

A. I. N° - 279266.0005/20-1
AUTUADO - MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA. (CENCOSUD BRASIL ATACADO LTDA.)
AUTUANTES - WALMIR SALDANHA FEIJO
ORIGEM - DAT METRO / IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/02/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0004-04/23-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Razões de defesa elidem em parte a infração. Refeito os demonstrativos de débito em sede de Informação Fiscal. Infração subsistente em parte. **b)** MERCADORIAS COM SAÍDAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Razões de defesa elidem em parte a infração. Refeito os demonstrativos de débito em sede de Informação Fiscal. Infração subsistente em parte. **c)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Razões de defesa elidem em parte a infração. Refeito os demonstrativos de débito em sede de Informação Fiscal. Infração subsistente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2020, constitui crédito tributário no valor de R\$ 164.036,65, conforme demonstrativos/documentos acostados às fls. 5 a 21 dos autos, constante do CD/Mídia à fl. 22, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 - 01.02.02: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro, março, maio, junho, julho, agosto e novembro de 2017, conforme demonstrativo de fls. 5/9 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fls. 22. Lançado ICMS no valor de R\$ 43.193,14, com enquadramento no artigo 29, § 1º, inciso II e art. 53, inc. III, da Lei nº 7.014/96, mais multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a”, do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 02 - 01.02.03: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2017, conforme demonstrativo de fls. 9/12 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fls. 22. Lançado ICMS no valor de R\$ 81.353,96, com enquadramento no artigo 29, § 2º, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 310, inciso I, alínea “a” do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a”, do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 03 - 01.02.06: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2017, conforme demonstrativo de fls. 13/21 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fls. 22. Lançado ICMS no valor de R\$ 39.489,55, com enquadramento no artigo 29, § 4º, inciso II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 290, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a”, do mesmo diploma legal.

O sujeito passivo, às fls. 29/36 dos autos, apresenta defesa administrativa, pelas razões que a seguir passo a expor:

Diz ser uma pessoa jurídica inscrita no CNPJ sob nº 09.182.947/0001-35 e Inscrição Estadual nesse

Estado sob nº 075.643.658, com endereço na Avenida Jiquitaia nº 411, Agua de Meninos, Salvador – BA, CEP 40460-000, por sua advogada (Doc. 1), com fundamento no art. 123 e seguintes do Decreto nº 7.629/99 que dispõe sobre o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia apresenta sua defesa ao Auto de Infração, em epígrafe, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

I. IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 01

Registra que, ao apurar o valor da exigência consubstanciada na Infração 01, o agente Fiscal deixou de observar que realizou o estorno dos créditos de material adquirido para uso e consumo do estabelecimento (relativos a material de embalagem) conforme demonstram as cópias do LRA dos meses de janeiro a dezembro de 2017.

Pontua que, para facilitar a revisão dessa E. Junta de Julgamento, refez a análise da autuação a partir do levantamento do auto de infração, no qual indicou as mercadorias e respectivos estornos no LRA. Registra que o trabalho realizado pela Contribuinte está contido no arquivo excel denominado “*Infração 01 – Defesa*” gravado no CD Anexo à presente (Doc. 3).

Consigna que os valores indicados no levantamento realizado pela Contribuinte podem ser facilmente localizados nos Livros Registro de Apuração do período autuado, também gravados no CD Anexo (Doc. 3).

A título de exemplo, destaca o valor de estorno dos meses de janeiro a março de 2017 contido no levantamento da Contribuinte (planilha excel) em cotejo com o montante do estorno do mês respectivo informado no LRA respectivo.

Associado a tabela abaixo, apresenta na peça de defesa às fls. 31 e 32 figuras representativas dos registros dos estornos efetivados nos livros fiscais próprios.

Mês	Ano	Valor da Infração	Valor do Estorno
1	2017	7.416,84	742,43
2	2017	7.191,32	740,71
3	2017	503,40	53,82

Assim, diz que, demonstrados os estornos dos créditos objeto da infração, não restam dúvidas acerca da improcedência da infração ora rechaçada, tornando necessária a exclusão do levantamento do auto de infração, dos valores estornados pela Contribuinte.

II. IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 02

Diz que, ao elaborar o levantamento fiscal da infração em referência, a Fiscalização deixou de observar que diversas mercadorias incluídas no levantamento fiscal tiveram o crédito de ICMS estornado no próprio LRE, conforme pode ser conferido através da planilha que contém a análise elaborada pela Contribuinte, arquivo denominado “*Infração 02 – Defesa, gravado no CD Anexo (Doc. 3)*”, que teve por base o próprio levantamento da infração e o arquivo do LRE entregue ao Fisco.

Apenas a título de exemplo, diante da grande diversidade de mercadorias isentas cujo crédito foi estornado, vale citar a mercadoria “ARROZ BIANCO PARB TIPO 1 1 KG”, Código R00001129510, cujo estorno consta no LRE (arquivo “*Infração 02 – Defesa*”, planilhas ‘*Infração 2*’ e ‘*LRE*’, gravado no CD Anexo (Doc. 3).

Além disso, diz que o Auditor Fiscal ignorou o fato de que diversas mercadorias são tributadas no regime normal do ICMS, estando fora de qualquer regra de isenção ou redução, o que autoriza o creditamento do imposto integral destacado no documento fiscal.

A título de amostragem, indica algumas mercadorias tributadas no regime normal e que estão incluídas no levantamento da acusação fiscal:

- ARROZ MEU BIJU INTEG 8GRAOS C/QUIN 500G (Arroz com cereal): Tributado Normal - 18%. Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96

- FEIJAO PRETO QUERO PRONTO TR 340G: Tributado Normal 17% (A partir de 10 de março de 2016 alíquota de 18% ICMS)

Diz que a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que foram incluídas na infração 02 está na planilha “*Infração 02 - Defesa*”, gravada no CD anexo à presente impugnação (Doc. 3).

Destaca que a planilha acima referida foi elaborada com base no arquivo de levantamento do lançamento e que é parte integrante do auto de infração. Portanto, diz que as mercadorias nela indicadas são exatamente as autuadas.

Sendo assim, pontua que a medida que se impõe é a reforma da infração 02, determinando-se a exclusão do levantamento que embasou a exigência, das mercadorias cujo crédito foi devidamente estornado bem como daquelas que sofrem tributação normal.

III. IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 03

Diz que ao apurar o valor da exigência consubstanciada na Infração 03, o Agente Fiscal ignorou o fato de que diversas mercadorias incluídas na infração são tributadas no regime normal do ICMS, estando fora do regime da substituição tributária, o que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal.

A título de amostragem, relaciona algumas mercadorias tributadas no regime normal e que estão incluídas no levantamento da acusação fiscal de crédito indevido de substituição tributária:

- PAO QUEIJO FORNO MINAS COQ ORIG 400G: Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96;
- CASTANHA CAJU NAT INT LA VIOLET 100G: Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96 (Não faz parte dos salgadinhos);
- TORTA SADIA MASSA IOGURTE FGO 500G: Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Diz que a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que foram incluídas na infração está na planilha “*Infração 03 - Defesa*”, gravada no CD anexo à presente impugnação (Doc. 3).

Destaca que a planilha acima referida foi elaborada com base no arquivo de levantamento do lançamento e que é parte integrante do auto de infração. Portanto, diz que as mercadorias nela indicadas são exatamente as autuadas.

Sendo assim, pontua que a medida que se impõe é a reforma da infração 03, determinando-se a exclusão do levantamento que embasou a exigência das mercadorias tributadas pelo regime normal.

IV. DO REQUERIMENTO DE DILIGÊNCIA FISCAL

Nos termos do art. 137, inciso I, alínea ‘a’, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) e conforme demonstrado linhas acima, diz que a realização de diligência fiscal se faz extremamente necessária para demonstração da improcedência do auto de infração, conforme será abaixo justificado.

No tópico I, da presente impugnação, observa que restou claramente demonstrado que grande parte do crédito tributário exigido na infração 01 foi objeto de estorno no LRA.

Assim, diz que se faz necessária diligência para exame detalhado e conseqüente exclusão dos valores devidamente estornados, sob pena de se estar exigindo imposto sem causa, uma vez que a Contribuinte agiu em estrita observância à legislação do tributo.

No que tange ao tópico II, registra que demonstrou o efetivo estorno do crédito das mercadorias isentas bem como comprovou a legalidade da manutenção do creditamento dos produtos não alcançados por qualquer isenção, tendo agido em consonância com a legislação do imposto.

Quanto ao tópico III, consigna que demonstrou que diversas mercadorias são tributadas pelo

regime normal, estando fora da substituição tributária, não havendo que se falar em estorno de crédito.

Sendo assim, diante do que foi exposto e certa da necessidade e do deferimento da diligência fiscal ora requerida, apresenta quesitos para serem respondidos pelo Agente Fiscal responsável pela elaboração da diligência:

- a) Com relação a infração 01, é possível afirmar que houve estorno dos créditos, de acordo com a planilha elaborada pela Contribuinte tendo como base o levantamento do auto de infração em cotejo com o LRA do período?
- b) Analisando a planilha Infração 02 – Defesa apresentada pela Contribuinte, é possível afirmar que houve estorno dos créditos de diversas mercadorias incluídas na autuação bem como que parte delas são tributadas pelo regime normal?
- c) Concernente a infração 03, a indicação de mercadorias elaborada pela Contribuinte (Infração 03 – Defesa) estão excluídas da modalidade de pagamento do ICMS por substituição tributária? Se sim, o estorno do crédito é devido?

V. CONCLUSÃO E PEDIDO

Por todas as razões aqui expostas, requer:

- a. A realização de Diligência Fiscal, com exame das planilhas constantes do CD anexo à presente defesa (Doc. 3), dos documentos adicionais que poderão ser disponibilizados na fase da diligência bem como dos quesitos apresentados linhas acima conforme previsão legal do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99);
- b. Após a diligência, confirmadas as razões de fato e de direito que compõem as alegações de defesa aqui expostas, requer seja dado integral provimento à presente Impugnação Administrativa, determinando-se o cancelamento do auto de infração e da exigência nele contida.

O Autuante desenvolve Informação Fiscal às fl. 62/65, que a seguir passo a descrever:

Diz que o Contribuinte Autuado apresentou, tempestivamente, defesa ao A.I. 279266.0005/20-1, trazendo novos elementos à fiscalização. Da análise do que foi trazido a este PAF apresenta a seguinte conclusão:

- **INFRAÇÃO 01:**

Restou comprovado o estorno de material de embalagem, que é pela alteração do valor devido para os meses de janeiro, fevereiro, março, maio, junho, julho, agosto e novembro de 2017 da Infração 1, conforme discriminado a seguir:

Mês	Ano	Valor originalmente autuado (A)	Estorno comprovado (B)	Novo valor devido (A-B)
1	2017	7.416,84	742,43	6.674,41
2	2017	7.191,32	740,71	6.450,61
3	2017	503,40	54,82	448,58
5	2017	8.574,40	1.034,93	7.539,47
6	2017	4.567,64	517,97	4.049,67
7	2017	2.675,60	295,66	2.379,94
8	2017	4.489,70	458,40	4.031,30
11	2017	7.774,24	1.075,96	6.698,28
Total da Infração		43.193,14		38.272,26

- **INFRAÇÃO 02:**

Restou comprovado o estorno de crédito de ICMS para as mercadorias apresentadas na presente defesa, bem como a tributação pelo regime normal do ICMS para as mercadorias apresentadas nesta defesa, que é pela alteração do valor devido mês a mês, da Infração 2, conforme discriminado a seguir:

Mês	Ano	Valor originalmente autuado (A)	Estorno de crédito comprovado (B)	Mercadorias com tributação normal (C)	Novo valor devido (A-B-C)
1	2017	10.742,00	10.717,20	24,80	0,00
2	2017	10.961,58	10.700,22		261,36
3	2017	10.358,72	10.296,00	62,72	0,00
4	2017	9.172,78	3.243,36	124,78	5.804,64
5	2017	9.742,07	9.184,50		557,57
6	2017	8.969,68	8.969,68		0,00
7	2017	77,12	50,40	26,72	0,00
8	2017	2.085,88	1.950,00	135,98	0,00
9	2017	6.608,85	6.173,11	86,86	348,88
10	2017	2.248,85	1.908,60	109,18	231,07
11	2017	3.946,37	3.142,00	54,00	750,37
12	2017	6.440,06	6.188,00	252,06	0,00
Total da Infração		81.353,96			7.953,89

• **INFRAÇÃO 03:**

Diz que estabelece o item 11.10.1 do Anexo 1 do Regulamento do ICMS, em redação dada pelo Dec. 16.499, de 23/12/2015 e modificações posteriores, que são sujeitos à substituição tributária:

- *“Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 Kg.”*

Aduz que não foi excepcionado pela legislação nenhum tipo de castanha. As castanhas tipo aperitivo vendidas em embalagens de 100 g, aqui autuadas, enquadram-se perfeitamente, pela própria descrição da mercadoria, como sujeitas à substituição tributária.

Portanto, não há como aceitar a exclusão alegada nesta defesa das mercadorias AMENDOA TORR LA VIOLETERA SALG 100G, AMENDOAS LA VIOLETERA NAT S/C 100G, CASTANHA CAJU NAT INT LA VIOLET 100G, CASTANHA CAJU TOR SALG LA VIOLET 100G e CASTANHA PARA VITTA CROC 100G.

Também diz estabelecer o item 11.35.0 do Anexo 1 do Regulamento do ICMS, em redação dada pelo Dec. 17.303, de 27/12/2016 e modificações posteriores que, são sujeitos à substituição tributária:

- *“Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultante do abate de aves.”*

Registra que a redação desse item do Anexo 1 do RICMS/Ba não permite dúvidas de que carnes de aves defumadas estão sujeitas à substituição tributária.

Portanto, não há como aceitar a exclusão alegada nesta defesa das mercadorias PEITO CHEST PERD DEF INT, PEITO SADIA PERU DEF INT. e PEITO SEARA PERU DEF INT.

Diz que restou, então, comprovada a tributação pelo regime normal do ICMS das demais mercadorias trazidas na peça de defesa:

- *AMENDOIM COLORIDO 70G, AMENDOIM CUCO 500G, AMENDOIM DORI COLORIDO 100G, AMENDOIM DULAR 500G, AMENDOIM VERDE C/CAS KG, CHIA VITTA CROC 100G, MASSAGEADOR KUKA ESCOVA DENTAL 5080, PAO QUEIJO FORNO MINAS COQ ORIG 400G, PAO QUEIJO FORNO MINAS LANCHE 1KG, PAO QUEIJO FORNO MINAS SUPER LANCHE 1KG, PAO QUEIJO FORNO MINAS TRAD 400G, PAO QUEIJO SEARA T MONICA 400G, PEITO DE PERU SADIA SOLTISSIMO 200G, PEITO FGO SEARA ESCOLHA SAUD INT e TORTA SADIA MASSA IOGURTE FGO 500G,*

Em seguida, relaciona o novo cálculo do ICMS devido por mês, conforme indicado no corpo da Informação Fiscal às fls. 62-v a 65 dos autos.

Em conclusão, após considerar os estornos comprovados, diz ser pela alteração do valor devido da Infração 3, conforme discriminado a seguir:

Mês	Ano	Valor autuado (A)	Mercadoria com tributação normal (B)	Novo valor devido (A-B)
1	2017	2.625,66	980,51	1.645,15

2	2017	4.704,33	1.027,82	3.676,51
3	2017	2.370,26	1.058,27	1.311,99
4	2017	2.456,41	1.307,88	1.148,53
5	2017	2.767,61	1.580,16	1.187,45
6	2017	4.853,57	2.002,89	2.850,68
7	2017	3.054,07	1.240,75	1.813,32
8	2017	2.447,79	898,55	1.549,24
9	2017	3.343,07	1.985,38	1.357,69
10	2017	3.281,49	595,39	2.686,10
11	2017	2.440,05	1.028,33	1.411,72
12	2017	5.145,24	349,28	4.795,96
TOTAL		39.489,55	14.055,21	25.434,34

À fl. 69/70 dos autos, o Contribuinte Autuado, representada por sua Advogada constituída nos autos, manifesta em relação aos termos da conclusão do trabalho fiscal, objeto da Informação Fiscal de fls. 44/55, conforme a seguir:

• *SOBRE A INFRAÇÃO 01*

Quanto a infração 1, diz que o Srº Auditor Fiscal acatou integralmente as razões de defesa apresentada na peça de impugnação. Sendo assim, manifesta sua concordância com a conclusão da Informação Fiscal, referente a este item do Auto de Infração.

• *SOBRE A INFRAÇÃO 02*

Com relação a infração 2, diz que o Srº Auditor Fiscal concordou integralmente com os argumentos de defesa apresentados. Dessa forma, concorda com a conclusão da Informação Fiscal, referente a este item do Autos de Infração.

• *SOBRE A INFRAÇÃO 03*

Com o objetivo de facilitar a análise da matéria em exame no presente lançamento, assim manifesta:

Quanto as mercadorias excluídas do levantamento e expressamente indicadas no relatório da diligência fiscal, diz reiterar que há a necessidade de elaboração de novo levantamento, pois ainda remanescem na autuação, indicação de algumas mercadorias tributadas no regime normal e que estão incluídas no levantamento da acusação fiscal de credito indevido de substituição tributária.

Sendo assim, diz reiterar as razões de defesa apresentada nesses autos.

À fl. 74, vê-se Informação Fiscal à manifestação do Contribuinte Autuado de fls. 69/70 dos autos, em que diz manter as autuações nos termos da Informação Fiscal de fl. 62, por não haver trazido nenhum novo elemento.

Às fls. 77/78, em sede de Instrução, este Relator, em respeito ao princípio da ampla defesa e verdade material, em pauta suplementar do dia 30/06/2021, submeteu o presente PAF aos membros da 4ª JJF, onde ficou decidido converter o presente processo em diligência ao agente Fiscal Autuante, para que sejam adotadas as seguintes providências:

- **Item 1:** gravar um CD/Mídia do demonstrativo de débito remanescente da infração 3 correspondente ao valor de R\$ 25.434,34 nos mesmos moldes do demonstrativo de constituição do lançamento original, apensando, também, aos autos de forma impressa.
- **Item 2:** em relação ao “*item 1*”, pede-se que se dê ciência ao contribuinte Autuado, concedendo 10 (dez) dias, para se manifestar, querendo, conforme os termos do § 7º, do art. 127, do RPAF/BA, onde, **no caso de manter a não concordância do saldo remanescente do demonstrativo de débito da infração 1**, correspondente ao valor de R\$ 25.434,34, **apresentar justificativas pontuais das mercadorias**, constantes do citado demonstrativo, **que entende não estarem abarcado pelo instituto da substituição tributária**, e que por isso não ensejaria a glosa dos créditos utilizados.

- **Item 3:** havendo manifestação do Contribuinte Autuado na forma do **“item 2”**, ensejando ou não a elaboração de novo demonstrativo de débito para infração 3, o i. agente Fiscal Autuante deve desenvolver nova Informação Fiscal, conforme os termos do § 6º do art. 127 do RPAF/BA, acostando aos autos todos os novos demonstrativos, porventura desenvolvidos, que deverão ser apresentados em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, na forma § 3º, do art. 8º, do mesmo diploma legal, encaminhando ao órgão competente da INFAZ o presente PAF para os encaminhamentos devidos.

À fl. 82, vê-se a Informação Fiscal produzida, pelo agente Autuante, a pedido desta 4ª JF, em que grava um CD/Mídia (fl.89) do demonstrativo de débito remanescente da infração 3 correspondentes ao valor de R\$ 25.434,34 nos mesmos moldes do demonstrativo de constituição do lançamento original, pensando, também, aos autos de forma impressa; e, por conseguinte, encaminhando o presente PAF à DAT-Metro-CPAF para cientificar o defendente do resultado da diligência.

À fl. 94, têm-se manifestação do sujeito passivo em relação a informação fiscal produzida pelo agente Autuante a pedido desta 4ª JF, que a seguir passo a descrever.

Diz, em relação a infração 03, em que pese o Sr. Agente Fiscal ter acertadamente excluído diversas mercadorias do levantamento fiscal que são tributadas no regime normal do ICMS, ainda remanescem na autuação os produtos destacados no “Quadro” constante da peça impugnatória, quais sejam: “AMENDOAS”, “CASTANHAS”, “PEITO CHEST”, “PEITO DE PERU”, “PEITO FGO SEARA”, e “PEITO SADIA”

Desta forma diz reiterar suas razões de defesa e, com relação à infração 03, requer a essa E. Junta de Julgamento, que se digne em determinar a exclusão do levantamento da autuação após a informação fiscal, também das mercadorias acima elencadas.

À fl. 99, têm-se Informação Fiscal produzida pelo agente Autuante relativo à manifestação do defendente de fl. 94, em que diz informar que todas as mercadorias listadas pelo Contribuinte Autuado na folha 94 estão sujeitas à substituição tributária, conforme determina a Lei 7.014/96, pelo que aduz manter o saldo remanescente do presente PAF nos termos da Informação Fiscal constante à fl. 82 dos autos.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 30/06/2020, decorrente de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária IFEP SERVIÇOS, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 501899/20, constituiu o presente lançamento fiscal para exigir débito do imposto (ICMS), decorrente de obrigação principal, no montante de R\$ 164.036,65, relativo a três irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, sendo todas impugnadas parcialmente, pelo sujeito passivo, onde a seguir passo a manifestar.

Pontua, o sujeito passivo, nos termos do art. 137, I, “a”, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), de que a realização de diligência fiscal se faz necessária para a demonstração da improcedência do auto de infração, pois, ao seu entender, no tópico I da impugnação, observa que restou claramente demonstrado que grande parte do crédito tributário exigido na infração 01 foi objeto de estorno no LRA (Livro Registro de Apuração), já no que tange ao tópico II, registra que demonstrou o efetivo estorno do crédito das mercadorias isentas bem como comprovou a legalidade da manutenção do creditamento dos produtos não alcançados por qualquer isenção, tendo agido em consonância com a legislação do imposto; por fim, quanto ao tópico III, consigna que demonstrou que diversas mercadorias são tributadas pelo regime normal, estando fora da substituição tributária, não havendo que se falar em estorno de crédito.

Nesses aspectos, em sede de informação fiscal, o agente Atuante, já houvera manifestado concordando com algumas das considerações apontadas na peça de defesa, e com isso, efetuando os ajustes que entendera ser procedente, além do próprio defendente ter tido oportunidade de

manifestar às fls. 94/94-v sobre a Informação Fiscal produzida pelo agente Autuante, a pedido desta 4ª JF de fls. 77/78 em sede de Diligência Fiscal, em que considero suficientes para a formação de minha convicção na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, onde não foi constatada qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, motivo pelo qual entendo que a lide está apta ao seu deslinde.

Relativamente a infração 01, que diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro, março, maio, junho, julho, agosto e novembro de 2017, conforme demonstrativo de fls. 5/9 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fls. 22, com lançamento do imposto (ICMS) no valor de R\$ 43.193,14, vê-se na peça de defesa o registro do defendente de que, ao apurar o valor da exigência consubstanciada na imputação de nº 01, o agente Fiscal deixou de observar que realizou o estorno dos créditos de material adquirido para uso e consumo do estabelecimento (relativos a material de embalagem) conforme demonstram as cópias do LRA dos meses de janeiro a dezembro de 2017.

Pontua que, para facilitar a revisão dessa E. Junta de Julgamento, refez a análise da autuação a partir do levantamento do auto de infração, no qual indicou as mercadorias e respectivos estornos no LRA. Registra que o trabalho realizado está contido no arquivo Excel denominado “*Infração 01 – Defesa*” gravado no CD Anexo ao presente PAF (Doc. 3).

O Autuante desenvolve Informação Fiscal às fl. 62/65 e diz que o Contribuinte Autuado apresentou, tempestivamente, defesa ao A.I. 279266.0005/20-1, trazendo novos elementos à fiscalização. Da análise do que foi trazido a este PAF conclui que comprovado o estorno de material de embalagem, pelo que é pela alteração do valor devido para os meses de janeiro, fevereiro, março, maio, junho, julho, agosto e novembro de 2017 da Infração 1, conforme “*Quadro Demonstrativo*” que indica à fl. 62 dos autos.

Na manifestação à fl. 69/70 dos autos, pelo defendente, a pedido desta 4ª JF, em sede de diligência fiscal, diz que o Srº Auditor Fiscal acatou integralmente as razões de defesa apresentada na peça de impugnação, sendo assim, manifesta sua concordância com a conclusão da Informação Fiscal, referente a este item do Auto de Infração, em tela.

Não vendo nada que desabone as alterações produzidas, pelo agente Fiscal Autuante, no demonstrativo de débito da exigência fiscal nº 01, vejo restar subsistente parcialmente a imputação correspondente ao montante de R\$ 38.272,26, conforme os valores apontados no demonstrativo remanescente de débito constante do CD/Mídia de fls. 89 na forma a seguir indicada:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 01					
DATA OCORR	DATA VENCTO	VALOR HIST LANÇAMENTO ORIGINAL (R\$)	VALOR HIST APÓS INFORMAÇÃO FISCAL (R\$)	OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)
31/01/2017	09/02/2017	7.416,84	6.674,41	PROC EM PARTE	6.674,41
28/02/2017	09/03/2017	7.191,32	6.450,61	PROC EM PARTE	6.450,61
31/03/2017	09/04/2017	503,40	448,58	PROC EM PARTE	448,58
30/05/2017	09/06/2017	8.574,40	7.539,47	PROC EM PARTE	7.539,47
30/06/2017	09/07/2017	4.567,64	4.049,67	PROC EM PARTE	4.049,67
31/07/2017	09/08/2017	2.675,60	2.379,94	PROC EM PARTE	2.379,94
31/08/2017	09/09/2017	4.489,70	4.031,30	PROC EM PARTE	4.031,30
30/11/2017	09/12/2017	7.774,24	6.698,28	PROC EM PARTE	6.698,28
Total da Infração 01		43.193,14	38.272,26		38.272,26

Relativamente a infração 02, que diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2017, conforme demonstrativo de fls. 9/12 dos autos, que faz parte integrante do

CD/Mídia de fls. 22, com lançamento do imposto (ICMS) no valor de R\$ 81.353,96, vê-se na peça de defesa o registro do defendente de que o Auditor Fiscal ignorou o fato de que diversas mercadorias são tributadas no regime normal do ICMS, estando fora de qualquer regra de isenção ou redução, o que autoriza o creditamento do imposto integral destacado no documento fiscal.

A título de amostragem, indica algumas mercadorias tributadas no regime normal e que estão incluídas no levantamento da acusação fiscal:

- *ARROZ MEU BIJU INTEG 8GRAOS C/QUIN 500G* (Arroz com cereal): Tributado Normal - 18%. Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96
- *FEIJAO PRETO QUERO PRONTO TR 340G*: Tributado Normal 17% (A partir de 10 de março de 2016 alíquota de 18% ICMS)

Diz que a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que foram incluídas na infração 02 está na planilha “*Infração 02 - Defesa*”, gravada no CD anexo ao presente PAF (Doc. 3).

O Autuante desenvolve Informação Fiscal às fl. 62/65 e diz que restou comprovado o estorno de crédito de ICMS para as mercadorias apresentadas na peça de defesa, bem como a tributação pelo regime normal do ICMS para as mercadorias, também, apresentadas na defesa, fazendo jus a alteração do valor devido mês a mês, da Infração 2, conforme “*Quadro Demonstrativo*” que indica à fl. 62 dos autos.

Na manifestação à fl. 69/70 dos autos, pelo defendente, a pedido desta 4ª JJF, em sede de diligência fiscal, diz que o Srº Auditor Fiscal acatou integralmente as razões de defesa apresentada na peça de impugnação, sendo assim, manifesta sua concordância com a conclusão da Informação Fiscal, referente a este item do Auto de Infração, em tela.

Não vendo nada que desabone as alterações produzidas, pelo agente Fiscal Autuante, no demonstrativo de débito da exigência fiscal nº 02, vejo restar subsistente parcialmente a imputação correspondente ao montante de R\$ 7.953,89, conforme os valores apontados no demonstrativo remanescente de débito constante do CD/Mídia de fls. 89 na forma a seguir indicada:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 02					
DATA OCORR	DATA VENCTO	VALOR HIST LANÇAMENTO ORIGINAL (R\$)	VALOR HIST APÓS INFORMAÇÃO FISCAL (R\$)	OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)
31/01/2017	09/02/2017	10.742,00	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
28/02/2017	09/03/2017	10.961,58	261,36	PROC EM PARTE	261,36
31/03/2017	09/04/2017	10.358,72	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
30/04/2017	09/05/2017	9.172,78	5.804,64	PROC EM PARTE	5.804,64
31/05/2017	09/06/2017	9.742,07	557,57	PROC EM PARTE	557,57
30/06/2017	09/07/2017	8.969,68	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
31/07/2017	09/08/2017	77,12	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
31/08/2017	09/09/2017	2.085,88	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
30/09/2017	09/10/2017	6.608,85	348,88	PROC EM PARTE	348,88
31/10/2017	09/11/2017	2.248,85	231,07	PROC EM PARTE	231,07
30/11/2017	09/12/2017	3.946,37	750,37	PROC EM PARTE	750,37
31/12/2017	09/01/2018	6.440,06	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
Total da Infração 02		81.353,96	7.953,89		7.953,89

Por fim, relativamente a infração 03, que diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2017, conforme demonstrativo de fls. 13/21 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fls. 22, com lançamento do imposto (ICMS) no valor de R\$ 39.489,55 e enquadramento no artigo 29, § 4º, inciso II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 290, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, têm-se da peça de defesa o registro de que o Agente Fiscal ignorou o fato de que diversas mercadorias incluídas na infração são tributadas no regime normal

do ICMS, estando fora do regime da substituição tributária, o que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal.

A título de amostragem, relaciona algumas mercadorias tributadas no regime normal e que estariam incluídas no levantamento da acusação fiscal de crédito indevido de substituição tributária:

- *PAO QUEIJO FORNO MINAS COQ ORIG 400G*: Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96;
- *CASTANHA CAJU NAT INT LA VIOLET 100G*: Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96 (Não faz parte dos salgadinhos);
- *TORTA SADIA MASSA IOGURTE FGO 500G*: Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Diz que a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que foram incluídas na infração está na planilha “*Infração 03 - Defesa*”, gravada no CD anexo ao presente PAF (Doc. 3).

O Autuante desenvolve Informação Fiscal às fl. 62/65 e registra que estabelece o item 11.10.1 do ANEXO 1 do RICMS/BA, em redação dada pelo Decreto nº 16.499, de 23/12/2015 e modificações posteriores, que são sujeitos à substituição tributária:

- “*Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 Kg.*”

Aduz, então, que não foi excepcionado pela legislação nenhum tipo de castanha. As castanhas tipo aperitivo vendidas em embalagens de 100 g, aqui autuadas, enquadram-se perfeitamente, pela própria descrição da mercadoria, como sujeitas à substituição tributária.

Portanto, consigna que não há como aceitar a exclusão alegada na peça de defesa, em relação as mercadorias: “*AMENDOA TORR LA VIOLETERA SALG 100G, AMENDOAS LA VIOLETERA NAT S/C 100G, CASTANHA CAJU NAT INT LA VIOLET 100G, CASTANHA CAJU TOR SALG LA VIOLET 100G e CASTANHA PARA VITTA CROC 100G*”.

Também diz estabelecer o item 11.35.0 do ANEXO 1 do RICMS/BA, em redação dada pelo Decreto nº 17.303, de 27/12/2016 e modificações posteriores que, são sujeitos à substituição tributária:

- “*Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultante do abate de aves.*”

Registra que a redação desse item do ANEXO 1 do RICMS/BA não permite dúvidas de que carnes de aves defumadas estão sujeitas à substituição tributária.

Portanto, pontua que não há como aceitar a exclusão alegada nesta defesa das mercadorias “*PEITO CHEST PERD DEF INT, PEITO SADIA PERU DEF INT, PEITO SEARA PERU DEF INT*”.

Em seguida, relaciona o novo cálculo do demonstrativo de débito do ICMS devido por mês, relativo a infração 03, após ter acatado os outros itens arguidos pela defesa, conforme indicado no corpo da Informação Fiscal às fls. 62-v a 65 dos autos. Em conclusão, após considerar os estornos comprovados, diz ser pela alteração do valor devido da Infração 03, conforme discriminado a seguir, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 89 dos autos.

Mês	Ano	Valor autuado (A)	Mercadoria com tributação normal (B)	Novo valor devido (A-B)
1	2017	2.625,66	980,51	1.645,15
2	2017	4.704,33	1.027,82	3.676,51
3	2017	2.370,26	1.058,27	1.311,99
4	2017	2.456,41	1.307,88	1.148,53
5	2017	2.767,61	1.580,16	1.187,45
6	2017	4.853,57	2.002,89	2.850,68
7	2017	3.054,07	1.240,75	1.813,32
8	2017	2.447,79	898,55	1.549,24
9	2017	3.343,07	1.985,38	1.357,69
10	2017	3.281,49	595,39	2.686,10
11	2017	2.440,05	1.028,33	1.411,72

12	2017	5.145,24	349,28	4.795,96
TOTAL		39.489,55	14.055,21	25.434,34

Na manifestação à fl. 69/70 dos autos, pelo defendente, a pedido desta 4ª JJF, em sede de diligência fiscal, relativamente a Informação fiscal de fls. 62/65, ratificada à fl. 82 dos autos, quanto as mercadorias mantidas no relatório da diligência fiscal, diz reiterar que há a necessidade de elaboração de novo levantamento, pois ainda remanescem na autuação, indicação de algumas mercadorias tributadas no regime normal e que estão incluídas no levantamento da acusação fiscal, por crédito indevido de substituição tributária. Sendo assim, aduz reiterar as razões de defesa apresentada nesses autos, relativo a imputação de nº 3 do Auto de Infração, em tela.

Mais adiante, às fls. 94/94-v, o sujeito passivo, acosta aos autos nova manifestação, onde relativamente a infração 03, diz que, em que pese o Sr. Agente Fiscal ter acertadamente excluído diversas mercadorias do levantamento fiscal que são tributadas no regime normal do ICMS, ainda remanescem na autuação os produtos destacados no “Quadro” constante da peça impugnatória de fl. 94, quais sejam: “AMENDOAS”, “CASTANHAS”, “PEITO CHEST”, “PEITO DE PERU”, “PEITO FGO SEARA”, e “PEITO SADIA”, que, ao seu entender, deve esta JJF determinar a exclusão do levantamento da autuação as mercadorias elencadas.

À fl. 99, têm-se Informação Fiscal produzida pelo agente Autuante relativo à manifestação do defendente de fl. 94, em que diz informar que todas as mercadorias listadas pelo Contribuinte Autuado na folha 94 estão sujeitas à substituição tributária, conforme determina a Lei 7.014/96, pelo que aduz manter o saldo remanescente do presente PAF nos termos da Informação Fiscal constante à fl. 82 dos autos.

Passo, então, a posicionar sobre as razões e contrações relativamente a infração 03. Relativamente aos itens “AMENDOAS”, “CASTANHAS”, “PEITO CHEST”, “PEITO DE PERU”, “PEITO FGO SEARA”, e “PEITO SADIA”, alinhando-me com entendimento do agente Fiscal Autuante expressado, na sua informação fiscal, com fundamentação na legislação, que, de fato, tais produtos à época dos fatos geradores estavam abarcados pelo instituto da substituição tributária, exceto em relação ao produto “AMÊNDOA”.

Antes de adentrar na análise observo que não cabe ao defendente, quando é dado o direito de manifestar nos autos, conforme os termos do § 7º, do art. 127, do RPAF/BA, simplesmente dizer que aduz reiterar as razões de defesa apresentada nesses autos, quando, na realidade, o agente Autuante, na Informação Fiscal de fls. 62/65, mais especificamente à fl. 63 traz os fundamentos legais que enquadram os citados produtos no campo da substituição tributária.

Portanto, coaduno, então, com o entendimento do agente Fiscal Autuante, de que o item 11.31.2 do ANEXO 1, do RICMS/BA, vigente de 01/01/2016 a 09/03/2016, e o item 11.31.1 do ANEXO 1 do RICMS/BA, efeitos de 10/03/2016 a 31/01/2017, são sujeitos à substituição tributária: “Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultante do abate de aves”, onde não se deixa dúvidas de que carnes de aves defumadas estavam sujeitas à substituição tributária à época dos fatos geradores.

Portanto, vejo assertivo o entendimento do agente Fiscal Autuante de manter no novo demonstrativo de débito de fl. 65 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 89 os itens de mercadorias “PEITO CHEST”, “PEITO DE PERU”, “PEITO FGO SEARA”, e “PEITO SADIA”.

Não me alinho com o entendimento do agente Fiscal Autuante relativamente ao item de produto “AMÊNDOA”. De fato, não observo no ANEXO I do Regulamento do ICMS, à época dos fatos geradores, que o produto “AMÊNDOA” estaria abarcado pelo o “Item 11-0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – NCM 2008.1 – amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1Kg”, como assim entende o i. agente Autuante.

Diferentemente do entendimento do agente Autuante, vejo que o produto “AMÊNDOA” não é o mesmo que os produtos “AMENDOIM” e “CASTANHAS”, estes enquadrados na substituição

tributária. Logo, entendo que se deve excluir do demonstrativo remanescente de débito do Auto de Infração, em tela, os itens de produtos relacionados a “AMÊNDOA”, por entender que, à época dos fatos geradores, eram de tributação normal.

Em sendo assim, não vendo nada, que desabone as alterações efetuadas nos demonstrativos de débito da exigência fiscal nº 03, exceto quanto ao item de produto “AMÊNDOA”, vejo restar subsistente parcialmente correspondente ao montante de R\$ 25.165,39, conforme os valores apontados no demonstrativo remanescente de débito constante do CD/Mídia de fls. 89, na forma indicada no corpo da Informação Fiscal às fls. 62-v a 65 dos autos, excluindo os itens de produtos relacionados a “AMÊNDOA”, abaixo reproduzido:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 03					
DATA OCORR	DATA VENCTO	VALOR HIST LANÇAMENTO ORIGINAL (R\$)	VALOR HIST APÓS INFORMAÇÃO FISCAL (R\$)	OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)
31/01/2017	09/02/2017	2.625,66	1.645,15	PROC EM PARTE	1.645,15
28/02/2017	09/03/2017	4.704,33	3.676,51	PROC EM PARTE	3.676,51
31/03/2017	09/04/2017	2.370,26	1.311,99	PROC EM PARTE	1.311,99
30/04/2017	09/05/2017	2.456,41	1.148,53	PROC EM PARTE	1.134,00
31/05/2017	09/06/2017	2.767,61	1.187,45	PROC EM PARTE	1.187,45
30/06/2017	09/07/2017	4.853,57	2.850,68	PROC EM PARTE	2.850,68
31/07/2017	09/08/2017	3.054,07	1.813,32	PROC EM PARTE	1.813,32
31/08/2017	09/09/2017	2.447,79	1.549,24	PROC EM PARTE	1.549,24
30/09/2017	09/10/2017	3.343,07	1.357,69	PROC EM PARTE	1.357,69
31/10/2017	09/11/2017	3.281,49	2.686,10	PROC EM PARTE	2.686,10
30/11/2017	09/12/2017	2.440,05	1.411,72	PROC EM PARTE	1.283,72
31/12/2017	09/01/2018	5.145,24	4.795,96	PROC EM PARTE	4.669,54
Total da Infração 03		39.489,55	25.434,34		25.165,39

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

INFRAÇÃO	VL LANÇADO	VL JULGADO	RESULTADO
INF. 01 – 01.02.02	43.193,14	38.272,26	PROC EM PARTE
INF. 02 – 01.02.03	81.353,96	7.953,89	PROC EM PARTE
INF. 03 – 01.02.06	39.489,55	25.165,39	PROC EM PARTE
Total	164.036,65	71.391,54	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279266.0005/20-1, lavrado contra **MERCANTIL RODRIGUES COMERCIAL LTDA. (CENCOSUD BRASIL ATACADO LTDA.)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 71.391,54**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR