

A.I. Nº - 298958.0075/21-4
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A.
AUTUANTES - JOSMAN FERREIRA CASAES e JORGE JESUS DE ALMEIDA
ORIGEM - DAT NORTE / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET 07/02/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0004-02/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA; b) MERCADORIAS COM SAIDAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO; c) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Razões de defesa não foram suficientes para elidir por completo as infrações. Itens subsistentes em parte. Alegada decadência, parcialmente acolhida. Os autuantes na informação fiscal revisaram as infrações frente as alegações da defesa. Acatados parcialmente os argumentos da defesa. Refeitos os cálculos. Infrações parcialmente subsistentes. 3. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. ALÍQUOTA. a) APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Razões de defesa não foram suficientes para elidir por completo as infrações. Itens subsistentes em parte. Alegada decadência parcialmente acolhida. Os autuantes na informação fiscal revisaram o lançamento frente as alegações da defesa. Acatados parcialmente os argumentos da defesa. Refeitos os cálculos. Infrações parcialmente subsistentes. c) DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. b.1) ATIVO IMOBILIZADO. b.2) USO E CONSUMO. A autuada não contestou as infrações. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. a) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. c) MERCADORIAS OU SERVIÇO TOMADO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Fato demonstrado nos autos. Razões de defesa elidem em parte a autuação. Refeitos os cálculos. Infrações parcialmente subsistentes. Arguição de decadência parcialmente acolhida. Afastada a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 29/09/2021, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 215.542,02, acrescido de multa, pela constatação das infrações a seguir descritas.

INFRAÇÃO 01 – 001.002.006 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, para fatos apurados em janeiro

de 2016 a dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$ 43.779,90 mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 9º e art. 29, § 4º inc. II da Lei nº 7.014/96, c/com art. 290 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 02 – 001.002.026 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução de imposto, para fatos apurados em janeiro de 2016 a dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$ 5.675,17 mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 29, § 4º inc. II da Lei nº 7.014/96, c/com art. 310, inc. II do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 03 – 001.002.041 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, para fatos apurados em janeiro de 2016 a dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$ 100.582,31 acrescido da multa de 60% tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 29 e 31 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 309, § 7º do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 04 – 002.001.003 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, para fatos apurados em janeiro de 2016 a dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$ 42.550,17 acrescido da multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 332, inc. I do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 05 – 003.002.002 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, para fatos apurados em janeiro de 2016 a dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$ 18.867,76 acrescido da multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 06 – 006.001.001 – Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, para fatos apurados em fevereiro e dezembro de 2017. ICMS no valor de R\$ 128,53 mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 4º, inc. XV da Lei nº 7.014/96, c/com art. 205, § 4º, inc. III, alínea “a” do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 07 – 006.002.001 – Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento, para fatos apurados em novembro de 2016, agosto, dezembro de 2017, janeiro, a junho e agosto a novembro de 2018. ICMS no valor de R\$ 782,09 mais multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 4º, inc. XV da Lei nº 7.014/96, c/com art. 205, § 4º, inc. III, alínea “a” do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 08 – 016.001.001 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada nota fiscal, para fatos apurados em janeiro de 2016 a novembro de 2017. Multa no valor de R\$ 1.146,62, tipificada no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 09 – 016.001.002 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada uma nota fiscal, para fatos apurados em janeiro de 2016 a novembro de 2017. Multa no valor de R\$ 1.290,13 tipificada no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 10 – 016.001.006 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviços sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada uma nota fiscal, para fatos apurados em dezembro de 2017, janeiro a julho e dezembro de 2018. Multa no valor de R\$ 739,33, tipificada no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS/2012.

A autuada através de seus advogados impugnou o lançamento, fls. 30 a 45, onde inicialmente demonstrou ser tempestiva a defesa, fez um breve relato dos fatos e em seguida apontou que a autuação levou em consideração alguns períodos já atingidos pela decadência, uma vez que as operações relacionadas ocorreram há mais de 5 anos da data da ciência da autuação.

Acrescenta que a Fiscalização considerou, para algumas infrações, mercadorias cujo crédito fiscal glosado foi regularmente aproveitado, pois se trata de produtos normalmente tributados, bem como considerou como não escriturados, documentos que constam na sua escrituração do ICMS, portanto, discorda da autuação.

Ensina que o fato gerador do ICMS se encontra descrito no art. 12, da Lei Complementar nº 87/96, que regulamenta o imposto em âmbito nacional, estabelece a ocorrência do fato gerador com a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte. Já o art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional – CTN, estabelece o prazo decadencial de cinco anos para que o fisco efetue a homologação do lançamento, sendo que, se não o fizer, considerar-se-á homologada tacitamente extinguindo-se o crédito tributário.

Lembra que o ICMS é um tributo sujeito ao lançamento por homologação, transcreve anotação de Paulo de Barros Carvalho, que entende não haver diferença entre a atividade do particular e o ato praticado pelo agente público, visto que a própria lei estabelece quais os sujeitos competentes para a construção da norma individual e concreta de imposição tributária.

Complementa que tal legitimidade outorgada ao contribuinte não retira, em nenhum momento, a competência originária do Poder Público, garantida pelo art. 142 do CTN, pois desde a ocorrência do fato gerador, o agente público tem competência para constituir o respectivo crédito tributário e estabelecer os termos da exigibilidade da exação.

Afirma que no presente caso, a teor do art. 150, § 4º do CTN, na data em que o Fisco constituiu o crédito tributário, já não mais lhe assistia este direito, tendo em vista ter-se consubstanciado a decadência do direito do Fisco de constituir o crédito tributário.

Transcreve doutrina de Hugo de Brito Machado e de Eurico Marcos Diniz de Santi sobre a matéria e destaca que o Superior Tribunal de Justiça pacificou seu entendimento quanto à contagem do prazo decadencial de cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador, na forma do artigo 150, § 4º, do CTN, no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando o contribuinte recolhe parcialmente o imposto a ser homologado, fato este pacífico e incontestado, eis que já comprovado no decorrer do processo de fiscalização, no qual o próprio agente fiscal reconhece a existência inclusive se pagamentos a maior que o devido e transcreve ementas de julgamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça a esse respeito.

Ressalta que os Ministros do Superior Tribunal de Justiça emitiram a Súmula nº 555/STJ, que reconhece o prazo decadencial fixado pelo art. 173 do CTN somente se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando não houver recolhimento antecipado do tributo, mesmo entendimento sustentado pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia no Agravo de Instrumento nº 0018765-48.2016.8.05.0000, Relator Des. Moacyr Montenegro Souto, Terceira Câmara Cível; Julgamento em 05/12/2017.

Conclui não restar dúvida que o prazo decadencial a ser aplicado no presente caso é o previsto no art. 150, § 4º do CTN, e considerando que foi intimada do Auto de Infração em 06/10/2021, está

extinto o crédito tributário relativo as operações realizadas até 06/10/2016, já que ultrapassado o prazo decadencial de 5 anos previsto no citado dispositivo do CTN.

Assim impõe-se a decretação de nulidade do lançamento fiscal, com relação a grande parte das infrações 01 a 05 e 09.

Ao abordar o mérito da infração 01, informa que além da decadência, foram incluídas no levantamento mercadorias tributadas no regime normal do ICMS, fora do regime da substituição tributária, fato que lhe autoriza o uso do crédito fiscal.

A título de amostragem, relaciona mercadorias nesta situação, conforme tabela reproduzida, todos com tributação normal, alíquota de 18%, prevista no art. 15, inc. I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

NCM	Descrição do Item	Observação
96190000	ABS. INTIMUS GEL NORM SECA S/ABAS 8	ST até 31/01/2018
08012200	AMÊNDOA EUROCAJU SACHE 100 g	Não é considerado salgadinho
19059090	BISC PREZUNIC POLVILHO QUEIJO 200 g	Não contém farinha de trigo
08013200	CASTANHA CAIU CAST CARRILHO C/PIM 100 g	Não é considerado salgadinho
48192000	CX. P/ PANETONE 400 g FRUTAS C/100	Embalagem para panetone
16010000	ESPETINHO JUNDIAI LINGUIÇA MISTA 480 g	ST até 03/02/2015
42023200	ESTOJO KIT THUNDER BREAKER 216896	-
19041000	GRANOLA TIA SÔNIA 200 g CAST PARÁ	-
18069000	GRANULADO HARALD CHOCOLATE 1 Kg	-
96084000	LAPISEIRA BIC SHIMMERS 0.713P2	ST até 31/12/2015
19022000	MASSA P/PIZZA F15	Massa Cozida, está fora da ST
19012000	MISTURA BOLO FINNA 450 g LARANJA	ST para mistura de farinha de trigo, exceto mistura para bolo
19022000	PÃO PIZZA GIOVANNA UNID.	Massas Alim. Recheadas, mesmo cozidas ou preparadas de outro modo.
16023100	PEITO FRANGO SEARA E SAUD INT	Alimento cozido
85061010	PILHA DURACELL ALCALINA PALITO AAA C/2	Deixou de ser ST em 03/2015
19012000	PRÉ MISTURA PANETONE PÓ C/ GEMAS 20 Kg	Pães industrializados, inclusive de especiarias, exceto panetones e bolo de forma
39232190	SACO P/ BAGUETE MF19X80 C/1000	Apenas saco de lixo fazia parte da ST, refere-se a embalagem que acompanha o produto na revenda.
39232190	SACO PLAST P/ BISC 20X35X06	Apenas saco de lixo fazia parte da ST, refere-se a embalagem que acompanha o produto na revenda.

A relação completa consta na planilha “*Infração 01 Defesa*”, que diz anexar aos autos, elaborada a partir do arquivo dos autuantes.

Quanto a infração 02, sinaliza que foram incluídos períodos já alcançados pela decadência e mercadorias tributadas no regime normal do ICMS.

A título de amostragem, plota tabela com a indicação de algumas mercadorias tributadas no regime normal, incluídas no levantamento, todos com tributação normal, alíquota de 18%, prevista no art. 15, inc. I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

NCM	Descrição do Item	Observação
20081100	AMENDOIM CRU COM CASCA Kg	Isento apenas para insumos agropecuários
39232190	BOBINA PLÁSTICA PICOT. LISA C/6 40X60X015 m	Apenas saco de lixo fazia parte da ST, refere-se a embalagem que acompanha o produto na revenda
20054000	ERVILHA FRESCA BONDUELLE 200 g	Alimento enlatado

Frisa que as relações completas das mercadorias que sofrem tributação normal e que foram incluídas na infração estão relacionadas na planilha “*Infração 02 Defesa*” - Doc. 3, que foi elaborada com base no arquivo do lançamento, portanto, as mercadorias nela indicadas são exatamente as autuadas, devendo serem excluídas do levantamento aquelas tributadas pelo regime normal.

Ao tratar da infração 03, diz que foram incluídos períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto.

Quanto a infração 04, além da decadência, também foram incluídas mercadorias incluídas na substituição tributária e isentas.

A título de amostragem, indica mercadorias tributadas no regime da substituição tributária e que estão incluídas no levantamento.

NCM	Descrição do Item	Tributação	Base Legal	Observação
73182900	ABRAÇADEIRA FIXTIL UN	ST	Anexo ST Item 8.62	Abraçadeiras
12119090	ALECRIM TROP. 20 g	Isenção	Convênio ICMS 44/75	
02102000	CARNE SEC PREZ. DIAN. UN	ST	Anexo ST - Item 11,31	Carne Seca
96190000	LENÇO ABS. MIL UN	ST	Anexo ST - Item 9.24	Absorventes
1905 9090	PIZZA REZENDE 440 g UN	ST	Lei nº 7.014/96.	A partir de 01/06/2018 ST
84011000	REGISTRO GÁS C/ MANGUEIRA NEDO UN	ST	Anexo ST - Item 8.79	Torneiras, válvulas e disp. semelhantes, p/ canalizações, caldeiras, reservatórios, cubas e outros.
22060010	SIDRA CERESER MACA S/ ÁLCOOL 660 ml	ST	Anexo ST - Item 3.9	Extratos e refrigerantes
85366100	SOQUETE FIXTIL UN	ST	Anexo ST - Item 7.4	Soquetes para lâmpadas
19059090	TM DAIS SADIA 470 g UN	ST	Lei nº 7.014/96.	A partir de 01/06/2018 ST

Complementa que a relação completa das mercadorias isentas e tributadas no regime da substituição tributária estão relacionadas na planilha “*Infração 04 Defesa*”, que diz anexar - Doc. 3. Por essa razão a infração deve ser reformada.

Quanto a infração 05, além dos períodos já alcançados pela decadência, houve equívoco da Fiscalização na revisão das alíquotas aplicadas nas saídas, superiores ao disposto na legislação do ICMS, uma vez que está sendo exigido o adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza com relação a mercadorias que estão fora do Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016.

A título de amostragem, apresenta tabela a seguir reproduzida com a indicação de algumas mercadorias que não estão incluídas no referido anexo, não podendo ser exigido o adicional.

NCM	Descrição do Item	Tributação	Tipo
33059000	SHAMPOO TOK 300ML. TUTANO	Tributado Normal -18%	Não faz parte IN 05/2016
33049100	DES TENYS PE 100G UN	Tributado Normal -18%	Não faz parte IN 05/2016
33059000	SHAMPOO + COND. SED CAC325MUN	Tributado Normal -18%	Não faz parte IN 05/2016
33059000	SHAMPOO CLEAR 2EM1 UN	Tributado Normal -18%	Não faz parte IN 05/2016
33059000	SHAMP CLEAR 200MLUN	Tributado Normal -18%	Não faz parte IN 05/2016
33049100	DES TENYS PE 100G UN	Tributado Normal - 18%	Não faz parte IN 05/2016
33059000	SHAMPOO CLEAR 2EM1 UN	Tributado Normal -18%	Não faz parte IN 05/2016
33059000	SH+CO SED CAC325MUN	Tributado Normal -18%	Não faz parte IN 05/2016
33059000	SHAMPOO CLEAR 200MLUN	Tributado Normal -18%	Não faz parte IN 05/2016

Aponta que a relação completa das mercadorias que estão fora do Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016, está na planilha “*Infração 05 Defesa*” - Doc. 3, portanto, medida que se impõe é a reforma da infração.

Quanto a infração 06 informa que ainda está levantando informações e documentos que demonstrarão a improcedência das mesmas, requerendo desde já a possibilidade de apresentá-las na ocasião da realização da diligência.

Ao tratar das infrações 07, 08 e 09, diz que nelas foram incluídos períodos já alcançados pela decadência além de diversos documentos fiscais que estão escriturados no Livro Registro de Entrada, conforme Doc. 3, que acompanha a defesa no arquivo “*Infração 07 Defesa*”, “*Infração 08 Defesa*” e “*Infração 09 Defesa*”, portanto, defende a revisão das mesmas.

Em relação a infração 10, afirma que as notas fiscais números 003.364, 003.636 e 174.410 foram escrituradas e devem ser excluídas do levantamento.

Nos termos do art. 137, inc. I, alínea “a” do RPAF/99 e conforme demonstrado, a realização de diligência fiscal se faz extremamente necessária para demonstração da improcedência do Auto de Infração, uma vez que as operações obedeceram ao disposto na legislação, não houve falta de pagamento de imposto ou incidência das multas aplicadas, oportunidade que apresentará seus quesitos na ocasião da elaboração da revisão do trabalho fiscal.

Requer:

- A realização de diligência fiscal, através de Auditor Fiscal integrante da ASTEC do CONSEF, com exame das planilhas anexas à presente defesa - Doc. 3, dos documentos, bem como dos quesitos que serão disponibilizados na fase da diligência;

- b) Após a diligência, confirmadas as razões de fato e de direito que comprovam as alegações de defesa aqui expostas, requer seja dado integral provimento à presente impugnação, com o consequente cancelamento do Auto de Infração.

Os autuantes ao prestarem a informação fiscal às fls. 73 a 90, reproduzem as infrações e as razões da defesa, em seguida abordam as infrações individualmente.

Infração 01

- i) ABSORVENTE INTIMUS GEL NORM SECA S/ABAS - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme Anexo 1 do RICMS/2012, na posição 9.0 – Medicamentos, produtos farmacêuticos para uso humano e higiênico pessoal – item 19.24 – NCM 9619 – Absorventes higiênicos externos;
- ii) AMÊNDOA EUROCAJU SACHE 100 g – Produto enquadrado na substituição tributária, conforme Anexo 1 do RICMS/2012, 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;
- iii) BISCOITO PREZUNIC POLVILHO QUEIJO 200 g - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme Anexo 1 do RICMS/2012, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.22.1 – NCM 1905.31 – Biscoitos e bolachas não derivados de farinha de trigo dos tipos “maisena” e “maria” e outros de consumo popular que não sejam adicionados de cacau, nem recheados, cobertos ou amanteigados, independentemente de sua denominação comercial. Exceto o CEST 17.054.02;
- iv) CASTANHA CAJU CAST CARRILHO C/ PIM. 100 g – Produto enquadrado na substituição tributária, conforme Anexo 1 do RICMS/2012, 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;
- v) CAIXA P/ PANETONE 400 g FRUT. C/100 - Produto enquadrado no regime da substituição tributária – Trata-se de caixas para acondicionamento de panetones, produtos enquadrados no regime da substituição tributária, portanto o produto acessório (caixas para panetone) acompanha a tributação do produto principal;
- vi) ESPETINHO JUNDIAI LINGUIÇA MISTA 480 g – Produto enquadrado na substituição tributária, conforme Anexo 1 do RICMS/2012, 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;
- vii) ESTOJO KIT THUNDER BREACKER - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme Anexo 1 do RICMS/2012, na posição 12.0 – Produtos de Papelaria – item 12.5.0 – NCM 4202.1 e 4202.9 – Maletas e pastas para documentos e de estudante, e artefatos semelhantes;
- viii) GRANOLA TIA SÔNIA 200 g CAST PARÁ - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme Anexo 1 do RICMS/2012, na posição 11.0 – Produtos Alimentícios – item 11.8 – NCM 1904.1 – Produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou torrefação;
- ix) GRANULADO HARALD CHOCOLATE 1 Kg. - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme Anexo 1 do RICMS/2012, na posição 11.0 – Produtos Alimentícios – item 11.4 – NCM 1806.9 – Chocolates e outras preparações alimentícias contendo cacau, em embalagens de conteúdo igual ou inferior a 1 Kg, excluídos os achocolatados em pó e ovos de Páscoa de chocolate;

- x) LAPISEIRA BIC SHIMMERS 0.7 L3P2 - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme Anexo 1 do RICMS/2012, na posição 12.0 – Produtos de Papelaria – item 12.30 – NCM 9608 – Outras canetas; sortidos de canetas;
- xi) MASSA P/ PIZZA F15 - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme Anexo 1 do RICMS/2012, na posição 11.0 – Produtos Alimentícios – item 11.17.0 – 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;
- xii) MISTURA BOLO FINNA 450 g. BAUN - Produto realmente saiu do regime da substituição tributária a partir de 03/2016, informamos a exclusão de tais mercadorias das planilhas de débito, a partir deste período;
- xiii) PÃO PIZZA GIOVANNA UNID - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme Anexo 1 do RICMS/2012, na posição 11.0 – Produtos Alimentícios – item 11.17.0 – 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;
- xiv) PEITO FRANGO SEARA E SAUD INT - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme Anexo 1 do RICMS/2012, 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;
- xv) PILHA DURACELL ALCALINA PEQUENA AA C/2 – O produto realmente saiu do regime da substituição tributária, informamos a exclusão de tais mercadorias das planilhas de débito;
- xvi) PRÉ-MISTURA PANETONE EM PÓ C/ GEMAS 20 Kg. - O produto realmente saiu do regime da substituição tributária a partir de 03/2016, informamos a exclusão de tais mercadorias das planilhas de débito, a partir deste período;
- xvii) SACO P/ BAGUETE MF19X80 C/ 1000 - Produto enquadrado no regime da substituição tributária – Trata-se de sacos para pães, produtos enquadrados no regime da substituição tributária, portanto o produto acessório (sacos para pães) acompanha a tributação do produto principal; e,
- xviii) SACO PLÁSTICO P/ BISCOITO 20X35X06 - Produto enquadrado no regime da substituição tributária – Trata-se de caixas para acondicionamento de biscoitos, produtos enquadrados no regime da substituição tributária, portanto o produto acessório (sacos para biscoitos) acompanha a tributação do produto principal.

Reconhecem como procedente em parte as alegações defensivas, refizeram as planilhas levando em consideração os produtos que efetivamente saíram do regime da substituição tributária, restando um crédito tributário no total de R\$ 25.519,17.

Infração 02.

Analisa cada produto apontado pela autuada indicada na planilha, sobre os quais discorda.

- i) AMENDOIM CRU C/ CASCA Kg - Produto “*in natura*”, sem qualquer beneficiamento, portanto, isento do ICMS, conforme art. 14, inc. I do Regulamento do ICMS, transcrito;
- ii) BOBINA PLÁSTICA PICOTADA LISA C/6 34X45X015 m – 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) acompanha a tributação do produto principal;
- iii) ERVILHA FRESCA BONDUELLE 200 g – Produto isento. Mercadoria em estado “*fresca*”, portanto, produto beneficiado pela isenção.

Mantem integralmente a infração.

Infração 03.

Entendem não assistir razão ao contribuinte contar o prazo decadencial a partir do fato gerador, tendo em vista que a autuada apurou o montante do imposto devido, efetuou o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente o Fisco verificou que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação, conforme consta em parecer emitido pela PGE, através da Procuradoria Fiscal, que “*promoveu a uniformização de orientação jurídica acerca dos temas*”, através de Ofício Gab/PROFIS/PGE nº 42/2016.

Concluem pela manutenção da infração no montante integral.

Infração 04.

Conforme exposto para a infração anterior, entendem que não assistir razão ao contribuinte quanto a alegada decadência.

Frente ao argumento da defesa de que é irregular a inclusão de algumas mercadorias que constam no levantamento, faz as seguintes ponderações:

- i) ABRAÇADEIRA FIXTIL UN - Produto realmente enquadrado no regime da substituição tributária e excluído das planilhas de débito;
- ii) ALECRIM TROP. 20 g UN – Produto industrializado da marca TROP., trata-se de alecrim desidratado em processo industrial e vendido em embalagem de 20 g, portanto tributado normalmente pelo ICMS;
- iii) CARNE SECA PREZ DIAN UN – Carne seca, tipo charque, tributada normalmente pelo ICMS;
- iv) LENÇO ABSORVENTE MIL INFSU. UN – Lenço absorvente, não é absorvente higiênico, tributado normalmente pelo ICMS;
- v) PIZZA REZENDE 440 g UN - Produto industrializado, com recheios diversos. Não está enquadrado no regime da substituição tributária;
- vi) REGISTRO GÁS C/ MANGUEIRA NEDO UN - Produto industrializado, e tributado normalmente pelo ICMS. Não está enquadrado no regime da substituição tributária;
- vii) SIDRA CERESER MAÇÃ S/ ÁLCOOL 660 ml – Bebida à base de maça, tributado normalmente pelo ICMS. Não está enquadrado no regime da substituição tributária;
- viii) SOQUETE FIXTIL UN – Produto não está enquadrado no regime da substituição tributária, vide NCM 8536.61.00, e tributado normalmente pelo ICMS; e,
- ix) TM DAIS SADIA 470 g UN - Produto industrializado, e tributado normalmente pelo ICMS. Não está enquadrado no regime da substituição tributária.

Dizem reconhecer como procedente em parte as alegações defensivas, e informam o refazimento das planilhas levando em consideração os produtos enquadrados no regime da substituição tributária, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 42.532,20.

Infração 05.

Quanto ao argumento da decadência, entendem que não assiste razão ao contribuinte, tendo em vista que a autuada apurou o montante do imposto devido, efetuou o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente o Fisco verificou que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

Em referência a alegação de que houve equívoco na revisão das alíquotas aplicadas nas saídas, fazem a análise dos produtos relacionados na defesa.

- i) SHAMPOO TOK 300 ml TUTANO –os produtos enquadrados na NCM 3305.9, fazem parte da Instrução Normativa nº 05/2016;

- ii) DESODORANTE TENYS PE 100 g UN – o produto não consta na Instrução Normativa nº 05/2016, excluído das planilhas de débito;
- iii) SHAMPOO MAIS CONDICIONADOR SEDA CAC 325 m UM - os produtos enquadrados na NCM 3305.9, fazem parte da Instrução Normativa nº 05/2016;
- iv) SHAMPOO CLEAR 2 EM 1 UN - os produtos enquadrados na NCM 3305.9, fazem parte da Instrução Normativa nº 05/2016;
- v) SHAMPOO CLEAR 200 ml UN - os produtos enquadrados na NCM 3305.9, fazem parte da Instrução Normativa nº 05/2016;

Informam que procederam a exclusão dos produtos relacionados e o refazimento das planilhas, por reconhecerem como procedente em parte as alegações da defesa, refizeram o demonstrativo remanescendo o crédito tributário no total de R\$ 18.866,84.

Infrações 07 e 08

Consideram que a autuada declarou ainda está levantando informações e documentos, portanto, mantém a cobrança em seu montante integral para as ambas.

Infração 09.

Refutam as alegações de decadência com base em parecer emitido pela PGE/PROFIS, através de Ofício Gab/PROFIS/PGE nº 42/2016.

Em referência a alegação da defesa, reconhecem em parte as alegações e informam que procederam a revisão, restando a cobrança no montante de R\$ 1.053,71.

Infração 10.

Dizem ter verificado a regular escrituração das notas fiscais números 003.364, 003.636 e 174.410, portanto, foram excluídas das planilhas de débito, remanescendo o montante de R\$ 629,85.

Concluem que diante do acatamento parcial das alegações da autuada e efetuados os expurgos pertinentes referentes infrações 01, 04, 05, 08, 09 e 10 correspondentes ao refazimento dos demonstrativos, remanesce a exigência do ICMS no valor de R\$ 196.925,44 acrescidos dos consectários legais.

Notificada da informação fiscal, a autuada apresentou manifestação, fls. 96 a 99, onde afirma que apesar do Auditor Fiscal ter acatado parte das alegações da defesa, é necessária a elaboração de novo levantamento fiscal, pois permanecem na autuação algumas mercadorias tributadas no regime normal do ICMS, as quais estão fora do regime da substituição tributária, fato que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal, como por exemplo, as mercadorias discriminadas como PÃO PIZZA GIOVANNA e SACO PLAST P/ BISCOITO 20X35X06.

Registra que também não foram excluídos os fatos geradores atingidos pela decadência e reitera a necessidade de elaboração de novo levantamento fiscal, visando a exclusão dos períodos atingidos pela decadência e das mercadorias tributadas no regime normal.

Infração 02.

Argui que a informação merece revisão, pois permanecem diversas mercadorias que são tributadas no regime normal do ICMS, estando fora de qualquer regra de isenção ou redução, o que autoriza o creditamento do imposto integral destacado no documento fiscal, bem como não acatou a decadência dos fatos geradores ocorridos anteriormente aos cinco anos da intimação do lançamento.

Traz a título de amostragem, algumas mercadorias tributadas no regime normal e que estão incluídas no levantamento de crédito indevido de mercadorias isentas ou com redução:

- i) BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015 m;

ii) AMENDOIM CRU COM CASCA Kg.

Informa que a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que remanescem no levantamento da infração 02 está na planilha “Infração 02 - Defesa”, gravada no CD anexo.

Pugna pela elaboração de novo levantamento fiscal, para a exclusão dos períodos atingidos pela decadência e das mercadorias tributadas no regime normal.

Infração 03.

Aponta que em relação a arguição de decadência, os autuantes se limitaram a alegar que houve ocorrência de dolo, fraude ou simulação, sem trazer qualquer comprovação ou mesmo simples relato de fatos que teriam sido praticados naqueles intuitos, não comprovados nos autos, razão pela qual diz ser inquestionável a aplicação da regra contida no art. 150, § 4º, do CTN, cujo preceito normativo determina a contagem do prazo a partir da data de ocorrência do fato gerador.

Infração 04.

Sinaliza que o Fiscal desconsiderou a indicação de diversas mercadorias isentas e outras tributadas na substituição tributária, rebatendo que essas estariam incluídas no rol de produtos com tributação normal, o que de fato não estão.

Requer a elaboração de revisão do levantamento para sejam consideradas a tributação correta para o crédito referente a tais mercadorias bem como sejam excluídos os fatos geradores atingidos pela decadência.

Infração 05.

Diz ser necessária a elaboração de novo levantamento fiscal para exclusão dos fatos geradores atingidos pela decadência e das mercadorias que estão fora do Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016.

Infrações 08 e 09

Pondera, que apesar do Fiscal ter acatado parte das suas alegações, é necessária a elaboração de novo levantamento para exclusão dos fatos geradores atingidos pela decadência, uma vez que a intimação da autuação ocorreu após o decurso do prazo decadencial.

Destaca não haver nenhuma comprovação ou mesmo qualquer menção à prática de dolo, fraude ou simulação, não sendo permitida a acusação fiscal sem a devida prova, razão pela qual deve ser aplicada a regra do art. 150, § 4º, do CTN.

Infração 10.

Concorda com a conclusão da informação fiscal.

Reitera suas razões de defesa com relação ao quanto não acatado na informação fiscal e pugna pela improcedência da autuação.

Os autuantes não tomaram conhecimento da manifestação, motivo da conversão do processo em diligência à INFAZ de origem para as providências necessárias, conforme termo, fl. 103.

Os autuantes, tomando conhecimento da nova manifestação, apresentaram nova informação fiscal, fls. 108 a 119, onde relatam os fatos, copiam as infrações e referindo-se aos argumentos apresentados, os mesmos já apresentados anteriormente, mantém a autuação no valor exato da sua última informação fiscal, ou seja: Infração 01 – R\$ 25.519,17; Infração 02 – R\$ 5.657,17; Infração 03 – R\$ 100.582,31; Infração 04 – R\$ 42.532,20; Infração 05 – R\$ 18.866,84; Infração 06 – R\$ 128,53; Infração 07 – R\$ 782,09; Infração 08 – R\$ 1.053,71; Infração 09 – R\$ 1.155,57; e infração 10 – R\$ 629,85, totalizado o crédito tributário de R\$ 196.925,44.

Notificada da nova informação através de mensagem postada no DT-e, fls. 120 a 122 em 07/11/2022, a autuada protocolizou manifestação, fls. 125 a 130, na Secretaria do CONSEF, em

22/11/2022, portanto, já transcorrido o prazo de dez dias para se manifestar, considerando que este venceu em 18/11/2022.

Mesmo intempestiva, a petição foi juntada aos autos, que avaliada per este relator, conclui que nada de novo foi acrescido em suas razões de defesa, que já não tenham sido exaustivamente analisadas pelos autuantes.

Assim, considerado que os argumento, repito, são os mesmos consignados na manifestação de fls. 96 a 99, não há necessidade de novo pronunciamento dos autuantes e desnecessário transcrever os termos da mesma.

Portanto, em homenagem ao Princípio da Celeridade Processual e da Economicidade, e considerando que o processo se encontra saneado, não havendo dúvidas, falhas ou pendências, este relator tramitou o processo à Secretaria do Conselho para ser incluído em pauta de julgamento, conforme previsto no art. 138 do RPAF/99.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de dez infrações, impugnadas tempestivamente.

O início da ação fiscal foi comunicado ao contribuinte em 06/07/2021, através da lavratura do Termo de Início de Fiscalização, encaminhado via Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, fls. 22 a 24.

A intimação para ciência da lavratura do Auto de Infração ocorreu, também através do DT-e, em 06/10/2021, fl. 28, oportunidade que o contribuinte recebeu os demonstrativos analíticos e sintéticos das infrações em arquivo eletrônicos, que foram elaborados pelos autuantes de forma clara e sucinta, contendo todas as informações, dados e memória de cálculo, necessários ao entendimento das infrações.

O sujeito passivo é contribuinte do ICMS, inscrito no Cadastro Estadual na condição Normal, exerce a atividade econômica principal de comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – hipermercados, estabelecido no município de Vitória da Conquista/BA.

Preliminarmente, verifico que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara, é possível se determinar com certeza a natureza das infrações, o autuado e o montante do débito tributário, assim como as multas sugeridas e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

Observe que o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração.

Há de ser analisada a preliminar prejudicial de mérito referente à decadência parcial das infrações referente aos fatos geradores ocorridos até 06/10/2016, decorrente da arguição de decadência e a consequente extinção do crédito tributário relativo ao ICMS incidente sobre as operações realizadas, quando já ultrapassado o prazo decadencial de 5 anos previsto no art. 150, § 4º do CTN.

Sobre a decadência, o CONSEF tem firmado e consolidado entendimento, em consonância com o Incidentes de Uniformização, emitido pela Procuradoria Fiscal da PGE, de nº PGE 2016.194710-0, que assim enuncia:

Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150 § 4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que correspondia às operações declaradas.

Nota 1: Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I do CTN, quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

Importante registrar que esse posicionamento se conforma com a Súmula 555 do STJ, cujo enunciado segue transcrito:

“Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa”.

Considerando que as infrações 01 a 03 e 05 decorreram de situação em que o contribuinte declarou a ocorrência do fato jurídico tributário referente a operações tributáveis, apurou o montante do imposto devido, mas efetuou o pagamento em montante inferior àquele que correspondia às operações declaradas, é aplicável a regra estabelecida no art. 150, § 4º do CTN, ou seja, conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador.

Seria pertinente a aplicação da regra prevista no art. 173, inc. I do CTN, ou seja, contar-se-ia o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, se o contribuinte houvesse declarado a ocorrência do fato jurídico tributário, apurado o montante do imposto devido, efetuado o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verificou que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

Apesar dos autuantes terem consignado que nas infrações, especificamente a 03, 04, 08 e 09, ocorreu a prática de dolo pela autuada, não foi apresentado ou juntado aos autos qualquer elemento de prova que sustente tal acusação. Assim sendo, tal fato não poderá ser considerado na decisão da regra a ser aplicada na apreciação da arguição de decadência. Assim, afasto tal possibilidade.

Entretanto, para as infrações em que restou caracterizado que o contribuinte não declarou a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omitiu a realização da operação ou prestação tributável, cabe aplicar a regra do art. 173, inc. I do CTN.

Tal hipótese vejo configurada nas infrações 04, 06, 07, 08, 09 e 10.

Considerando também o teor da Súmula 12 do CONSEF: “Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração”, que no presente caso, ocorreu em 06/07/2021 e que apuração do ICMS é mensal, art. 305 do RICMS/2012, tem-se duas situações:

- i) Se aplicada a regra do art. 150 § 4º do CTN, tendo o Fisco estadual se mantido inerte em adotar qualquer ação para homologar os fatos ocorridos antes de 06/07/2016, ou seja, antes de julho de 2016, não pode o Fisco mais exigir o imposto, uma vez transcorrido o lapso temporal de cinco anos, contados da data de ocorrência do fato gerador;
- ii) Se aplicada a regra do art. 173, I do CTN, a Fazenda Pública não pode mais exigir o crédito tributário decorrente de operações ocorridas antes de 01/01/2016, uma vez transcorrido o lapso temporal de cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Dessa forma, com base na regra do art. 150, § 4º do CTN, acato parcialmente a arguição de decadência das infrações 01, 02, 03 e 05, relativos aos créditos tributários correspondentes aos fatos geradores ocorridos nos períodos a seguir:

Infração 01 – janeiro a junho de 2016.

Infração 02 - janeiro a junho de 2016.

Infração 03 - janeiro a junho de 2016.

Infração 05 - janeiro a junho de 2016.

Para as infrações, 04, 06, 07, 08, 09 e 10, por se aplicar a regra do art. 173, I do CTN, não acato a arguição de decadência.

Lembro que as infrações 08, 09 e 10, por se tratar de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, decorrentes da falta do registro de documentos na escrita fiscal, implica em admitir que o contribuinte não declarou a ocorrência do fato jurídico tributário, fato que implicou em distorção na apuração do montante do imposto devido

A autuada requer a realização de diligência, cuja finalidade é a “*demonstração da improcedência do Auto de Infração*” e para demonstrar que as infrações “*são indevidas uma vez que as operações obedeceram ao disposto na legislação de regência, não havendo ausência de pagamento de imposto ou mesmo hipótese de incidência das multas aplicadas.*”.

Nesse sentido, ressalto que os elementos de prova que poderiam elidir as infrações estão em pose da autuada, vez que os levantamentos foram elaborados com os dados da EFD, elaborada e transmitida pelo contribuinte, portanto, de seu inteiro conhecimento e responsabilidade.

E ainda, considerando também que a meu juízo, os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação da convicção dos julgadores, e que diligências foram realizadas visando sanear qualquer dúvida existente, indefiro o pedido, com base no art. 147, inc. I do RPAF/99.

Não havendo mais questões preliminares a examinar, adentro na apreciação do mérito, o qual será analisado cada infração separadamente.

A **infração 01**, acusa o contribuinte de utilização indevida de crédito fiscal, decorrente da aquisição de mercadorias com o pagamento do imposto por substituição tributária, infringindo o art. 9º da Lei nº 7.014/96, *verbis*.

Art. 9º Ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias constantes no Anexo I desta Lei.

Contrariando também o art. 290 do RICMS/2012, que assim prevê.

Art. 290. Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte das mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária. (Grifo do relator.)

A defesa, contestou a autuação argumentando que diversas mercadorias incluídas no levantamento, são tributadas no regime normal, portanto, parte dos itens estariam fora do regime da substituição tributária, o que lhe autorizaria o uso do crédito correspondente ao imposto destacado no documento fiscal, apresentando relação das mercadorias que entende se ajustar ao argumento posto.

Os autuantes em sede de informação fiscal citam algumas mercadorias contestadas pela defesa de forma não exaustiva, e acatam parcialmente as alegações, remanescendo o crédito tributário no total de R\$ 25.519,17.

Inconformado, o contribuinte em manifestação, apresentou uma lista de todas as mercadorias sobre as quais não concorda com a manutenção da acusação, sob a mesma alegação, e reiterou a necessidade de elaboração de novo levantamento.

Em nova informação, após apresentarem uma análise de todos os itens contestados, os autuantes refutaram todos os argumentos, mantendo o mesmo valor remanescente calculado na primeira informação fiscal.

Portanto, é imprescindível, para decisão da lide, analisar os itens contestados e identificar quais deles estão sujeitos ao regime da substituição tributária

Preliminarmente à análise, ressalto o entendimento da Administração Tributária e pacífico neste CONSEF, que para a inclusão de um produto no regime da substituição tributária, é necessária, a existência de perfeita identidade entre a NCM do produto e a sua descrição, conforme exposto no Parecer da DITRI 25452/2012: *“ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Um produto está sujeito ao regime de substituição tributária quando possuir, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma vigente”*.

Idêntico entendimento foi manifestado no Parecer 11219/2010, o qual traz o seguinte posicionamento: *“Há de se informar, inicialmente, que, para a inclusão de um produto na Substituição Tributária, é necessário que haja a sua identidade não só com uma das definições contidas nos diversos itens do inciso II do art. 353 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. nº 6.284/97, RICMS, como com a classificação na NCM prevista no mesmo item.”*.

Isto posto, abordo a seguir, cada item individualmente, ponderando as razões da defesa e aquelas postas na informação fiscal, observando as disposições do Anexo 1 ao RICMS/2012, em suas versões vigentes em 2016, 2017 e 2018, no sentido de verificar se a NCM do item se encontrava inserida no Anexo 1 ao RICMS/2012, e em caso positivo, se a descrição se conforma com a dos produtos autuados.

ABSORVENTE INTIMUS GEL NORM SECA S/ ABAS – NCM 9619.00.00. Consta no Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente em 2016 (01/01/2016 a 31/03/2016) a NCM 9619 com a seguinte descrição: *“Tampões higiênicos (absorventes internos)”* no subitem 9.22, do item 9.0 – *“Medicamentos, produtos farmacêuticos para uso humano e higiênico pessoal”*. Portanto, o item deve ser mantido no levantamento, por estar sujeito à substituição tributária.

AMÊNDOA EUROCAJU SACHE 100 g – NCM 0801.22.00 e 0801.32.00. Em 2016, até 31/01/2017, estas NCM não estavam sujeitas à substituição tributária, havendo apenas a previsão, nos itens 11.10.1 e 11.10.2 de substituição tributária para *“Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 kg”* e *“Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo superior a 1 kg”*, respectivamente, na NCM 2008.1, diversa da autuada, que não corresponde, como visto, aos produtos autuados, os quais possuíam tributação normal, devendo ser excluídos da autuação. Para 2017 e 2018, se verifica a mesma situação, inclusive quanto aos itens e NCM, devendo ser excluídos tais produtos do levantamento.

CASTANHA YOKI CAJU 100 g – NCM 0801.32.00; CASTANHA CAJU CAST CARRILHO C/ PIM. 100 g; CASTANHA PREZUNIC DO PARÁ 150 g NCM 0801.22.00; CASTANHA CAJU NAT INT LA VIOLET 100 g NCM 0801.22.00; CASTANHA CAJU TOR SALG LA VIOLET 100 g NCM 0802.90.00; CASTANHA CAJU EUROCAJU LATA 100 g NCM 0801.32.00; CASTANHA YOKI CAJU 100 g – NCM 0801.32.00; CASTANHA CAJU VOVÓ NIZE NATURAL 100 g NCM 0801.32.00.

Em 2016, até 31/01/2017, estas NCM não estavam sujeitas à substituição tributária, havendo apenas a previsão, nos itens 11.10.1 e 11.10.2 de substituição tributária para *“Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 kg”* e *“Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo superior a 1 kg”*, respectivamente, na NCM 2008.1, diversa da autuada, que não corresponde, como visto, aos produtos autuados, os quais possuíam

tributação normal, devendo ser excluídos da autuação. Para 2018, se verifica a mesma situação, inclusive quanto aos itens e NCM, devendo ser excluídos tais produtos do levantamento.

BISCOITO PREZUNIC POLVILHO QUEIJO 200 g NCM 1905.90.90. No Anexo 1 ao RICMS/2012 vigente em 2016, consta a NCM 1905 com as seguintes descrições: “*Biscoitos e bolachas dos tipos ‘cream cracker’, ‘água e sal’, ‘maisena’ e ‘maria’ e outros de consumo popular, adicionados de edulcorantes e não adicionados de cacau, nem recheados, cobertos ou amanteigados, independentemente de sua denominação comercial.*”, itens 11.21, 11.22, 11.23 e outros produtos derivados de farinha de trigo. O item autuado é derivado de polvilho, subproduto da mandioca. Portanto, não está sujeito a substituição tributária, devendo ser excluído do levantamento.

CAIXA P/ PANETONE 400 g FRUTAS C/ 100 – NCM 4819.20.00. Panetone é produto enquadrado no regime da substituição tributária, constante nos Anexos 1 ao RICMS/2012 vigentes em 2016, 2017 e 2018, no item 11.9, assim como em 2017 e 2018. O item autuado é uma caixa para acondicionamento dos panetones, portanto, serve de embalagem para um produto com tributação encerrada. Assim, a tributação da embalagem acompanha a tributação do produto principal.

Aqui há de se estabelecer dois conceitos distintos de relevância para decisão da lide desse particular.

O conceito técnico de embalagens não se aplica aos sacos de papel ou de plástico utilizados normalmente nos estabelecimentos comerciais varejistas destinados a acondicionar produtos ofertados diretamente ao consumidor, expostos em prateleiras ou balcões sem qualquer invólucro, como hortifrutigranjeiros e pães, onde o adquirente os escolhe e, para facilitar o transporte destes, utilizam os sacos ou sacolas disponibilizadas pelo estabelecimento.

Segundo a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, embalagem tem o seguinte conceito estabelecido no Regulamento Técnico - Critérios Gerais e Classificação de Materiais para Embalagens e Equipamentos em Contato com Alimentos, aprovado pela Resolução de Diretoria Colegiada - RDC nº 91, de 11 de maio de 2001:

2. DEFINIÇÕES

2.1. *Embalagens para alimentos - é o artigo que está em contato direto com alimentos, destinado a contê-los, desde a sua fabricação até a sua entrega ao consumidor, com a finalidade de protegê-los de agente externos, de alterações e de contaminações, assim como de adulterações.* (Grifo do relator)

Já o Decreto-Lei nº 986/1969 que instituiu normas básicas sobre alimentos, no seu art. 2º, inc. XIII, assim define as embalagens.

Art. 2º Para os efeitos deste Decreto-lei considera-se: (...)

XIII - Embalagem: qualquer forma pela qual o alimento tenha sido acondicionado, guardado, empacotado ou envasado;

Não obstante, a ampla definição transcrita, destaco que o conceito de embalagem se aplica a qualquer forma pela qual o produto tenha sido acondicionado, logo após sua produção, portanto, pressupõe-se que as embalagens já estejam incorporadas aos produtos quando estes são ofertados ao consumidor, se amoldando a definição de insumos de produção.

Por conseguinte, fica claro que os sacos de papel ou de plástico e sacolas destinadas a acondicionar pães, biscoitos ou hortifrutigranjeiros ofertados no comércio varejista, não podem ser considerados embalagens, mas, acessórios destinados a facilitar a comercialização e transporte pelo consumidor final destes produtos, ainda que muitas vezes se refiram a estes como embalagens, não se trata de insumos.

Isto posto, acerca da tributação de embalagens, recorro ao entendimento da Administração expressado no Parecer da DITRI nº 0248/2005, cuja ementa, segue transcrita:

“*ICMS. É garantido ao estabelecimento fabricante de produtos de padaria o direito à utilização dos créditos fiscais relativos aos insumos empregados na fabricação dos produtos não incluídos no regime de substituição tributária, mas sujeitos à tributação normal do imposto.*”.

Esclarecendo melhor, reproduzo trecho do parecer:

“Da análise da presente consulta, ressaltamos que a vedação de apropriação dos créditos fiscais relativos às aquisições de insumos utilizados na fabricação de produtos de padaria refere-se unicamente às operações de comercialização dos produtos incluídos no regime de substituição tributária a que se refere o item 11.4.2 do inciso II do art. 353 do RICMS/Ba, a exemplo de pães, panetones, biscoitos, bolachas, torradas, entre outros (NCM 1905.40), os quais são alcançados pela antecipação tributária do ICMS quando da comercialização da farinha de trigo utilizada em sua fabricação. Dessa forma, e face à inexistência de regra de manutenção de crédito nessa hipótese, está vedado ao estabelecimento o aproveitamento de créditos relativos à aquisição de insumos utilizados na fabricação dos citados produtos.”

Lembro que a autuada, atua também como padaria e confeitaria com predominância de revenda, CNAE Fiscal 4721/1-02.

Então, à vista disso, conclui-se que das aquisições de embalagens para panetone, fabricados pelo contribuinte, não se pode utilizar o crédito fiscal. O item deve ser mantido no levantamento.

ESPETINHO JUNDIAI LINGUIÇA MISTA 480 g – Tanto em 2016 e 2017, incluindo o mês de janeiro, quanto em 2018, inexistia previsão de substituição tributária para tais NCMs, o que enseja a retirada de tais produtos do levantamento.

Assim, o item tem tributação normal e deve ser excluído do levantamento.

ESTOJO KIT THUNDER BREACKER; ESTOJO KIT MENINO DIV; ESTOJO KIT POWER HEROES; e ESTOJO KIT TEEN FLOR - NCM 4202.32.00. Consta no Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente em 2016 para as NCM 4202.1 e 4202.9 com a seguinte descrição *“Maletas e pastas para documentos e de estudante, e artefatos semelhantes”*, que se replica em 2017 e 2018. Produto sujeito a substituição tributária. Deve ser mantido no levantamento.

GRANOLA TIA SÔNIA 200 g CAST PARÁ - NCM 1904.10.00. Para 2016 consta a previsão para esta NCM no item 11.7 no Anexo 1 ao RICMS com a seguinte descrição: *“Produtos à base de cereais, obtidos por expansão ou torrefação”*. Para 2017, a partir de 01/02/2017, tal NCM encontrava a previsão para substituição tributária no item 11.8 e para 2017 e 2018, se observa a mesma situação, ou seja, inexistia a previsão de sujeição ao regime de substituição tributária para tal produto, uma vez que, apesar de ser a NCM prevista para substituição tributária a 1904.1, ela não se enquadra no item 11.8 do Anexo 1, por ser um *mix* de cereais com frutas secas.

No sítio www.emposiotiasonia.com.br/, consta a seguinte descrição do produto: *“A maioria das granolas são feitas com grãos, oleaginosas e outros ingredientes – algumas, como as da Tia Sônia, possuem ingredientes super especiais que as tornam ainda mais deliciosas. As combinações mais comuns incluem: Flocos de aveia, rapadura, coco, tapioca, uva-passa, castanha de caju, gérmen de trigo, melaço de cana, manteiga, gergelim e sal do Himalaia”*, ou seja, se trata de composto que não é obtido por torrefação ou expansão, o que justifica sua exclusão do levantamento.

LAPISEIRA BIC SHIMMERS 0.7 L3P2 - NCM 9608.40.00. No Anexo 1 ao RICMS/2012, consta relacionada para a NCM 9608: item 12.27 *“Canetas esferográficas”*; item 12.28 *“Canetas e marcadores, com ponta de feltro ou com outras pontas porosas”*; 12.29 *“Canetas tinteiros”* e 12.30 *“Outras canetas; sortidos de canetas.”*, cujas descrições não correspondem ao item relacionado na infração. Portanto, devem estes itens serem excluídos do levantamento.

MASSA P/ PIZZA – NCM 1902.20.00. No Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente em 01/01/2016 até 09/03/2016, consta a NCM 1902.3 no item 11.15 com a seguinte descrição: *“Macarrão instantâneo”* e no item 11.16 a NCM 1902.1 com a descrição: *“Massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo”*, situação que se repete no Anexo 1 vigente em 2016, no período de 10/03/2016 até 31/01/2017, nos itens 11.15 e 11.16.

No Anexo 1 vigente em 2017 a partir de 01/04/2017, consta a NCM 1902.1, em sete itens, relacionadas com *“Massas alimentícias do tipo sêmola, não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo, exceto a descrita no CEST 17.049.04”*, mesma situação ocorre no anexo vigente em 2018.

Segundo a Resolução-RDC nº 93, de 31 de outubro de 2000, da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, a definição de massa alimentícia é a seguinte:

2.1. Definições

2.1.1. *Massa Alimentícia: é o produto não fermentado, apresentado sob várias formas, recheado ou não, obtido pelo empasto, amassamento mecânico de farinha de trigo comum e ou sêmola/semolina de trigo e ou farinha de trigo integral e ou farinha de trigo durum e ou sêmola/semolina de trigo durum e ou farinha integral de trigo comum e ou derivados de cereais, leguminosas, raízes ou tubérculos, adicionado ou não de outros ingredientes e acompanhado ou não de temperos e ou complementos, isoladamente ou adicionados diretamente à massa.*

Portanto, os produtos com a NCM 1902.2, não estão sujeitos ao regime da substituição tributária, uma vez que os itens identificados como *Massas Alimentícias*, sujeitas a substituição tributária, não se refere a massa para pizza. Este item deve ser excluído do levantamento.

MISTURA BOLO MARATÁ BAUNILHA, CHOCOLATE, COCO, MILHO 400 g; NCM 1901.20.00; MISTURA BOLO FINNA 450 g. BRAUNE - NCM 1901.20.00 dentre outras MISTURAS PARA BOLOS, todos com a mesma NCM.

No Anexo 1 ao RICMS/2012 vigente em 2016, no período de 10/03/2016 a 31/01/2017, a NCM 1901.2, no item 11.13, previa a substituição tributária para *“Mistura de farinha de trigo, exceto mistura para bolo”*, ou seja, a mistura para bolo neste período se encontrava com tributação normal, o que implica em exclusão no demonstrativo elaborado pelos autuantes, neste período, de tais operações, vez ser lícito o crédito fiscal.

No Anexo 1 vigente em 2017, vigorava a redação que produziu efeitos entre 01/02/2017 e 31/12/2017, tendo a NCM 1901.2 com previsão para substituição tributária no item 11.14.3, para os produtos *“Misturas e preparações para bolo com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior a 5 Kg”*.

Portanto, para os itens com a NCM 1901.2, sujeitos a substituição tributária correspondem a mistura para bolo, inclusive em embalagens de 350 g ou 450 g, devendo tais mercadorias serem mantidas no levantamento, nesse período.

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

MISTURA P/BOLO D. BENTA 450 g, sabores AIPIM, CENOURA, FESTA, LARANJA, MILHO VERDE e CHOCOLATE – NCM 1902.90.90.

A NCM 1902.90.90 em 2016 e 2017, até 31/01/2017 não possuía previsão para substituição tributária. A partir de 01/02/2017, a NCM 1901.90.9 aparece no item 11.14.3 com a seguinte descrição: *“Misturas e preparações para bolo com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior a 5 Kg”*, mesma situação para 2018.

Portanto, os produtos com tal NCM devem ser excluídos do levantamento.

SACO P/ BAGUETE MF 19X80 C/ 1000 – NCM 3923.21.90; SACO PLÁSTICO P/ BISCOITO 20X35X06 – NCM 3923.21.90.

Em 2017, tanto no Anexo 1 ao RICMS vigente até 31/01/2017 quanto aquele vigente até dezembro, inexistia qualquer previsão de substituição tributária para a NCM 3923.2 e 4819.3, mesma situação tributária para 2018.

Os itens acima relacionados, se prestam ao acondicionamento de pão e biscoito, quando da comercialização destes produtos.

Produtos como pães, biscoitos e panetone, estão sujeitos ao regime de substituição tributária alcançada e encerrada pela tributação na aquisição de farinha de trigo até a saída do produto industrializado, nos termos do art. 289 do RICMS/2012.

Em relação às operações subsequentes o tratamento tributário deve ser o mesmo dado a mistura de farinha de trigo, estando encerrada a tributação até a venda ao consumidor final nos termos do inc. I do art. 373 do RICMS/2012.

Assim sendo, as operações com a mercadoria que condiciona sujeitas a substituição tributária, também as sacolas e sacos utilizados no acondicionamento para comercialização não são tributadas, portanto, não se admite a apropriação do crédito fiscal.

Tal entendimento se conforma como o posicionamento quanto a tributação das “embalagens”, que devem seguir a mesma diretriz tributária da mercadoria a que se presta para acondicionar. Assim tem se posicionado a DITRI no Parecer nº 21.942/2012:

“O entendimento desta Diretoria de Tributação - DITRI é no sentido de que as embalagens tipo sacolas utilizadas no simples transporte dos produtos revendidos pela empresa fazem parte da atividade comercial, e, portanto, não são consideradas material de uso ou consumo, mas mercadorias para as quais se atribui o mesmo tratamento tributário dispensado àquelas que acondicionarão.” (Grifo do relator.)

Também no Parecer DITRI nº 7.872/2008, cujo ementa transcrevo:

“ICMS. Consulta via internet. Nas aquisições internas de sacolas, espécie de material de embalagem, o contribuinte poderá lançar a crédito o valor do imposto destacado na Nota Fiscal de aquisição na hipótese destas sacolas serem utilizadas para acondicionamento de mercadorias tributadas.”

Diante do exposto, é indevida a apropriação do crédito fiscal, devendo estes itens serem mantidos no levantamento.

Após proceder aos ajustes e o acatamento da decadência, tenho a infração 01 como parcialmente subsistente, no montante de R\$ 19.357,98.

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota (%)	Multa (%)	Valor Histórico (R\$)
31/07/2016	09/08/2016	1.532,47	17,00	60,00	260,52
31/08/2016	09/09/2016	2.432,18	17,00	60,00	413,47
30/09/2016	09/10/2016	1.960,71	17,00	60,00	333,32
31/10/2016	09/11/2016	855,47	17,00	60,00	145,43
30/11/2016	09/12/2016	2.703,24	17,00	60,00	459,55
31/12/2016	09/01/2017	2.295,53	17,00	60,00	390,24
31/01/2017	09/02/2017	3.420,94	17,00	60,00	581,56
28/02/2017	09/03/2017	1.860,94	17,00	60,00	316,36
31/03/2017	09/04/2017	1.837,65	17,00	60,00	312,40
30/04/2017	09/05/2017	4.586,94	17,00	60,00	779,78
31/05/2017	09/06/2017	1.925,53	17,00	60,00	327,34
30/06/2017	09/07/2017	1.286,71	17,00	60,00	218,74
31/07/2017	09/08/2017	3.438,53	17,00	60,00	584,55
31/08/2017	09/09/2017	4.336,53	17,00	60,00	737,21
30/09/2017	09/10/2017	587,35	17,00	60,00	99,85
31/10/2017	09/11/2017	1.234,71	17,00	60,00	209,90
30/11/2017	09/12/2017	5.373,82	17,00	60,00	913,55
31/12/2017	09/01/2018	3.654,06	17,00	60,00	621,19
31/01/2018	09/02/2018	19.349,88	17,00	60,00	3.289,48
28/02/2018	09/03/2018	5.691,65	17,00	60,00	967,58
31/03/2018	09/04/2018	2.040,18	17,00	60,00	346,83
30/04/2018	09/05/2018	8.882,94	17,00	60,00	1.510,10
31/05/2018	09/06/2018	719,71	17,00	60,00	122,35
30/06/2018	09/07/2018	8.946,71	17,00	60,00	1.520,94
31/07/2018	09/08/2018	2.617,06	17,00	60,00	444,90
31/08/2018	09/09/2018	5.772,53	17,00	60,00	981,33
30/09/2018	09/10/2018	3.337,88	17,00	60,00	567,44

31/10/2018	09/11/2018	1.620,71	17,00	60,00	275,52
30/11/2018	09/12/2018	4.433,06	17,00	60,00	753,62
31/12/2018	09/01/2019	5.134,88	17,00	60,00	872,93
Total					19.357,98

Na **Infração 02**, a acusação é de que o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto.

A defesa arguiu que foram incluídas no levantamento mercadorias tributadas no regime normal do ICMS que não gozavam de isenção, fato que a autoriza se creditar do imposto destacado no documento fiscal.

Na informação fiscal, os autuantes mantiveram o valor inicialmente exigido.

Dos itens que permaneceram, quando da última manifestação, a autuada argumentou que as mercadorias: AMENDOIM CRU COM CASCA Kg – NCM 2008.11.00, BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 40X60X015 m – NCM 3923.21.90 e ERVILHA FRESCA BONDUELLE 200 g – NCM 2005.40.00, são tributadas no regime normal.

Quanto ao item AMENDOIM CRU COM CASCA Kg – NCM 2008.11.00, que se trata de amendoim *in natura*, trago o posicionamento da Administração Tributária exposta no Parecer DITRI 13081/2012, de 05/06/2012, cuja ementa segue transcrita:

“ICMS. É diferido o ICMS nas operações internas de saída de amendoim, em estado natural, para contribuinte do imposto habilitado para o diferimento, conforme art. 286, inciso V do RICMS, Decreto 13.780/12. Nas operações de saída para consumidor final será tributado pela alíquota de 17%. ”

Ou seja, o entendimento, diferentemente dos autuantes, o amendoim *in natura* é produto tributado, estando correto o contribuinte, devendo este item ser excluído do levantamento.

Para a BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 40X60X015 m – NCM 3923.21.90, recorro mais uma vez a entendimento firmado pela DITRI no Parecer nº 21.942/2012, acima mencionado.

Em sede de informação fiscal os autuantes asseveraram que *“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...”*

Dessa forma, o item BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 40X60X015 m, como utilizado não estabelecimento, é um produto isento, vez que acompanha a tributação do produto que serve de acondicionamento para transporte dos mesmos, cuja saídas internas disfruta do benefício da isenção. Motivo pelo qual deve ser mantido do levantamento.

Sobre a ERVILHA FRESCA BONDUELLE 200 g – NCM 2005.40.00, registro que se trata de produto, conforme sítio do fabricante (<https://www.bonduelle.com.br/produtos>), assim descrito: *“A linha Suave tem Ervilhas, que são envasadas frescas, com qualidade e sabor de verdade e 40% menos sódio. São só duas pitadas de sal para realçar o sabor. Além disso, o fechamento hermético da lata e o processo de esterilização garantem a preservação sem necessidade de conservantes. ”*, cita como ingredientes: *“Ervilhas, água e sal”*.

Sobre a matéria, a DITRI externou seu posicionamento no parecer nº 38248/2019, cuja ementa segue transcrita.

“ICMS. INDUSTRIALIZAÇÃO. Hortifrutícolas congeladas e acondicionadas são tributadas normalmente nas operações internas e interestaduais. A isenção aplica-se apenas aos hortifrutícolas em estado natural. RIPI, art. 4º, incisos, II e IV. RICMS/BA, art. 265, inciso I, alínea ‘a’ ”. (Grifo do relator).

No caso em análise, por ser enlatada, o produto não deixa dúvidas quanto à sua natureza de industrializado, portanto, normalmente tributado, razão pela qual deve ser excluído do levantamento.

Feitos os ajustes, a infração 02 é parcialmente subsistente, considerando os ajustes efetuados pelos autuantes e o acatamento da decadência parcial, no valor de R\$ 4.520,37, conforme demonstrativo a seguir:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota (%)	Multa (%)	Valor Histórico (R\$)
31/07/2016	09/08/2016	1.034,59	17,00	60,00	175,88
31/08/2016	09/09/2016	1.182,76	17,00	60,00	201,07
30/09/2016	09/10/2016	32,06	17,00	60,00	5,45
31/10/2016	09/11/2016	1.048,29	17,00	60,00	178,21
30/11/2016	09/12/2016	1.746,12	17,00	60,00	296,84
31/12/2016	09/01/2017	769,88	17,00	60,00	130,88
31/01/2017	09/02/2017	218,53	17,00	60,00	37,15
28/02/2017	09/03/2017	1.627,06	17,00	60,00	276,60
31/03/2017	09/04/2017	997,06	17,00	60,00	169,50
30/04/2017	09/05/2017	440,47	17,00	60,00	74,88
31/05/2017	09/06/2017	183,53	17,00	60,00	31,20
30/06/2017	09/07/2017	1.455,35	17,00	60,00	247,41
31/07/2017	09/08/2017	275,29	17,00	60,00	46,80
31/08/2017	09/09/2017	1.194,18	17,00	60,00	203,01
31/10/2017	09/11/2017	1.050,35	17,00	60,00	178,56
30/11/2017	09/12/2017	1.143,94	17,00	60,00	194,47
31/12/2017	09/01/2018	0,00	17,00	60,00	0,00
31/01/2018	09/02/2018	1.731,12	17,00	60,00	294,29
28/02/2018	09/03/2018	304,94	17,00	60,00	51,84
31/03/2018	09/04/2018	1.143,53	17,00	60,00	194,40
30/04/2018	09/05/2018	1.851,00	17,00	60,00	314,67
31/05/2018	09/06/2018	91,47	17,00	60,00	15,55
30/06/2018	09/07/2018	1.524,71	17,00	60,00	259,20
31/07/2018	09/08/2018	2.291,47	17,00	60,00	389,55
31/08/2018	09/09/2018	457,41	17,00	60,00	77,76
31/10/2018	09/11/2018	1.346,82	17,00	60,00	228,96
31/12/2018	09/01/2019	1.448,47	17,00	60,00	246,24
Total					4.520,37

A **infração 03**, versa sobre o uso indevido de crédito fiscal, desta vez decorrente do destaque a maior do imposto nos documentos fiscais de aquisições.

A defesa se restringe a alegar a decadência, matéria já analisada e parcialmente acolhida, não sendo trazido qualquer outro argumento defensivo para as demais ocorrências, o que faz incidir o disposto no art. 140 do RPAF/99, ou seja: *“O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas”*.

Portanto, a infração é parcialmente subsistente, conforme demonstrativo:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota (%)	Multa (%)	Valor Histórico (R\$)
31/07/2016	09/08/2016	12.993,54	18,00	60,00	7.796,12
31/08/2016	09/09/2016	15.129,85	18,00	60,00	9.077,91
30/09/2016	09/10/2016	12.051,08	18,00	60,00	7.230,65
31/10/2016	09/11/2016	10.009,45	18,00	60,00	6.005,67
30/11/2016	09/12/2016	11.249,70	18,00	60,00	6.749,82
31/12/2016	09/01/2017	18.045,15	18,00	60,00	10.827,09
31/01/2017	09/02/2017	1.734,19	18,00	60,00	1.040,51
28/02/2017	09/03/2017	6.058,62	18,00	60,00	3.635,17
31/03/2017	09/04/2017	3.828,53	18,00	60,00	2.297,12
30/04/2017	09/05/2017	743,92	18,00	60,00	446,35
31/05/2017	09/06/2017	792,13	18,00	60,00	475,28
30/06/2017	09/07/2017	561,61	18,00	60,00	336,97
31/07/2017	09/08/2017	891,25	18,00	60,00	534,75
31/08/2017	09/09/2017	885,69	18,00	60,00	531,41
30/09/2017	09/10/2017	401,93	18,00	60,00	241,16
31/10/2017	09/11/2017	356,65	18,00	60,00	213,99
30/11/2017	09/12/2017	218,61	18,00	60,00	131,16
31/12/2017	09/01/2018	723,48	18,00	60,00	434,09
31/01/2018	09/02/2018	145,41	18,00	60,00	87,25
28/02/2018	09/03/2018	110,14	18,00	60,00	66,08
31/03/2018	09/04/2018	373,43	18,00	60,00	224,06
30/04/2018	09/05/2018	297,94	18,00	60,00	178,76
31/05/2018	09/06/2018	458,58	18,00	60,00	275,15
30/06/2018	09/07/2018	2.382,37	18,00	60,00	1.429,42
31/07/2018	09/08/2018	2.996,79	18,00	60,00	1.798,07
31/08/2018	09/09/2018	798,07	18,00	60,00	478,84
30/09/2018	09/10/2018	732,45	18,00	60,00	439,47
31/10/2018	09/11/2018	572,16	18,00	60,00	343,30

30/11/2018	09/12/2018	803,30	18,00	60,00	481,98
31/12/2018	09/01/2019	422,85	18,00	60,00	253,71
Total					64.061,31

Na **infração 04** a acusação é a falta de recolhimento do imposto em razão do contribuinte ter praticado operações tributadas como não tributadas.

A defesa contestou vários itens incluídos no levantamento. Na informação fiscal os autuantes reconheceram parte dos argumentos e refizeram o levantamento, restando o ICMS exigido de R\$ 42.532,20. Foram mantidos itens que a autuada não concordou, sobre os quais analiso individualmente, observando qual o regime de tributação está submetido.

ABRAÇADEIRA FIXTIL NYLON NAT ABN 17 – NCM 7318.29.00.

No Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente em 2016, de 01/01/2016 até 09/03/2016, existia no item 8.58 a descrição dos produtos *“Parafusos, pinos ou pernos, roscados, porcas, tira-fundos, ganchos roscados, rebites, chavetas, cavilhas, contrapinos, arruelas (incluídas as de pressão) e artefatos semelhantes de ferro fundido, ferro ou aço.”*, fato que se replica as versões do Anexo 1 vigentes até 2018.

O produto analisado não se encaixa na descrição, uma vez que é fabricado com NYLON, portanto, tributado normalmente, devendo ser mantido no levantamento, contrariando o entendimento dos autuantes.

ALECRIM TROP. 20 g – NCM 0712.90.90. A defesa alegou ser mercadoria isenta com base no Convênio ICM 44/75. A NCM com a raiz 0712, correspondente à seguinte descrição: *“Produtos hortícolas secos, mesmo cortados em pedaços ou fatias, ou ainda triturados ou em pó, mas sem qualquer outro preparo”*.

A isenção prevista no RICMS/2012, com base no Convênio ICM 44/75, no seu art. 265, inc. I, alínea “a”, contempla as saídas internas e interestaduais, desde que não destinadas à industrialização, de produtos hortifrutícolas relacionados no Convênio ICM 44/75, exceto alho, amêndoas, avelãs, castanha da europa e nozes (Convênio ICM 07/80).

Assim, o produto tem tributação normal, devendo ser mantido no levantamento.

CARNE SECA PREZ DIAN UN – NCM 0210.20.00.

Trata-se de charque. Na redação do Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente ano 2016, de 01/01/2016 até 09/03/2016, constava no item 11.17 a NCM 0210.2 com a seguinte descrição: *“Carne de gado bovino, ovino e bufalino e produtos comestíveis resultantes da matança desse gado submetidos à salga, secagem ou desidratação, exceto charque e jerked beef.”*, previsão que se replica nos anexos vigentes até 2018.

Conclui-se que o item é submetido a tributação normal, devendo ser mantido no levantamento.

LENÇO ABSORVENTE MIL INFSU – NCM 9619.00.00.

O Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente entre 01/01/2016 e 09/03/2016, prevê a substituição tributária para produtos com a NCM 9619, nos itens 9.21 *“Fraldas”*, 9.22 *“Tampões higiênicos (absorventes internos)”* e no item 9.23 *“Absorventes higiênicos externos”*, descrições que não correspondem a lenços absorventes. Esta situação se repete nos exercícios de 2016 a partir de 10/03/2016, 2017 e 2018. Portanto, trata-se de mercadoria sujeita a tributação normal e deve ser mantido no levantamento.

PIZZA CALABRESA Kg – NCM 1902.20.00; PIZZA PREZUNIC 400 g. CALABRESA – NCM 1905.90.90; PIZZA REZENDE CALABRESA 460 g – NCM 1905.90.90 e outras pizzas, todas com a mesma NCM.

Quanto as pizzas com a NCM 1905.90.90, constato que no período de 10/03/2016 a 31/01/2017, existia substituição tributária para a NCM 1905.9 para os produtos listados no item 11.8 do Anexo 1 ao RICMS/2012 *“Salgadinhos diversos”*, item 11.26-A *“Outros pães industrializados; exceto pão francês de até 200 g”*, item 11.26-B *“Outros bolos industrializados e produtos de panificação não*

especificados anteriormente; exceto casquinhas para sorvete.”, e item 11.26-D: *“Demais pães industrializados”*, descrições que não contemplam pizza.

Para 2017, a partir de fevereiro, a substituição tributária para a NCM 1905.9 constava a previsão para os itens 11.9 *“Salgadinhos diversos”* e 11.30 *“Demais pães industrializados”*.

Em 2018, a previsão de substituição tributária existia no Anexo 1 ao RICMS/2012 nos itens 11.9 *“Salgadinhos diversos”*, 11.28.2 *“Outros bolos industrializados e produtos de panificação não especificados anteriormente, incluindo as pizzas; exceto os classificados nos CEST 17.062.02 e 17.062.03”*, a partir de 01/06/2018. Até esta data, era vigente a redação que previa a substituição tributária na NCM 1905.90.90 para *“Outros bolos industrializados e produtos de panificação não especificados pães, exceto casquinhas para sorvete e pão francês de até 200 g”*, 11.28.2 *“Casquinhas para sorvete”*, 11.28.3 *“Pão francês até 200 g”* e 11.30 *“Demais pães industrializados”*.

Assim, as operações com pizzas na NCM 1905.90.90, realizadas a partir de 01/06/2018 estão sujeitas a substituição tributária, portanto, devem ser excluídas do lançamento neste período.

Contudo, as pizzas de NCM 1902.20.00 estavam sujeitas tributação normal, em razão de tal NCM, no período autuado, inexistir previsão para substituição tributária, o que justifica a manutenção destes itens no lançamento.

REGULADOR GÁS NEDO C/ MANGUEIRA 80 cm C/ ABRAÇADEIRA. – NCM 8481.10.00. No Anexo 1 ao RICMS/2012 vigente em 2016, em ambos os períodos, consta para a NCM 8481.1 a seguinte descrição: *“Válvulas redutoras de pressão”*, no item 1.46, integrante o grupo *“PEÇAS, COMPONENTES, E ACESSÓRIOS PARA VEÍCULOS AUTOMOTORES”*. Para o anexo vigente em 2017, consta o grupo 8 as mercadorias *“MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO E CONGÊNERES”*, onde consta no item 8.79 o item com a seguinte descrição *“Torneiras, válvulas (incluídas as redutoras de pressão e as termostáticas) e dispositivos semelhantes, para canalizações, caldeiras, reservatórios, cubas e outros recipientes.”*, fato que se replica no anexo vigente em 2018.

A mercadoria aqui tratada não corresponde aos itens descritos nos anexos. Portanto, sujeita a tributação normal, devendo ser mantido no levantamento.

SIDRA CERESER MAÇÃ S/ ÁLCOOL ZERO 660 ml – NCM 2202.10.00.

Para o Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente em 2016 e até 01/02/2017, consta a NCM 2202 nos itens: 3.8 – *“Demais refrigerantes”*, 3.10 – NCM 2202 *“Bebidas energéticas em embalagem com capacidade inferior a 600 ml”*; 3.11 – NCM 2202.9 *“Bebidas energéticas em embalagem com capacidade igual ou superior a 600 ml”* e 3.15 – NCM 2202.90 *“Cerveja sem álcool”*.

Para os anexos vigentes em 2017 e 2018, além dos itens já citados foram acrescidos os seguintes: 3.7 – NCM 2202 *“Refrigerante em garrafa com capacidade igual ou superior a 600 ml”* e 3.12 – NCM 2202.9 *“Bebidas hidroeletrolíticas (isotônicas) em embalagem com capacidade inferior a 600 ml”*.

Conclui-se que a SIDRA CERESER MAÇÃ, S/ ÁLCOOL, não está sujeita ao regime de substituição tributária, devendo ser mantida no levantamento.

SOQUETE FIXTIL; SOQUETE FIXTIL RABIXO LAMP. INCAND. – NCM 8536.61.00.

No Anexo 1 ao RICMS/2012, vigente em 2016, consta a NCM 8536, descritas nos itens: 1.65 – *“Interruptores e seccionadores e comutadores”*; 1.66 – *“Fusíveis e corta circuitos de fusíveis”*; 1.67 – *“Disjuntores”*; 1.68 – *“Relés”* e 7.4 – *“Starter”*, situação que se repete para o anexo vigente de 10/03/2016 a 31/01/2017.

Para aqueles vigentes em 2017 e 2018, somente consta o item 7.4 – NCM 8536.5 com a seguinte descrição: *“Starter”*.

Assim sendo, a mercadoria tem tributação normal, devendo ser mantido no levantamento.

TM DAIS SADIA 470 g – NCM 1905.90.90.

Nos Anexos vigentes em 2016 a 2018, consta para a NCM 1905.90.0 a seguinte descrição “*Salgadinhos diversos*”. O item relacionado no levantamento corresponde ao produto “*Torta Holandesa Miss Daisy Sadia 470 g*”, portanto, não corresponde a descrição da NCM constante no levantamento.

Produto normalmente tributado. Deve ser mantido no levantamento.

De ofício, procedi aos ajustes, de forma que tenho a infração 04 como parcialmente subsistente no valor de R\$ 37.033,69, conforme demonstrativo:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota (%)	Multa (%)	Valor Histórico (R\$)
31/01/2016	09/02/2016	38.771,20	17,00	60,00	6.591,10
29/02/2016	09/03/2016	24.571,45	17,00	60,00	4.177,15
31/03/2016	09/04/2016	5.920,73	17,00	60,00	1.006,52
30/04/2016	09/05/2016	4.592,28	17,00	60,00	780,69
31/05/2016	09/06/2016	4.794,51	17,00	60,00	815,07
30/06/2016	09/07/2016	8.254,34	17,00	60,00	1.403,24
31/07/2016	09/08/2016	5.075,31	17,00	60,00	862,80
31/08/2016	09/09/2016	5.367,24	17,00	60,00	912,43
30/09/2016	09/10/2016	7.058,50	17,00	60,00	1.199,94
31/10/2016	09/11/2016	10.024,20	17,00	60,00	1.704,11
30/11/2016	09/12/2016	12.668,80	17,00	60,00	2.153,70
31/12/2016	09/01/2017	9.735,23	17,00	60,00	1.654,99
31/01/2017	09/02/2017	9.657,50	17,00	60,00	1.641,77
28/02/2017	09/03/2017	7.057,76	17,00	60,00	1.199,82
31/03/2017	09/04/2017	8.003,30	17,00	60,00	1.360,56
30/04/2017	09/05/2017	6.971,04	17,00	60,00	1.185,08
31/05/2017	09/06/2017	3.135,68	17,00	60,00	533,07
30/06/2017	09/07/2017	2.974,65	17,00	60,00	505,69
31/07/2017	09/08/2017	2.134,36	17,00	60,00	362,84
31/08/2017	09/09/2017	1.920,30	17,00	60,00	326,45
30/09/2017	09/10/2017	2.016,26	17,00	60,00	342,77
31/10/2017	09/11/2017	2.929,44	17,00	60,00	498,00
30/11/2017	09/12/2017	2.570,75	17,00	60,00	437,03
31/12/2017	09/01/2018	2.734,91	17,00	60,00	464,93
31/01/2018	09/02/2018	2.588,73	17,00	60,00	440,08
28/02/2018	09/03/2018	1.729,36	17,00	60,00	293,99
31/03/2018	09/04/2018	1.626,53	17,00	60,00	276,51
30/04/2018	09/05/2018	2.859,74	17,00	60,00	486,16
31/05/2018	09/06/2018	2.282,80	17,00	60,00	388,08
30/06/2018	09/07/2018	2.660,93	17,00	60,00	452,36
31/07/2018	09/08/2018	2.820,64	17,00	60,00	479,51
31/08/2018	09/09/2018	2.047,54	17,00	60,00	348,08
30/09/2018	09/10/2018	2.092,03	17,00	60,00	355,65
31/10/2018	09/11/2018	1.894,87	17,00	60,00	322,13
30/11/2018	09/12/2018	2.136,38	17,00	60,00	363,18
31/12/2018	09/01/2019	4.165,96	17,00	60,00	708,21
Total					37.033,69

A **infração 05**, acusa o contribuinte de recolher a menor o ICMS devido a aplicação de alíquota diversa da legislação e relaciona diversos produtos que estariam sujeitos ao adicional de 2% para o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP.

A defesa, além da decadência, diz que está sendo exigido o adicional do FUNCEP de mercadorias que estão fora do Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016.

Os autuantes acataram parcialmente os argumentos, refizeram o levantamento, remanesecendo o crédito tributário no total de R\$ 18.866,84.

A Instrução Normativa nº 05/2016, que relaciona os produtos considerados como cosméticos para efeitos da incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, assim estabelece:

1 - Para efeitos da incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza serão considerados como cosméticos exclusivamente os produtos relacionados no Anexo Único desta Portaria.

2 - Esta Instrução Normativa entra em vigor na data da sua publicação.

ANEXO ÚNICO

NCM 3304.1 Produtos de maquiagem para os lábios;

NCM 3304.20.1 Sombra, delineador, lápis para sobrancelhas e rímel;

NCM 3304.20.9 Outros produtos de maquiagem;

NCM 3304.3 Preparações para manicuros e pedicuros, incluindo removedores de esmaltes à base de acetona;

NCM 3304.91 Pós, incluindo os compactos para maquiagem (exceto talco e polvilho com ou sem perfume);

NCM 3304.99.1 Cremes de beleza e cremes nutritivos; loções tônicas; incluídos os esfoliantes;

NCM 3304.99.9 Outros produtos de beleza ou de maquiagem preparados e preparações para conservação ou cuidados da pele (exceto medicamentos), incluindo os bronzeadores (exceto as preparações antissolares e os cremes para assadura);

NCM 3305.2 Preparações para ondulação ou alisamento, permanentes, dos cabelos;

NCM 3305.3 Laquês para o cabelo, incluídos os fixadores e gel fixador;

NCM 3305.9 Tinturas para o cabelo temporária, progressiva e permanente, incluídos os tonalizantes e xampus colorantes; outras preparações capilares, incluindo máscaras e finalizadores, excluindo condicionadores;

NCM 3307.3 Sais perfumados e outras preparações para banhos;

NCM 3307.9 Depilatórios, inclusive ceras; papéis perfumados e papéis impregnados ou revestidos de cosméticos; pastas (ouates), feltros e falsos tecidos impregnados, revestidos ou recobertos de perfume ou de cosméticos;

NCM 2847 Água oxigenada 10 a 40 volumes, incluídas as cremosas exceto os produtos de uso medicinal;

NCM 4818.2 Lenços de desmaquiar.

Ao analisar os demonstrativos analíticos da infração 05, identifiquei constando no levantamento, mercadorias com os seguintes códigos NCM:

- i) 3304.3 - Preparações para manicuros e pedicuros, incluindo removedores de esmaltes à base de acetona;
- ii) 3304.99.1 - Cremes de beleza e cremes nutritivos; loções tônicas; incluídos os esfoliantes;
- iii) 3304.99.9 - Outros produtos de beleza ou de maquiagem preparados e preparações para conservação ou cuidados da pele (exceto medicamentos), incluindo os bronzeadores (exceto as preparações antissolares e os cremes para assadura);
- iv) 3305.2 Preparações para ondulação ou alisamento, permanentes, dos cabelos;
- v) 3305.9 - Tinturas para o cabelo temporária, progressiva e permanente, incluídos os tonalizantes e xampus colorantes; outras preparações capilares, incluindo máscaras e finalizadores, excluindo condicionadores;
- vi) 3307.9 Depilatórios, inclusive ceras; papéis perfumados e papéis impregnados ou revestidos de cosméticos; pastas (ouates), feltros e falsos tecidos impregnados, revestidos ou recobertos de perfume ou de cosméticos;
- vii) 2847 Água oxigenada 10 a 40 volumes, incluídas as cremosas exceto os produtos de uso medicinal;
- viii) 4818.2 Lenços de desmaquiar.

Portanto, sobre estes itens tem razão a defesa e, assim, devem ser excluídos do levantamento, o que procedi de ofício, restando a infração 05 parcialmente subsistente conforme demonstrativo:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota (%)	Multa (%)	Valor Histórico (R\$)
31/07/2016	09/08/2016	497,56	17,00	60,00	84,59
31/08/2016	09/09/2016	728,68	17,00	60,00	123,88
30/09/2016	09/10/2016	361,40	17,00	60,00	61,44
31/10/2016	09/11/2016	1.099,67	17,00	60,00	186,94
30/11/2016	09/12/2016	1.188,99	17,00	60,00	202,13
31/12/2016	09/01/2017	2.156,17	17,00	60,00	366,55

31/01/2017	09/02/2017	1.112,53	17,00	60,00	189,13
28/02/2017	09/03/2017	617,02	17,00	60,00	104,89
31/03/2017	09/04/2017	1.130,90	17,00	60,00	192,25
30/04/2017	09/05/2017	1.535,21	17,00	60,00	260,99
31/05/2017	09/06/2017	456,85	17,00	60,00	77,66
30/06/2017	09/07/2017	713,27	17,00	60,00	121,26
31/07/2017	09/08/2017	1.324,41	17,00	60,00	225,15
31/08/2017	09/09/2017	2.536,94	17,00	60,00	431,28
30/09/2017	09/10/2017	1.111,49	17,00	60,00	188,95
31/10/2017	09/11/2017	649,86	17,00	60,00	110,48
30/11/2017	09/12/2017	1.146,78	17,00	60,00	194,95
31/12/2017	09/01/2018	2.361,82	17,00	60,00	401,51
31/01/2018	09/02/2018	2.305,60	17,00	60,00	391,95
28/02/2018	09/03/2018	1.588,21	17,00	60,00	270,00
31/03/2018	09/04/2018	1.979,78	17,00	60,00	336,56
30/04/2018	09/05/2018	1.632,08	17,00	60,00	277,45
31/05/2018	09/06/2018	675,37	17,00	60,00	114,81
30/06/2018	09/07/2018	445,05	17,00	60,00	75,66
31/07/2018	09/08/2018	393,81	17,00	60,00	66,95
31/08/2018	09/09/2018	529,92	17,00	60,00	90,09
30/09/2018	09/10/2018	485,78	17,00	60,00	82,58
31/10/2018	09/11/2018	4.335,01	17,00	60,00	736,95
30/11/2018	09/12/2018	11.098,48	17,00	60,00	1.886,74
31/12/2018	09/01/2019	15.950,13	17,00	60,00	2.711,52
Total					10.565,29

Quanto as **infrações 06 e 07**, a defesa, em 03/12/2021, informou que ainda estria levantando informações e documentos que demonstrariam a improcedência de ambas, requerendo, em nome do princípio da verdade material e da ampla defesa, apresentar as alegações e as provas até a ocasião da realização da diligência, sendo que na sua manifestação protocolizada em 04/02/2022, não mais se manifestou sobre as mesmas.

Neste caso se aplica o previsto no art. 140 do RPAF/99:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Portanto, tendo as infrações 06 e 07 como subsistentes.

Infrações 08, 09 e 10.

Estas infrações se referem à acusação de ter o contribuinte dado entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado, sem o devido registro na escrita fiscal.

A defesa arguiu, além da decadência, que foram incluídas no levantamento diversos documentos fiscais que estariam escriturados no Livro Registro de Entrada - LRE, conforme planilhas que anexou à defesa.

Na informação fiscal os autuantes, em sede de revisão, refizeram o levantamento e elaboraram novos demonstrativos, resultando como devidos os seguintes valores:

- a) Infração 08 – R\$ 1.053,71;
- b) Infração 09 - R\$ 1.155,57; e
- c) Infração 10 – R\$ 629,85.

Na sua última manifestação, a autuada apenas repisou seu pleito de acolhimento da decadência, já analisada e rejeitada, e pediu nova análise dos documentos que comprovariam a improcedência das infrações, sem apresentar novas razões ou provas que justificassem seus pedidos.

Considerando pertinente as análises e providências adotadas na revisão do fiscal, a acolho e tenho as infrações 08, 09 e 10 parcialmente subsistentes, conforme demonstrativos:

Infração 08 - 0016.001.001			Infração 09 - 0016.001.002			Infração 10 - 0016.001.006		
Data Ocorrência	Multa (%)	Valor Hist. (R\$)	Data Ocorrência	Multa (%)	Valor Hist. (R\$)	Data Ocorrência	Multa (%)	Valor Hist. (R\$)
31/01/2016	1,00	19,67	31/01/2016	1,00	10,05	31/12/2017	1,00	93,79
29/02/2016	1,00	80,20	29/02/2016	1,00	11,10	31/01/2018	1,00	24,95

31/03/2016	1,00	20,40	31/03/2016	1,00	31,36	28/02/2018	1,00	32,60
30/04/2016	1,00	66,29	30/04/2016	1,00	82,94	31/03/2018	1,00	33,64
31/05/2016	1,00	64,10	31/05/2016	1,00	25,82	30/04/2018	1,00	101,20
30/06/2016	1,00	42,92	30/06/2016	1,00	10,90	31/05/2018	1,00	179,36
31/07/2016	1,00	9,74	31/07/2016	1,00	14,05	30/06/2018	1,00	141,64
31/08/2016	1,00	204,60	31/08/2016	1,00	145,32	31/07/2018	1,00	21,08
30/09/2016	1,00	45,57	30/09/2016	1,00	20,95	31/12/2018	1,00	1,58
31/10/2016	1,00	116,50	31/10/2016	1,00	82,44	Total		629,84
30/11/2016	1,00	76,72	30/11/2016	1,00	38,95			
31/12/2016	1,00	120,93	31/12/2016	1,00	51,65			
31/01/2017	1,00	8,79	31/01/2017	1,00	11,48			
28/02/2017	1,00	4,04	28/02/2017	1,00	19,70			
31/03/2017	1,00	9,79	31/03/2017	1,00	37,73			
30/04/2017	1,00	45,66	30/04/2017	1,00	22,29			
31/05/2017	1,00	15,50	31/05/2017	1,00	136,88			
30/06/2017	1,00	10,59	30/06/2017	1,00	52,78			
31/07/2017	1,00	37,52	31/07/2017	1,00	190,04			
31/08/2017	1,00	9,02	31/08/2017	1,00	66,41			
30/09/2017	1,00	24,96	30/09/2017	1,00	29,69			
31/10/2017	1,00	17,14	31/10/2017	1,00	29,95			
30/11/2017	1,00	3,07	30/11/2017	1,00	33,12			
Total		1.053,72	Total		1.155,60			

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme resumo abaixo:

Infração	Valor Lançado	Valor Julgado	Resultado
01 001.002.006	43.779,90	19.357,98	PARCIALMENTE PROCEDENTE
02 001.002.026	5.675,17	4.520,31	PARCIALMENTE PROCEDENTE
03 001.002.041	100.582,31	64.061,32	PARCIALMENTE PROCEDENTE
04 002.001.003	42.550,17	37.033,69	PARCIALMENTE PROCEDENTE
05 003.002.002	18.867,76	10.565,29	PARCIALMENTE PROCEDENTE
06 006.001.001	128,53	128,53	PROCEDENTE
07 006.002.001	782,09	782,09	PROCEDENTE
08 016.001.001	1.146,62	1.053,72	PARCIALMENTE PROCEDENTE
09 016.001.002	1.290,13	1.155,60	PARCIALMENTE PROCEDENTE
09 016.001.006	739,33	629,84	PARCIALMENTE PROCEDENTE
Total	215.542,01	139.290,14	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **2989580.0752/21-4**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 136.449,28**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a” e inc. II, alíneas “a” e “f”, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 2.840,86**, prevista no art. 42, inc. IX do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR