscal deixou de verificar que o valor do crédito lançado na escrita fiscal é exatamente igual ao valor do imposto destacado nos documentos de entrada e de saída, pelo que pugna, alternativamente, pela realização de diligência para a análise dos livros de entrada e saída da Recorrente.

Alega que anexou em sua defesa a cópia em arquivo excel dos livros registros de entrada e de saída dos estabelecimentos sediados na Bahia, onde resta comprovado que o crédito utilizado está em consonância com a legislação do imposto (arquivo anexo à impugnação, planilha “Infração 03 Defesa), pois tem origem em operações de transferências entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica.

c. IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 05

O Recorrente defende que, em que pese a JJF ter acatado parcialmente as teses defensivas, ainda remanescem no demonstrativo diversas mercadorias com alíquota diversa daquela considerada no levantamento fiscal, as quais seguem indicadas no quadro abaixo:

NCM	Item	Tributação Correta	Tributação Análise Consultoria	Base Legal da tributação atual
'84502090	AVADORA BRASTEMP BWG12 11.5K 12V	18%	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.
'84501900	LAVADORA COLORMAQ LCM 7.0 110V	18%	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.
'84501100	LAVADORA CONSUL CWC08 8KG 110V	18%	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.
'84502090	AVADORA ELECTROLUX LT12F 12KG 110V	18%	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.
'84243010	AVADORA KARCHER ALTA PRES K2.500 110V	8,80%	Normal - Carga tributária de 8,80%	Artigo 266, inciso I, alínea "a", do RICMS/BA
'84243010	AVADORA LAVORWASH ALTA P MAGNUM1 110V	8,80%	Normal - Carga tributária de 8,80%	Artigo 266, inciso I, alínea "a", do RICMS/BA
'84502090	AVADORA PANASONIC FS160B3 16KG BCO	18%	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.
'84502090	AVADORA SUGGAR LAVAMATIC 12KG 220V	18%	Tributado Normal - 18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.
'84243010	AVADORA TEKNA ALTA PRESS HLX110V 110V	8,80%	Normal - Carga tributária de 8,80%	Artigo 266, inciso I, alínea "a", do RICMS/BA
'84713012	TEB POSITIVO STILO XR3500 CEL 2GB V	7%	Tributado a 7%	Artigo 266, inciso XIII, alínea "a", do RICMS/BA
'84713012	TEB POSITIVO XR7550 I3 4GB/500GB V	7%	Tributado a 7%	Artigo 266, inciso XIII, alínea "a", do RICMS/BA
'84713012	TEB POSITIVO XRI3005 CEL 2GB/HD500GB V	7%	Tributado a 7%	Artigo 266, inciso XIII, alínea "a", do RICMS/BA
'84713012	TEB SAMSUNG NP370E E21 CEL 4GB/500GB V	7%	Tributado a 7%	Artigo 266, inciso XIII, alínea "a", do RICMS/BA

Pugnou pela reforma parcial da referida infração, para que os itens sejam excluídos da autuação.

Por fim, requer a realização de diligência nos termos do art. 137, I, “a” do RPAF, realização de diligência fiscal se faz extremamente necessária para demonstração da improcedência das infrações 01, 03 e 05, nos seguintes termos: **a)** de que as mercadorias das infrações 01 foram tributadas no regime normal do ICMS; **b)** Na infração 03, é imprescindível a análise dos Livros Registro de Entrada e de Saída anexados junto à impugnação, de forma a demonstrar que não houve qualquer prejuízo ao erário público, uma vez que o imposto devido foi recolhido; e **c)** no que tange à infração 05, é necessária a revisão das alíquotas aplicadas nas saídas, pois foram aplicados no levantamento fiscal, percentuais superiores ao disposto na legislação do ICMS.

Pede integral provimento do Recurso Voluntário para o fim de reformar a decisão colegiada recorrida.

Os autos foram distribuídos à minha relatoria em 29/06/2023 e, por considerá-los aptos a julgamento, solicitei ao Sr. Secretário a inclusão em pauta de julgamento.

Feito pautado para a sessão de 18/09/2023.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª Instância quanto às infrações 1, 3 e 5 do Auto de Infração, abaixo destacadas a fim de facilitar a compreensão do voto:

INFRAÇÃO 01 - 01.02.06: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária nos anos de 2016, 2017 e 2018, conforme demonstrativo **CRÉDITO FISCAL INDEVIDO ST** constantes do CD/Mídia de fl. 22 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 12.580,34, com enquadramento no art. 9º e art. 29, § 4º, inc. II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 290, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 - 01.02.41: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque a maior no documento fiscal nos anos de 2016, 2017 e 2018, conforme demonstrativo **CRÉDITO FISCAL UTILIZADO A MAIOR** constantes do CD/Mídia de fl. 22 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 19.331,40, com enquadramento no art. 29 e 31, da Lei 7.014/96, c/c art. 309, § 6º, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 05 – 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas no ano de 2016, 2017, conforme demonstrativo **SAÍDA TRIBUTADAS A MENOR** constantes do CD/Mídia de fl. 22 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 40.194,31, com enquadramento nos artigos 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96, e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” do mesmo diploma legal.

Inicialmente, por considerar que os elementos contidos nos autos e consignados na decisão recorrida são suficientes para a formação de minha convicção, associados ao fato de que a inquietação do Recorrente quanto à apuração dos elementos apontados em seu recurso não demanda necessária reanálise por outro órgão, **entendo pela impertinência do pedido de diligência** (arts. 137, 145 e 147, I do RPAF), pelo que voto pelo indeferimento.

Sem preliminares, passo à análise meritória.

Quanto à **infração 01**, relativamente à acusação de que usou indevidamente créditos fiscais relacionados com aquisições de mercadorias sujeitas à substituição tributária nos anos de 2016, 2017 e 2018, o Recorrente insiste na tese de que o remanescente da acusação é indevido em relação às mercadorias tributadas no regime normal.

Necessário considerar como premissa que, para a inclusão de um produto na sistemática de substituição tributária, é necessária a perfeita identidade entre a NCM do produto e a sua descrição no Anexo I do RICMS, relativamente ao recorte temporal analisado na autuação.

Neste sentido, quanto à mercadoria “**AMENDOA EUROCAJU SACHE 100G**” (NCM 08012200), possui razão o Recorrente, pois restou comprovado nos autos tratar-se de salgadinho (produto industrializado), como defende o autuante para fins de reclassificação, 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 “**CARNE ANGLO BOVINA 320G**” (NCM 1602.50.00), possui razão o Recorrente, pois trata-se de produto enlatado, cujo NCM não tem previsão de substituição tributária no período fiscalizado. Ademais não restou comprovado tratar-se de outro produto – posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.31 – NCM 0201, 0202, 0204 e 0206 – Carne de gado bovino, ovino, e bufalino e produtos comestíveis resultantes da matança desse gado frescos, resfriados ou congelados – como defendido pelo o autuante para fins de reclassificação. Deve, portanto, ser excluída, tal mercadoria, do levantamento fiscal.

Quanto à mercadoria **CASTANHA CAJU CAST CARRILHO C/PIMENTA 10** (NCM 08013200), entendo como correta a reclassificação efetuada pelo Autuante, por considerar que não se trata de produto *in natura*, mas sim aquele enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.11.0 – NCM 2008-1 – Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 Kg;

Quanto ao item **ESPETINHO JUNDIAÍ LINGUIÇA MISTA 480G** (NCM 16010000), entendo que assiste razão ao Recorrente. De fato, tal produto constou do item “35-A” do Anexo 1 até 03/02/2015, quando foi revogado pelo Decreto nº 15.921. Em consequência, devem ser excluídas da exação fiscal de 2016 a 2018.

Quanto ao produto **MASSA P/ PIZZA F15 (NCM 19022000)**, entendeu o autuante tratar-se de Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.16 – NCM 1902.1 – Massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo, a despeito da tese do Autuado no sentido de que se trata de massa cozida, que estaria fora do regime da Substituição Tributária.

De fato, ao compulsar o item apontado pelo Autuante que trata da NCM 1902.1 (Massas alimentícias do tipo comum, não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo, exceto a descrita no CEST 17.049.03), não se confunde com o item relacionado no levantamento fiscal com NCM 19022000. Portanto, deve ser excluído da exação fiscal.

Quanto ao produto **PEITO DE FRANGO SEARA DESFIADO 400G (NCM 02071400)** – o autuante promoveu a reclassificação do produto para fins de consignar na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item – 11.35.0 - NCM 0207, 0209, 0210.99 e 1501 – Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves. Entendo que, quanto ao item, correta a interpretação do Autuante. Mantido, portanto, este item da autuação.

Quanto à mercadoria “**SACO P/I BAGUETE**” (NCM 39232190) entendo que possui razão o Autuante, pois, a despeito desta NCM não ter previsão de substituição tributária, estando correta a reclassificação efetuada pelo Auditor no sentido de determinar o acompanhamento da classificação do produto principal.

Neste sentido, conforme entendimento exarado no Parecer DITRI nº 26.354/16, tem-se que “... a embalagem é considerada insumo, ensejando direito a uso de crédito fiscal de ICMS, se a operação realizada com o produto acondicionado em embalagem de apresentação for onerada pelo imposto” e, no caso concreto, sacos utilizados para embalagens de produtos com fase de tributação encerrada (padaria) não geram direito ao uso de crédito de ICMS, quando da sua aquisição, pois sua agregação a tais produtos ensejam, também, sua não tributação nas saídas.” Mantida a Decisão recorrida para este item.

Assim, o montante da infração 1 é conforme o demonstrativo abaixo:

DATA OCORR	DATA VENCTO	VLR HISTÓRICO	VALOR JULG.-JJF	VALOR JULG.-CJF
31/01/2016	09/02/2016	362,98	362,98	362,98
29/02/2016	09/03/2016	258,05	258,05	258,05
31/03/2016	09/04/2016	110,83	110,83	110,83
30/04/2016	09/05/2016	289,69	289,69	289,69
31/05/2016	09/06/2016	130,17	130,17	130,17
30/06/2016	09/07/2016	265,45	265,45	240,22
31/07/2016	09/08/2016	104,00	104,00	104,00
31/08/2016	09/09/2016	164,06	164,06	164,06
30/09/2016	09/10/2016	95,51	70,51	70,50
31/10/2016	09/11/2016	271,72	271,72	271,72
30/11/2016	09/12/2016	343,22	343,22	325,57
31/12/2016	09/01/2017	342,96	342,96	342,96
30/01/2017	09/02/2017	483,97	483,97	483,97
28/02/2017	09/03/2017	265,29	265,29	240,06
31/03/2017	09/04/2017	414,18	414,18	414,18
30/04/2017	09/05/2017	116,42	116,42	55,59
31/05/2017	09/06/2017	96,23	96,23	96,23
30/06/2017	09/07/2017	112,95	112,95	112,95
31/07/2017	09/08/2017	374,34	374,34	374,34
31/08/2017	09/09/2017	254,99	254,99	254,99
30/09/2017	09/10/2017	356,76	356,76	356,76
31/10/2017	09/11/2017	372,38	372,38	372,38
30/11/2017	09/12/2017	806,00	806,00	806,00
31/12/2017	09/01/2018	469,82	469,82	469,82
31/01/2018	09/02/2018	306,22	306,22	306,22

28/02/2018	09/03/2018	763,78	763,78	763,78
31/03/2018	09/04/2018	152,73	152,73	127,50
30/04/2018	09/05/2018	323,25	323,25	323,25
31/05/2018	09/06/2018	123,53	123,53	123,53
30/06/2018	09/07/2018	1.224,52	1.224,52	1.166,92
31/08/2018	09/09/2018	587,60	587,60	557,97
30/09/2018	09/10/2018	622,81	622,81	612,93
31/10/2018	09/11/2018	453,61	453,61	422,37
30/11/2018	09/12/2018	689,72	689,72	669,96
31/12/2018	09/01/2019	470,60	470,60	460,72
Total da Infração 01		12.580,34	12.555,34	12.243,17

No que toca a **infração 03**, a despeito de sustentar que o lançamento fiscal seria improcedente por considerar que, ao analisar o valor da exigência consubstanciada na referida Infração, o Agente Fiscal deixou de verificar que o valor do crédito lançado na escrita fiscal é exatamente igual ao valor do imposto destacado nos documentos de entrada e de saída, não foi capaz o recorrente de desqualificar as conclusões apontadas pela auditoria em seu arrazoadado, cuja integridade foi mantida na decisão recorrida nos seguintes termos:

O agente Fiscal Autuante, após uma exaustiva análise dos itens arguidos na peça de defesa inicial de fl. 29/37 dos autos, diz manter os itens lançados para esta infração na Informação Fiscal de fl. 57/74. Este posicionamento é mantido em todas as oportunidades que voltara aos autos, inclusive quando solicitado por esta 4ª JF, em relação à manifestação do Contribuinte Autuado de fls. 83/87.

Vejo que tanto na manifestação de fl. 83/87, quanto na nova manifestação de fl. 113/114 dos autos, o Contribuinte Autuado repete suas considerações já apresentadas na peça de defesa inicial de fl. 29/37, em que o agente Fiscal Autuante já manifestara de forma assertiva, na Informação Fiscal de fls. 57/74, expressando suas razões para a manutenção dos itens da autuação.

O art. 140 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/99, é claro ao destacar que o fato alegado por uma das partes será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Observo que o Contribuinte Autuado não traz qualquer demonstrativo, muito menos qualquer elemento probante que fundamente sua discordância quanto aos argumentos trazidos pelo agente Fiscal Autuante, na manutenção da autuação em sede de Informação Fiscal, à fl. 57/74 dos autos.

Logo, não vendo nada que desabone o demonstrativo de débito da infração 03, vejo restar subsistente a infração 03 no valor originalmente imputado, ou seja, no valor de R\$ 19.331,40, conforme demonstrativo original de débito da autuação.

Como cediço, o Processo Administrativo Fiscal baiano, a despeito de ser permeado pelo informalismo e garantia do contraditório e ampla defesa como pressupostos para a conformação dos fatos e circunstâncias constantes do processo, aí inclusas as alegações, argumentações e provas, todos no interesse do estabelecimento de ambiente adequado para a formação do convencimento do órgão julgador ao resolver as questões suscitadas no processo, não isenta o Recorrente dos deveres básicos relacionados aos argumentos que propõe.

Daí porque determina que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o Recorrente do ônus elisivo/modificativo do direito embandeirado pelo Fisco por meio do auto em julgamento, bem assim não lhe reconhece direito à recusa em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, ocasião que atrai, para a Recorrente, o ônus específico da prova, nos termos do que dispõem os arts. 140 a 143 do RPAF.

Por tais razões, à míngua de evidências em sentido contrário, entendo pela manutenção da infração.

E o mesmo fundamento serve à análise das razões recursais em relação à **infração 05**, merecendo considerar que, nas manifestações de fl. 83/87 e fls. 113/114, não houve apresentação de novos elementos probantes pelo contribuinte, somente o fazendo em sede meramente discursória quando do recurso para os bens discriminados em planilha destacada em relatório.

De fato, já na informação fiscal de fls. 57/74, o Autuante já havia enfrentado as alegações do contribuinte no sentido da suposta diferença de alíquota entre as mercadorias contidas no levantamento fiscal, merecendo destaque, por exemplo, mas mercadorias Lavadora Karcher Alta

Press e do Notebook Positivo, acolhendo-as parcialmente, inclusive, nos termos do demonstrativo juntado aos autos no CD/Mídia de fl. 76.

Logo, mantenho a referida acusação em seus integrais termos.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 134.570,11, conforme demonstrativo a seguir:

INFRAÇÃO	VL LANÇADO	VL JULG.-JJF	VL JULG.-CJF	RESULTADO
INF. 01 – 01.02.06	12.580,34	12.555,33	12.243,17	PROC EM PARTE/P.PROVIDO
INF. 02 – 01.02.26	85.525,65	16.334,08	16.334,08	PROC EM PARTE
INF. 03 – 01.02.41	19.331,40	19.331,40	19.331,40	PROCEDENTE/N.PROVIDO
INF. 04 – 02.01.03	58.396,88	42.865,23	42.865,23	PROC EM PARTE
INF. 05 – 03.02.02	40.194,31	39.582,30	39.582,30	PROC EM PARTE/N.PROVIDO
INF. 06 – 06.01.01	394,13	394,13	394,13	PROCEDENTE
INF. 07 – 06.02.01	85,72	85,72	85,72	PROCEDENTE
INF. 08 – 16.01.01	1.443,33	1.443,33	1.443,33	PROCEDENTE
INF. 09 – 16.01.02	793,70	793,70	793,70	PROCEDENTE
INF. 10 – 16.01.06	2.279,37	1.543,51	1.543,51	PROC EM PARTE
Total	221.024,83	134.928,73	134.616,57	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER EM PARTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0024/20-2**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 130.836,03**, acrescido das multas, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$ 3.780,54**, previstas no inciso IX da citada Lei e Artigo, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

JOÃO FELIPE FONSECA OLIVEIRA DE MENEZES – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS