

A. I. N° - 232877.0021/20-4
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS LARILU LTDA
AUTUANTE - ANTÔNIO JORGE SEIXAS LIMA
ORIGEM - DAT NORTE - INFAZ RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 12/04/2023

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N°. 0065-06/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) LANÇAMENTO DE DOCUMENTOS FISCAIS EM DUPLICIDADE. O próprio autuante, quando da Informação Fiscal, reconhece os equívocos cometidos, e retifica a infração em seus valores. Infração parcialmente subsistente. d) DESTAQUE EM VALOR SUPERIOR AO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL. Ajuste realizado pela autuante, em atenção ao pleito defensivo, resulta em redução do valor lançado. Infração parcialmente procedente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. A apresentação de elementos de prova e argumentos no sentido das arguições defensivas, contribui para a reforma ocorrida, com exclusão dos produtos Alho Poró, Goiaba, Polpa de Cacau, Querosene e Tempero Verde. Infração parcialmente mantida. 3. PRÁTICA DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Após os necessários ajustes, restou confirmada a inexistência de débito para a infração 04, que se torna improcedente. 4. RECOLHIMENTO A MENOS. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. Levantamento realizado com base nos livros escriturados e documentos fiscais emitidos pela própria empresa autuada. Infração ajustada tendo em vista os argumentos trazidos pela defesa. Manutenção do Shampoo Matizante por se enquadrar na regra da Instrução Normativa 05/2016. Infração parcialmente procedente. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. Infração reconhecida pelo sujeito passivo. 6. RECOLHIMENTO A MENOS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME. Reconhecimento da ocorrência da decadência fulmina a infração, a tornando improcedente. 7. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. MULTA. Ficou comprovado que parcela substancial da exigência tributária deixou de ser cumprida pelo autuado dentro do prazo previsto pela legislação. Retirada Nota Fiscal em atendimento ao apelo defensivo. Infração parcialmente procedente. 8. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS NÃO ESCRITURADAS NO REGISTRO DE

ENTRADAS. MULTA. Razões de mérito com lastro probatório. Redução parcial do débito, sendo os ajustes feitos, em atenção à prova produzida pela defesa, o que reduziu o valor reclamado. Infração parcialmente subsistente. Acatada a prejudicial de decadência parcial das infrações 02, 05, 07 e 09. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 28 de dezembro de 2020 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$ 141.574,66, além de multas de 60% e por descumprimento de obrigação acessória, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **02.01.20**. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade, ocorrência lançada em março, abril, setembro, outubro e dezembro de 2016, totalizando R\$ 2.068,40, bem como multa de 60%.

Infração 02. **02.02.41**. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, nos meses de janeiro a março, abril, maio a dezembro de 2015, janeiro a dezembro de 2016. Totaliza a infração R\$ 2.532,58, sugerida multa de 60%.

Infração 03. **02.01.03**. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (operações com ECF), sendo apurado imposto de R\$ 67.428,26, multa de 60%, nos meses de janeiro a dezembro de 2015, janeiro a dezembro de 2016.

Infração 04. **02.01.03**. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (operações com Notas Fiscais), nos meses de janeiro a dezembro de 2015, no valor de R\$ 1.705,57, multa de 60%.

Infração 05. **03.01.04**. O contribuinte recolheu a menor ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, nas declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, nos meses de janeiro a novembro de 2015, janeiro a março, julho a dezembro de 2016. Imposição resultante: R\$ 9.413,65. Multa de 60%.

Infração 06. **03.02.02**. Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período de janeiro a junho, agosto a dezembro de 2016, importando a exação em R\$ 1.060,66. Multa de 60%.

Infração 07. **03.02.05**. Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias devidamente escrituradas (operações com ECF), sendo lançado imposto igual a R\$ 39.865,27, multa de 60%, para os meses de janeiro a dezembro de 2015, janeiro a dezembro de 2016.

Infração 08. **06.01.01**. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, resultando em lançamento de R\$ 1.335,43, e multa de 60%, em abril e outubro de 2016.

Infração 09. **07.01.02**. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras

unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de janeiro a julho e novembro de 2015, no total de R\$ 7.317,03, multa de 60%.

Infração 10. 07.15.03. Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, resultando em lançamento de R\$ 7.788,84, para fevereiro, abril, junho, agosto, setembro e dezembro de 2015, fevereiro, março, abril, junho, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2016.

Infração 11. 16.01.01. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada uma, que totaliza R\$ 1.058,97, para os meses de novembro e dezembro de 2015, fevereiro, julho e dezembro de 2016.

Por intermédio de seu advogado devidamente constituídos nos termos do instrumento de fl. 109, foi apresentada impugnação ao lançamento constante às fls. 102 a 108, onde argumenta, após enumerar as infrações, que a Súmula do CONSEF nº 12 estabelece que *para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração*.

Tendo ocorrido a ciência do Auto de Infração em 05 de janeiro de 2021, conforme consta no sistema da SEFAZ, para todos os lançamentos referentes ao exercício fiscal de 2015 deve ser reconhecida e declarada a decadência.

Quanto a infração 01, na data de ocorrência 31/03/2016, assevera não existir duplicidade de lançamento, uma vez que a Nota Fiscal 11.119, série 3, emitida em 12/03/2016, foi escriturada uma única vez em março de 2016, na forma da plotagem apresentada, inexistindo, pois, duplicidade.

Na ocorrência de 30/04/2016, concorda com o erro apontado.

Para a ocorrência indicada em 30/09/2016, nega existir duplicidade de lançamento, diante do fato de que as Notas Fiscais indicadas foram lançadas uma única vez em setembro de 2016.

Nas ocorrências de 31/10/2016 e 31/12/2016, concorda com o erro apontado.

Avaliando a infração 02, sustenta o argumento quanto a decadência para o exercício fiscal de 2015, enquanto, para os meses de 2016 existem erros que maculam o lançamento, a saber:

Janeiro: os produtos orégano, óleo king e arroz à grega eram tributados.

Fevereiro: os produtos: acendedor BIC, borracha silicone p/ panela eram tributados.

Março: o produto pincel barba era tributado.

Abril: reconhece o erro.

Maior: os produtos: acendedor para fogão, arroz integral oito grãos, quinoa, orégano, óleo de peroba e carne frango assada eram tributados.

Em junho, reconhece o erro.

Julho: os produtos arroz integral oito grãos quinoa, cumbuca porcelana, saca rolhas, osso natural Petiscão e óleo de peroba eram tributados.

Agosto: os produtos óleo de peroba, óleo amêndoas paixão e xarope groselha eram tributados.

Setembro: óleo de peroba e cuba de gelo eram tributados.

Outubro: forma de gelo e acendedor para fogão eram tributados.

Novembro: os produtos brigadeiro para produção, seiva alfazema, óleo peroba, cortina p/ box, arroz à grega, arroz com brócolis, arroz integral oito grãos quinoa e xarope groselha eram tributados.

Dezembro. Os produtos chocolate em pó e castanha do Pará eram tributados.

Quanto a infração 03, além da indicação de decadência para o exercício fiscal de 2015, argui que em 2016 existem produtos indicados nos demonstrativos que não são tributados:

a) alho-poró (código 2004304), conforme Parecer DITRI 10836/2007 de 14/09/2007, pois é caracterizado como *“folha usada na alimentação humana”*, de modo que se encontra isento nas operações internas;

b) goiaba (código 10405) é fruta natural;

c) PALITOS CORY CHOC AO LEITE 90G (código 1625209), PALITOS CORY CHOC MEIO AMARGO 90G (código 270849), PALITOS CORY CHOCOLATE 90G (código 1625209), PALITOS CORY DOCE DE LEITE 90G (código 2006375), PALITOS CORY DUO CHO/BCO 90G (código 1679201), PALITOS CORY FLOCOS 90G (código 271314) e PALITOS MONTEVERG. CO/CHOC 60G (código 1771205) são biscoitos, estando no regime de substituição tributária;

d) polpa de fruta de cacau (código 1030388) é isento;

e) querosene (código 2004643) é produto sujeito ao regime de substituição tributária;

f) tempero verde (código 6017) é produto isento, pois são folhas usadas na alimentação humana.

Argumenta, unicamente, na infração 04 a decadência para o exercício fiscal de 2015.

Já na Infração 05, repete o argumento de decadência para o exercício fiscal de 2015.

Para o exercício de 2016, considera:

a) a Nota Fiscal 10.820 e a Nota Fiscal 11.124, referem-se à devolução de compra de mercadoria sujeita à substituição tributária e foi lançada sem débito; não houve prejuízo ao fisco, pois a entrada não gerou crédito e há previsão de estorno de débito;

b) as Notas Fiscais indicadas para o mês de julho de 2016 foram emitidas com CFOP 5929 em substituição à venda realizada com emissão de cupom fiscal, portanto não cabe lançamento a débito;

c) as Notas Fiscais indicadas para o mês de agosto de 2016 foram emitidas com CFOP 5929 em substituição à venda realizada com emissão de cupom fiscal, portanto não cabe lançamento a débito;

d) as Notas Fiscais indicadas para o mês de setembro de 2016 foram emitidas com CFOP 5929 em substituição à venda realizada com emissão de cupom fiscal, portanto não cabe lançamento a débito;

e) as Notas Fiscais indicadas para o mês de outubro de 2016 foram emitidas com CFOP 5929 em substituição à venda realizada com emissão de cupom fiscal, portanto não cabe lançamento a débito;

f) as Notas Fiscais indicadas para o mês de novembro de 2016 foram emitidas com CFOP 5929 em substituição à venda realizada com emissão de cupom fiscal, portanto não cabe lançamento a débito;

g) as Notas Fiscais indicadas para o mês de dezembro de 2016 foram emitidas com CFOP 5929 em substituição à venda realizada com emissão de cupom fiscal, portanto não cabe lançamento a débito.

Considera que todas os registros com CFOP 5927 devem ser excluídos dos demonstrativos, haja vista ser o lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração não gera débito de ICMS.

Na infração 07, além da decadência para o exercício de 2015, aduz que para os demonstrativos de 2016 observa:

- a) a alíquota de 18% acrescida de 2% relativa a fundo de pobreza somente vigorou a partir de 10/03/2016. Portanto, não se aplica até 09/03/2016, devendo ser corrigido os demonstrativos de janeiro a março de 2016;
- b) o produto milho é tributado à alíquota de 7%, pois a Lei não faz distinção de cor;
- c) o produto “canjiquinha” é isento, conforme Parecer DITRI 17.046/2012 de 20/07/2012;
- d) o produto shampoo (sh) nutri matizante 500ml não é cosmético para efeito do acréscimo de 2% na alíquota;
- e) o produto álcool 500ml era tributado.

Analisando a infração 08, concorda com o erro apontado.

Sustenta na infração 09, a existência de decadência para o exercício fiscal de 2015.

Na infração 10, aponta decadência para o exercício fiscal de 2015.

No exercício de 2016, deve ser excluída a Nota Fiscal 2.200 já alcançada na infração 08 por se tratar de ativo imobilizado.

Finalmente, na infração 11, aduz haver decadência para o exercício fiscal de 2015.

Em relação ao exercício de 2016, argui:

- a) a Nota Fiscal 5.065 não foi recebida pela autuada, tendo o fornecedor emitido Nota Fiscal nº 5.132, de 27/02/2016, chave 29160214399802000120550030000051321000015224, de retorno de mercadoria não entregue ao destinatário;
- b) As Notas Fiscais relativas a dezembro de 2016 foram escrituradas em janeiro de 2017.

Requer recebimento dessa peça de impugnação e que sejam acolhidas as suas razões.

Informação Fiscal prestada pelo autuante às fls. 117 e 118, esclarece, inicialmente, com relação à argumentação do contribuinte de que ocorreu a decadência do prazo de cinco anos, contados sempre a partir da data da ocorrência do fato gerador, conforme determina o artigo 150, § 4º, do CTN, contesta a ocorrência da decadência, com base na Uniformização da Orientação Jurídica da Procuradoria Fiscal, na forma do artigo 9º do Decreto Estadual 11.737 de 30/09/2009, enviada a este Conselho Fiscal, tornando, destarte, sua observância obrigatória por todos os Núcleos da Procuradoria Fiscal.

Copia o entendimento firmado.

Argumenta que em todas as infrações cometidas e que foram cobradas, o contribuinte não apurou o montante do imposto devido, e nas infrações 03 e 04, declarou operações tributáveis como não tributáveis, assim, não apurou o montante do imposto devido, logo, não efetuou qualquer

pagamento em relação a essas operações, portanto, não há que se falar em decadência do prazo, conforme entendimento desse Incidente de Uniformização da Procuradoria Fiscal enviada a esse Conselho Fiscal. Ver Notas 1 e 2 do referido Incidente de Uniformização.

Na infração 01, após reafirmar não ter havido decadência do prazo referente ao exercício de 2015, conforme Incidente de Uniformização citado acima, registra que a Nota Fiscal 1.119, série 3 foi lançada duas vezes, em 12/03/2016 e em 06/04/2016, porém foi cobrado duas vezes o valor do crédito de R\$ 76,65 e o contribuinte tem direito de se creditar uma vez, portanto tirou do cálculo o valor cobrado referente ao lançamento de 06/04/2016.

Retirou, de igual modo, a cobrança das Notas Fiscais de 09/2016 no valor de R\$ 960,55, mantendo a cobrança das mesmas em 12/16 e em 10/16, como o contribuinte acatou a cobrança das mesmas. Assim, o valor da infração passa de R\$ 2.068,40 para R\$ 1.034,20.

Quanto a infração 02, reafirma a inexistência de decadência do prazo referente ao exercício de 2015, conforme Incidente de Uniformização citado acima.

Fala ter excluído todos os produtos citados pelo contribuinte como tributados a exceção de Acendedor p/ fogão por estar incluso na Substituição Tributária, tanto que o contribuinte deu saídas do produto sem tributação.

Indica a alteração do valor da infração referente ao exercício de 2016 que passou de R\$ 1.181,56 para R\$ 842,29 conforme planilha anexa e em DVD, que somado com R\$ 1.351,02 de 2015, o débito total passa a ser de R\$ 2.193,31.

Para a infração 03, após refutar a alegação de decadência do prazo referente ao exercício de 2015, acata as alegações do contribuinte com relação aos produtos citados abatendo do débito de 2016 o valor de R\$ 34,99 referente ao produto Alho Poró por ser um produto natural, “folha” usada na alimentação humana, conforme decisões do CONSEF, além do valor de R\$ 505,49 referente à cobrança de ICMS da fruta Goiaba, e também de R\$ 350,13 cobrado sobre os Palitos Cory por tratar-se de biscoitos, excluindo, igualmente, o valor de R\$ 222,12 referente a Polpa de Frutas Graciosa de Cacau por ser produto isento, o valor de R\$ 26,97 referente a querosene por estar na Substituição Tributária e o valor de R\$ 3.479,38 cobrado do produto Tempero Verde por ser um produto isento.

Indica o valor total excluído do exercício de 2016 de R\$ 4.619,08, passando o montante total da infração em 2016 de R\$ 23.396,97, para R\$ 18.777,89.

Calcula o total da infração em 2015 e 2016 = R\$ 44.031,29 + R\$ 18.777,89 = R\$ 62.809,18, estando os arquivos dos abatimentos de 2016 gravados em DVD.

Para a infração 04, justifica que as ocorrências ocorreram durante o período de janeiro a dezembro de 2016, como se percebe à fl. 41 e gravação em DVD, havendo um erro de digitação no Auto de Infração, mantendo, pois, a cobrança total de R\$ 1.705,57.

Rebatendo a sustentação defensiva para a infração 05, se insurge contra o argumento da decadência para 2015, entretanto, acata o argumento do contribuinte, retirando as Notas Fiscais 10.820 e a 11.124 como também as Notas Fiscais de CFOP 5929 por se tratarem de vendas feitas com Cupom Fiscal, assim sendo o débito referente ao exercício de 2016 passou de R\$ 5.663,34 para R\$ 136,00, que somado ao débito de R\$ 3.750,31 de 2015 formaliza um débito total de R\$ 3.886,31.

Enfrentando a arguição defensiva na infração 06, concorda com a argumentação do contribuinte, retirando todas as Notas Fiscais de CFOP 5927 por tratar-se de lançamento efetuado em operações de baixa de estoque por perda, roubo ou extravio, sendo assim, o débito do imposto passa de R\$ 1.060,66 para R\$ 560,36, conforme demonstrativos anexos.

Se debruçando sobre a infração 07, reforça não ter havido decadência do prazo referente ao exercício de 2015, conforme Incidente de Uniformização já citado.

Concorda com a argumentação da peça de defesa, retirando todas as cobranças de alíquota de 18% acrescida de 2% relativa a fundo de pobreza do período de 01/01/2016 até 09/03/2016 porque tal cobrança só vigorou a partir de 10/03/2016.

Retirou também a cobrança de 17% e 18% sobre o produto milho rico.

Assevera ser o produto canjiquinha tributado integralmente a 17% ou 18% pois não está descrito no artigo 16 da Lei 7.014/96 nem previsto no artigo 51, inciso I, alínea “a” do RICMS/97 nem nos artigos do RICMS/12 que tratam da isenção e da redução da Base de Cálculo, conforme Acórdãos JJF 0038-01/13 e CJF 0448-13/13, mantendo assim, a cobrança do imposto sobre o produto.

O produto Shampoo (sh) Nutri Matizante 500 ml, NCM 3305.9 está incluso como cosméticos na Instrução Normativa 05/2016 como “Outras preparações capilares”, excluindo os condicionadores, portanto, mantém a cobrança.

Sobre o produto Álcool 500 ml informa não ter sido cobrado imposto anteriormente em 2016 na infração, indicando que a planilha se encontra gravada em DVD.

Com as considerações feitas, a infração em 2016 passa de R\$ 25.128,11 para R\$ 25.075,23 que somada com a cobrança de R\$ 14.737,16 referente a 2015, perfaz um total de R\$ 39.865,27.

Avaliando a infração 08, registra que o contribuinte admitiu não ter recolhido, concordando com a autuação de R\$ 1.335,43.

Para a infração 09, nega, mais uma vez, ter ocorrido decadência do prazo referente ao exercício de 2015, mantendo a cobrança total no valor de R\$ 7.317,03.

Infração 10 reitera não ocorrer decadência do prazo referente ao exercício de 2015, conforme Incidente de Uniformização citado acima.

Relata ter excluído a Nota Fiscal 2.200 no exercício de 2016 e o valor da infração nesse ano passou de R\$ 5.272,77 para R\$ 1.939,51, que somado ao valor de R\$ 2.516,07 do período de 2015 totaliza R\$ 4.455,58.

Por fim, para a infração 11, consigna que não ter sido constatada decadência do prazo referente ao exercício de 2015, conforme Incidente de Uniformização citado anteriormente.

Observa o fato de o contribuinte ter citado, mas não comprovado que o fornecedor emitiu Nota Fiscal de retorno nº 5.132, de 27/02/2016, referente à Nota Fiscal 5.065 emitida anteriormente em vendas para o mesmo.

Fala não ter sido comprovado também que as Notas Fiscais referentes a dezembro/2016 foram escrituradas em janeiro/2017.

Sendo assim, mantém a cobrança total da infração de 2015 e 2016 no valor de R\$ 1.058,97.

Ante o exposto e peças que compõem o processo, espera que o Auto de Infração em comento seja julgado parcialmente procedente.

Cientificado dos termos da Informação Fiscal, e dos demonstrativos retificados apresentados, por meio do Domicílio Tributário Eletrônico, em 11/08/2021, o contribuinte se manifesta, arguindo que a respeito da decadência, deixa para o CONSEF analisar e decidir sobre a questão.

Registra que na infração 01, o autuante acatou as suas alegações, em 2016, para as ocorrências dos meses de março e setembro.

Já na infração 02, para 2016, nos meses de janeiro, março, julho, agosto, setembro, novembro e dezembro.

Nos meses de fevereiro, maio e outubro, diante do acolhimento parcial das alegações defensivas, mantém a posição sobre o produto Acendedor BIC.

Quanto ao mês de abril reconhece o erro cometido.

Em relação à infração 03, registra o acolhimento das razões de defesa, ao passo que na infração 04, o autuante informou ter havido equívoco nas datas de lançamentos no corpo do Auto de Infração, devendo ser considerada como ocorrida no exercício fiscal de 2016, cabendo ao CONSEF analisar se o erro formal acarreta a nulidade do lançamento de ofício, pois, de fato, os demonstrativos apresentam datas relativas ao exercício fiscal de 2016, porém trazem inconsistências que maculam o lançamento.

Reforça que as operações de CFOP 5927 e 6929 devem ser excluídas do demonstrativo, diante do fato de as saídas de tempero verde serem isentas.

Nas infrações 05 e 06 observa terem sido albergadas as colocações defensivas, o mesmo acontecendo com a infração 07, onde parte das arguições foram acatadas, entretanto, mantém a posição em relação aos produtos canjiquinha e shampoo matizante.

Para a infração 09 alega unicamente a decadência que entende existir para o exercício fiscal de 2015.

Avaliando a infração 10 observa o acatamento de parte das alegações de defesa.

Finalmente, na infração 11, mantém as alegações defensivas em relação ao exercício de 2016, ou seja:

a) a Nota Fiscal 5.065 não foi recebida pela autuada, tendo o fornecedor emitido Nota Fiscal 5.132, de 27/02/2016, chave 29160214399802000120550030000051321000015224, de retorno de mercadoria não entregue ao destinatário;

b) as Notas Fiscais relativas a dezembro de 2016 foram escrituradas em janeiro de 2017.

Junta o arquivo da EFD-ICMS/IPI de janeiro de 2017 para comprovar suas alegações.

Tendo sido os fólios encaminhados para julgamento, sem que o autuante tomasse conhecimento da manifestação fiscal apresentada, em 24/02/2022 o processo foi convertido em diligência com tal finalidade (fl. 138).

Servidora estranha ao feito designada, presta nova Informação Fiscal (fls. 142 a 145), inicia pela arguição de decadência, consignando que diante da discordância do autuante quanto a decadência referente aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2015 apresentados pela autuada, a mesma não se manifestou mais sobre o assunto deixando para o CONSEF analisar e decidir sobre a questão.

Quanto a infração 01 aponta ter o autuante acatado alegações da defesa, não havendo fatos novos na manifestação a serem apreciados.

Na infração 02 destaca que remanesce de apreciação apenas o produto Acendedor para fogão BIC, tendo a empresa alegado ser devido o crédito nos meses de fevereiro/2016, maio/2016, outubro/2016, e mantém sua posição não acatada pelo autuante, afirmando se tratar de uma mercadoria tributada e, portanto, tem direito ao crédito.

Diz proceder a alegação da defesa em sua manifestação, devendo ser excluído da infração o valor mantido sobre o Acendedor para Fogão BIC, resultando a infração no exercício de 2016 ter o valor histórico reduzido para R\$ 827,48, de acordo com a tabela elaborada.

Assegura para a infração 03, já terem sido acolhidas as teses defensivas na Informação Fiscal de fls. 116 a 126, não havendo fatos novos na manifestação apresentada.

Fala que na infração 04, há insurgência contra o argumento do autuante de ter havido equívoco nas datas de lançamentos no corpo do Auto de Infração, devendo ser considerada como ocorrida no exercício fiscal de 2016, conforme o demonstrativo apresentado, tendo o autuado solicitado ao CONSEF analisar se o erro formal acarreta a nulidade do lançamento de ofício.

Alega que apesar dos demonstrativos apresentarem datas relativas ao exercício fiscal de 2016, há inconsistência que macula o lançamento já que no corpo do Auto de Infração a infração registra datas de ocorrências referente ao exercício 2015.

Após verificações das alegações apresentadas na manifestação pelo Autuado foram feitas as devidas exclusões e apresentando os valores devidos no exercício de 2016 (excluídos itens repetidos no demonstrativo e mercadorias isentas) em quadro.

Observa na infração 05, já terem sido acolhidas as alegações da defesa, vide fls. 116 a 126, não havendo fatos novos na manifestação, o mesmo acontecendo para a infração 06.

Diante do acolhimento pelo autuante na infração 07, das alegações da defesa referente ao exercício de 2016, vide fls. 116 a 126, tendo sido excluídos todos os produtos citados pelo contribuinte com exceção dos produtos canjiquinha e shampoo, mantém a mesma posição do mesmo pela manutenção na autuação de tais produtos.

Já na infração 09 frisa que a manifestação trazida aos autos não apresenta fato novo apenas reafirma decadência para o exercício fiscal de 2015 que deve ser analisada pelo CONSEF.

Na infração 10, assevera que na manifestação o autuado não apresenta fato novo apenas afirma ter o autuante acatado parte das alegações de defesa.

Por último, na infração 11 pontua que o autuante não acatou as alegações de defesa, porém em relação ao exercício de 2016, restou comprovado que a Nota Fiscal 5.065 não foi recebida pela autuada, tendo o fornecedor emitido Nota Fiscal 5.132, de 27/02/2016, chave 29160214399802000120550030000051321000015224, de retorno de mercadoria por não ter sido entregue ao destinatário, portanto deve ser retirada do demonstrativo.

Aduz que as Notas Fiscais relativas a dezembro de 2016 devem ser retiradas do demonstrativo por terem sido escrituradas em janeiro de 2017, e feitas as devidas exclusões o exercício referente a de 2016 apresentou saldo de R\$ 22,40 para o mês de julho.

Devido as retificações devidas, com redução do valor da autuação, deverá ser dada ciência ao sujeito passivo da Informação Fiscal prestada, concedendo prazo de dez dias para se manifestar se assim ainda desejar.

Não havendo manifestação por parte do autuado, sugere o encaminhamento do feito para o CONSEF, para continuidade da instrução do processo.

Cientificado em 28/12/2022 acerca da Informação Fiscal prestada (fls. 149 e 150, o sujeito passivo (fl. 152) aduz ter sido a diligência cumprida com clareza, abordando todos os pontos solicitados, aguardando, pois, o julgamento.

Foram os autos encaminhados pelo órgão preparador em 07/02/2023 (fl. 146), e encaminhados a este relator sem qualquer despacho, tendo sido devidamente instruído e considerado apto para julgamento.

Registrada a presença do ilustre advogado da empresa Dr. Ednilton Meireles de Oliveira Santos, OAB/BA 26.397, para fins de sustentação oral, que arguiu deixar a decisão quanto a decadência de 2015, para os julgadores, a nulidade aventada para a infração 04, ainda que os demonstrativos digam respeito a 2016, e os produtos Acendedor Bic e Shampoo Matizante e Canjiquinha, o qual tem isenção, na forma de entendimento da DITRI e decisões recentes do CONSEF.

VOTO

O lançamento constitui-se em onze infrações arroladas pela fiscalização, relativas à cobrança de ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, objeto de impugnação pela empresa autuada.

Antes de qualquer outra consideração, registro a dificuldade de apreciação de lançamentos tributários com tamanha quantidade de infrações, sem sequer mídia com os demonstrativos elaborados pela Fiscalização, ainda que não seja o caso presente e que os demonstrativos se encontrem impressos, muitas vezes sem arquivos das peças processuais, como exige o artigo 8º do RPAF/99, Informações Fiscais incompletas, em desacordo com o artigo 127 do mesmo RPAF/99, além de sistemáticas recusas em se cumprir diligências, o que sobrecarrega o trabalho do julgador.

Felizmente não é o caso dos autos, mas tem se transformado em regra, com processos de até vinte e cinco infrações incluído dentro dos mesmos critérios de Notificação Fiscal de uma infração.

Das peças e elementos constantes nos autos, se constata que a formalização do procedimento de fiscalização se deu por meio da transmissão através do Domicílio Tributário Eletrônico, de Termo de Início de Fiscalização, cientificado em 05/11/2020.

As planilhas que suportam a acusação se encontram impressas às fls. 18 a 95 dos autos, bem como na mídia de fl. 98.

Consta às fls. 96 e 97, Cientificação de Auto de Infração, contendo planilhas, demonstrativos, e demais elementos que resultaram na lavratura do Auto de Infração contra o contribuinte.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a base legal para imposição e aplicação das multas sugeridas, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa por infração, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Por outro lado, a autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos da autuação que entendia lhe amparar, trazendo fatos, documentos e argumentos que ao seu entender sustentariam suas teses defensivas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma da peça de impugnação apresentada, sendo-lhe igualmente oportunizada a apresentação de manifestação após ciência da Informação Fiscal e dos novos demonstrativos elaborados.

Inicialmente, entendo necessário analisar a questão prejudicial suscitada pelo sujeito passivo, relativo à ocorrência de decadência, esclarecendo, de logo, que a legislação, especialmente o Código Tributário Nacional (CTN), determina em seu artigo 150, §4º, que “o lançamento por

homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, e se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

Já o artigo 173, em seu inciso I assim prescreve:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

Nesta seara, destaco que durante muito tempo, subsistiu discussão acerca de qual seria o entendimento frente a questões de tal natureza, para reconhecimento ou não da existência da decadência: se deveria ser aplicado o disposto no artigo 173, inciso I, ou o artigo 150 § 4º do CTN.

O entendimento predominante neste Órgão era de que prevalecia em tais hipóteses, a redação contida no Código Tributário do Estado da Bahia, (Lei 3.956/81), até mesmo após a edição pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Súmula Vinculante 08, a qual aplicável aos créditos tributários.

A Procuradoria Geral do Estado da Bahia, através da sua Procuradoria Fiscal, sustentou, igualmente, por largo período, inclusive junto ao Poder Judiciário tal entendimento acima exposto, dissonante daquele predominante nas decisões dos Tribunais Superiores, sendo que após diversas derrotas judiciais na apreciação de tal matéria, repensou o entendimento anterior, culminando com a adoção dos denominados “Incidentes de Uniformização”, os quais visaram unificar o pensamento acerca de questões até então ensejadoras de inúmeros e acalorados debates.

Dentre tais “Incidentes de Uniformização”, destaco o PGE 2016.194710-0, cujo enunciado transcrevo: *“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”.*

E avança ainda mais o entendimento exposto, ao observar na seguinte 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”.*

E tal raciocínio se reforça, a partir do Enunciado da Súmula 555 do STJ, a qual determina:

“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”.

A se considerar a mesma, além dos dezenove Acórdãos tomados como paradigma, o que se verifica é que quando o contribuinte não declara e não paga o imposto, aplica-se a regra do artigo 173 do CTN, ou seja, o Fisco possui cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte para

constituir o crédito tributário (não declarado e não pago); e, na hipótese de o contribuinte declarar o que tem como devido, recolhendo tal valor, mas o Fisco entende que o contribuinte deveria ter declarado valor maior (ou seja, não houve declaração de uma diferença), aplica-se a regra do artigo 150 do CTN, pela qual o Fisco teria cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador para constituir a diferença não declarada/não paga, pois houve declaração/princípio de pagamento.

E a justificativa para este entendimento reside no fato de o STJ ter adotado como critério para aplicação do artigo 173, inciso I, do CTN, a ausência de qualquer pagamento do tributo. Por outro lado, quando houver pagamento do tributo, ainda que parcial, aplica-se a regra decadencial do artigo 150, § 4º do CTN.

Tal raciocínio se manifesta num dos Acórdãos tidos como parâmetro pelo Tribunal, a saber, o AgRg no REsp 1.277.854:

“Deve ser aplicado o entendimento consagrado pela Primeira Seção, em recurso especial representativo da controvérsia, para a contagem do prazo decadencial de tributo sujeito a lançamento por homologação. O referido precedente considera apenas a existência, ou não, de pagamento antecipado, pois é esse o ato que está sujeito à homologação pela Fazenda Pública, nos termos do art. 150 e parágrafos do CTN. Assim, havendo pagamento, ainda que não seja integral, estará ele sujeito à homologação, daí porque deve ser aplicado para o lançamento suplementar o prazo previsto no §4º desse artigo (de cinco anos a contar do fato gerador). Todavia, não havendo pagamento algum, não há o que homologar, motivo porque deverá ser adotado o prazo previsto no art. 173, I do CTN”.

Note-se que o “pagamento parcial” a que a jurisprudência do STJ invoca tem tal conotação de ser parcial na ótica do Fisco, isto é, comparado à totalidade do tributo tido como devido. Caso o “pagamento parcial” em questão fosse parcial sob a perspectiva do contribuinte, isso significaria que este teria declarado a totalidade do tributo, mas efetuado o pagamento apenas de parte dele.

Em relação a infração 11, se trata de descumprimento de obrigação acessória, e como tal, o entendimento não pode ser aquele esposado pela defesa, de incidência do artigo 150, § 4º, do CTN, diante do posicionamento sedimentado na Jurisprudência, de que em tais situações, há de ser aplicado o artigo 173, inciso I, do CTN. Vejamos:

*“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MULTA POR ATRASO NA ENTREGA DE GUIAS DE RECOLHIMENTO DE FGTS E GFIP. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PRAZO DECADENCIAL. ART. 173, I DO CTN. INOCORRÊNCIA DE DECADÊNCIA. ART. 32-A DA LEI 8.212/91. PRÉVIA INTIMAÇÃO DO CONTRIBUINTE PARA IMPOSIÇÃO DE MULTA. 1. A **obrigação acessória**, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação **principal** relativamente à penalidade pecuniária (art. 113, § 3º do CTN) e, partir daí, sujeita-se ao lançamento de ofício (art. 149 incisos II, IV ou VI do CTN). 2. Tratando-se de lançamento de ofício, a regra a ser observada é a do art. 173, I do CTN. Hipótese em que não transcorreram mais de 5 anos entre o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e a constituição do crédito tributário, de modo que não se há de falar em **decadência**. 3. Tratando-se de descumprimento de **obrigação acessória**, a multa incide em decorrência do ato omissivo.” (TRF 4, Apelação Cível AC 50554819820164047000 PR, publicação no Diário da Justiça eletrônico em 06/10/2021). (grifos originais).*

De igual forma, pensa o STJ:

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. APRESENTAÇÃO DA GFIP. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DESCUMPRIMENTO. DECADÊNCIA. REGRA APLICÁVEL: ART. 173, I, DO CTN. 1. A falta de apresentação da Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), assim como o fornecimento de dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias devidas configura descumprimento de obrigação tributária acessória, passível de sanção pecuniária, na forma da legislação de regência. 2. Na hipótese, o prazo decadencial para constituição do crédito tributário é regido pelo art. 173, I, do CTN, tendo em vista tratar-se de lançamento de ofício, consoante a previsão do art. 149, incisos II, IV e VI. 3. Ausente

a figura do lançamento por homologação, não há que se falar em incidência da regra do art. 150, § 4º, do CTN. (REsp 1055540 SC 2008/0098490-8, julgado na 2ª Turma, em 19/02/2009, relatora Ministra Eliana Calmon). (Grifos do relator).

Diante destas duas posições dos Tribunais Superiores, trazidas como exemplos, se percebe, com solar clareza, que a tese defensiva de aplicação do § 4º do artigo 150 do CTN não pode ser aplicada ao presente caso, para a infração 11, em relação a qual se aplica a regra do artigo 173, inciso I, do CTN, sendo a mesma rejeitada, mantendo-se as ocorrências de novembro e dezembro de 2015 as quais somente decairiam em 31 de dezembro de 2020.

Logo, diante de todo exposto, não pode o julgador, ante tal fato, fechar os olhos e deixar de praticar a almejada justiça fiscal, razão pela qual, entendo presente a hipótese de decadência parcial, nas infrações abaixo indicadas, vez que o valor do imposto foi lançado, escriturado, e recolhido, ainda que insuficientemente, abarcando as ocorrências do período de janeiro a dezembro de 2015, sem qualquer ato da Administração Tributária no sentido de preservar o seu interesse ou homologar aquele valor, há de ser aplicado o teor do artigo 487, inciso II do Código de Processo Civil (CPC) em vigor, aplicável subsidiariamente ao RPAF/99, na forma do seu artigo 180:

“Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

(...)

II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição”.

Por tais razões, analisando as infrações, cada uma de *per si*, reconheço existir, ainda que parcialmente, decadência devendo os valores lançados no período acima e infrações a seguir indicadas ser excluídos, como se demonstrará adiante, o que vem a afetar algumas infrações uma vez que tendo sido o contribuinte cientificado da lavratura do Auto de Infração em 05/01/2021, conforme registrado por ele próprio em sua impugnação, este é o prazo para a contagem do interregno temporal decadencial, lembrando ser a apuração do ICMS realizada mensalmente.

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

Diante de tal posicionamento, cristalino está que no caso em comento relativo à parte das infrações lançadas, a Secretaria da Fazenda se manteve inerte e sem adotar qualquer ação frente ao ocorrido, diante do longo lapso temporal (a partir de janeiro de 2015) e o lançamento tributário com ciência ao contribuinte (05 de janeiro de 2021).

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

Na infração 02, as ocorrências dos meses de janeiro a dezembro de 2015;

Infração 05, as ocorrências dos meses de janeiro a novembro de 2015;

Na infração 07, os meses de janeiro a dezembro de 2015;

Infração 09, o período de janeiro a novembro de 2015, o que implica em extinção da infração.

Tais ocorrências acima indicadas, pois, devem ser retirados da autuação.

Não se aplica a disposição do artigo 150, § 4º, do CTN, e sim, o artigo 173 do mesmo diploma legal, às infrações 03, 04, 08, 09, 10 e 11, pelos argumentos acima expostos.

No mérito, ante a inexistência de questões preliminares a serem enfrentadas, na infração 01, cujo demonstrativo se encontra impresso à fl. 18, a defesa se insurge apenas em relação às ocorrências

dos meses de março e setembro, arguindo inexistir em tais períodos a duplicidade de lançamento apontada.

O autuante, quando da Informação Fiscal prestada, indicou ter no mês de março de 2016 e em abril de 2016, o lançamento em duplicidade da Nota Fiscal 1.119, ponderando, entretanto, ter o crédito sido tomado uma vez, retirou a ocorrência do mês de abril.

Retirou, igualmente, as Notas Fiscais lançadas em setembro de 2016, apontando remanescer débito de R\$ 1.034,20, de acordo com o novo demonstrativo de fl. 119.

Reputo corretos os ajustes realizados na infração, diante do fato de que, como na maioria das demais, a matéria carecer apenas da busca da verdade material.

Logo, tenho a infração como parcialmente procedente em R\$ 1.034,20, na forma do seguinte demonstrativo:

2016

Março R\$ 73,65

Outubro R\$ 287,11

Dezembro R\$ 673,44

Quanto a infração 02, devidamente reconhecida a decadência para os fatos elencados no ano de 2015, restam para apreciação aqueles ocorridos em 2016, sendo que em abril e junho o sujeito passivo reconhece proceder a acusação, enquanto para os demais períodos lista uma série de produtos que entende tributados, como óleo de peroba, orégano desidratado, arroz integral, dentre outros.

O autuante, quando da Informação Fiscal, albergou a lista de produtos enumerada pela defesa, mantendo, apenas, o produto Acendedor BIC, apontando redução do débito no período para R\$ 842,29, discordando o autuado que mantém entendimento anteriormente externado de que o Acendedor BIC seria tributado, sendo correto o uso do crédito fiscal.

A segunda Informação Fiscal prestada no processo acolheu a exclusão do Acendedor BIC, apontando estar a infração parcialmente subsistente em R\$ 827,48, valor não mais contestado pela defesa, o que permite se inferir não mais existir lide quanto a ela.

Assim, considerando o demonstrativo apresentado à fl. 143, a infração é parcialmente procedente no valor acima indicado, de acordo com a seguinte demonstração:

2016

Fevereiro R\$ 116,68

Março R\$ 81,06

Abril R\$ 22,90

Maio R\$ 37,94

Junho R\$ 50,38

Julho R\$ 40,29

Agosto R\$ 67,31

Setembro R\$ 124,29

Outubro R\$ 156,87

Novembro R\$ 21,49

Dezembro R\$ 108,27

Ao seu turno, na infração 03, sobre a qual não se reconheceu a decadência, a arguição defensiva é apenas para o ano de 2016, onde destaca produtos que entende indevidamente incluídos no demonstrativo, a exemplo de Alho Poró, Goiaba, Palitos de Chocolate, Polpa de Cacau, Querosene e Tempero Verde.

O autuante abate do lançamento os produtos listados pela defesa, acolhendo integralmente a tese defensiva, no que se encontra correto em relação aos produtos hortifrutícolas, tendo em vista que o artigo 265 do RICMS/12, determina:

“Art. 265. São isentas do ICMS:

I - as saídas internas e interestaduais:

a) desde que não destinadas à industrialização, de produtos hortifrutícolas relacionados no Conv. ICM 44/75, exceto alho, amêndoas, avelãs, castanha da europa e nozes (Conv. ICM 07/80)”.

Analisando o Convênio ICM 44/75, o qual dispõe sobre a isenção de produtos hortifrutigranjeiros, cuja remissão foi feita no mencionado artigo, observo estar ali o seguinte comando:

“Cláusula primeira Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a isentar do ICM as saídas, promovidas por quaisquer estabelecimentos, dos seguintes produtos:

I - hortifrutícolas em estado natural:

a) abóbora, abobrinha, acelga, agrião, alho, aipim, aipo, alface, almeirão, alcachofra, araruta, alecrim, arruda, alfavaca, alfazema, aneto, anis, azedim;

b) batata, batata-doce, berinjela, bertalha, beterraba, brócolos;

c) camomila, cará, cardo, catalonha, cebola, cebolinha, cenoura, chicória, chuchu, coentro, couves, couve-flor, cogumelo, cominho;

d) erva-cidreira, erva-doce, erva-de-santa-maria, ervilha, espinafre, escarola, endívia, espargo;

e) flores, frutas frescas nacionais ou provenientes dos países membros da Associação Latino - Americana de Livre Comércio (ALALC) e funcho;

f) gengibre, inhame, jiló, losna;

g) mandioca, milho verde, manjerição, manjerona, maxixe, moranga, macaxeira;

h) nabo e nabiça;

i) palmito, pepino, pimentão, pimenta;

j) quiabo, repolho, rabanete, rúcula, raiz-forte, ruibarbo, salsa, salsão, segurelha;

l) taioba, tampala, tomate, tomilho e vagem”.

Chamo a atenção para os dois termos grifados, quais sejam “hortifrutícolas em estado natural” e “frutas frescas”.

Note-se que o RICMS/12 acima referido condiciona a isenção para as saídas de produtos, exceto se destinados a industrialização, ou seja, aqueles que venham a sofrer qualquer processo dentre aqueles listados na legislação como industriais.

Assim, nenhuma dúvida paira acerca do correto procedimento da autuada, quanto ao Alho Poró e Goiaba, além do “Tempero Verde” (coentro, cebolinha, hortelã, salsa).

Em relação a Polpa de Cacau, a isenção do imposto se encontra explícita no artigo 265, inciso I, alínea “c” do RICMS/12, enquanto Querosene se encontrava na substituição tributária, a se observar o item 6.4 do Anexo 1 ao RICMS/12 então em vigor.

Quanto aos Palitos Cory, a própria fabricante, por meio da rede mundial de computadores, o define como biscoito coberto de chocolate, como se observa no endereço www.cory.com.br/wp-

content/uploads/2021/06/REV01_015_PLT_Lâmina_A4-digital.pdf, conforme se vê na imagem abaixo:



Na época dos fatos geradores, a substituição tributária para biscoitos, era para aqueles não adicionados de cacau, nem recheados, cobertos ou amanteigados, independentemente de sua denominação comercial (itens 11.20, 11.20-A, 11.21 e 11.22 do Anexo 1 ao RICMS/12), aplicado de 01/03/2016 a 31/01/2017 e (itens 11.20, 11.21 e 11.22 do Anexo 1 ao RICMS/12), em vigor entre 01/01/2016 a 09/03/2016 e “waffles” e “wafers” com cobertura (item 11.24) o que não vem a ser o caso em comento.

Isso diante do fato de o “waffle” se assemelhar com a panqueca. Portanto contém farinha de trigo, açúcar, fermento em pó, amido de milho e outros derivados na composição, enquanto o wafer tende a ser um alimento industrializado, de modo que contenha outros químicos, diferente, pois, dos Palitos Cory.

Aqui também a lide persistiu para tal produto, sendo que, diante da manutenção da acusação para o ano de 2015, e as alterações para o ano de 2016, incluindo a manutenção do Palito Cory, contrariamente ao entendimento defensivo e do próprio autuante, se apurou débito retificado para R\$ 19.124,74, que somado aos valores de 2015, totaliza R\$ 63.156,03:

2015

Janeiro	R\$ 3.957,49
Fevereiro	R\$ 7.830,76
Março	R\$ 3.420,27
Abril	R\$ 3.323,97
Maio	R\$ 3.244,07
Junho	R\$ 3.351,77
Julho	R\$ 3.022,42
Agosto	R\$ 3.076,35
Setembro	R\$ 3.057,34
Outubro	R\$ 2.977,45
Novembro	R\$ 2.703,09
Dezembro	R\$ 4.066,31

2016

Janeiro	R\$ 3.452,43
Fevereiro	R\$ 1.479,12
Março	R\$ 1.463,83
Abril	R\$ 1.924,86
Maio	R\$ 1.492,74
Junho	R\$ 1.680,12
Julho	R\$ 1.473,51
Agosto	R\$ 1.284,52
Setembro	R\$ 1.285,64
Outubro	R\$ 1.364,35

Novembro R\$ 1.057,56

Dezembro R\$ 1.166,06

A maior discussão em relação à infração 04, se prende ao fato de que apesar de todo o levantamento realizado pelo autuante se reportar a ocorrências do ano de 2016, quando da elaboração do Auto de Infração, por equívoco, apontou as mesmas como se verificadas em 2015.

No demonstrativo analítico, de forma cuidadosa, o autuante listou os dados correspondentes ao CNPJ, data da emissão do documento, CFOP, número do documento fiscal, item, NCM, código, descrição do item, valor do item, desconto quando houver, base de cálculo do ICMS informado, alíquota informada, valor do ICMS informado, base de cálculo autuada, valor da redução de base de cálculo, se houver, valor da base de cálculo auditada, alíquota auditada, valor do ICMS auditado e valor da diferença devida.

Nenhuma dúvida quanto a isso, o que permite a clara conclusão de que, ainda que errado o autuante na indicação das datas de ocorrência no corpo do Auto de Infração, a demonstração da infração está extremamente clara, não tendo trazido qualquer prejuízo para o contribuinte, razão para a rejeição da tese defensiva.

A segunda Informação Fiscal produzida, assevera ter analisado a infração, apontando um valor retificado de R\$ 75,88, unicamente para o mês de janeiro de 2016, sem maiores justificativas, senão a de ter “excluídos itens repetidos no demonstrativo e mercadorias isentas”, quando a defesa sequer alegou tal matéria, apenas requereu a exclusão das operações com CFOP 5927 e 6929, além de serem as saídas de tempero verde isentas.

Em relação ao CFOP 5927 e 6929, dizem respeito, respectivamente, a lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração, sendo classificados neste código os registros efetuados a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração das mercadorias e lançamento efetuado em decorrência de emissão de documento fiscal relativo a operação ou prestação também registrada em equipamento Emissor de Cupom Fiscal.

Ambas as operações não se realizam com destaque de imposto.

Foram encontradas, ainda, operações com CFOP 5403, correspondente a venda de mercadoria, adquirida ou recebida de terceiros, sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte-substituto, além de operações com hortifrutícolas, que, como visto anteriormente, são isentas, por força de determinação do Convênio ICM 44/75, e artigo 265, inciso I, do RICMS/12.

Desta forma, com a devida *vênia* da responsável pela segunda Informação Fiscal, discordo da mesma quanto as suas conclusões, vez que, inclusive, não justificadas, pois todas as operações autuadas se encontram na situação acima descrita, e entendo que a infração é improcedente.

Já a infração 05, sobre a qual incide a decadência para as ocorrências de 2015, a sustentação defensiva recai sobre os mesmos argumentos da infração anterior, ou seja, na realização de operações que não seriam tributadas, por se referirem aos CFOP 5929 e 5927, devidamente acolhida pelo autuante, que aponta valor residual de R\$ 136,00, não tendo mais sido objeto de contestação.

Assim, apenas tal valor é considerado subsistente, com a seguinte demonstração:

2016

Fevereiro R\$ 136,00

Na infração 06, não alcançada pela decadência diante dos fatos geradores se reportarem unicamente ao ano de 2016, destaca a impugnação serem as operações relativas a CFOP 5927, de baixa de estoques por perda, roubo ou deterioração, acolhida pelo autuante, que aponta restar R\$ 560,36 para cobrança, não mais havendo manifestação contrária do autuado.

Como já visto anteriormente, tal CFOP não representa débito de imposto, estando correta a sua exclusão, e tendo remanescido apenas operações com o CFOP 5102 e 5926, correspondente a emissão de Nota Fiscal de produtos adquiridos ou recebidos de terceiros comercializados dentro do Estado e lançamento efetuado a título de reclassificação de mercadoria decorrente de formação de kit ou de sua desagregação, respectivamente, devendo ser considerado correto o valor indicado julgado para a infração, na forma a seguir discriminada:

2016

Janeiro	R\$	7,20
Fevereiro	R\$	1,91
Março	R\$	6,75
Abril	R\$	8,56
Maio	R\$	17,74
Junho	R\$	86,07
Julho	R\$	0,00
Agosto	R\$	58,02
Setembro	R\$	259,73
Outubro	R\$	0,00
Novembro	R\$	0,00
Dezembro	R\$	114,38

A defesa, para a infração 07, listou como motivação para a sua improcedência, além da decadência parcial, o fato de a cobrança da alíquota de 18%, mais os 2% correspondente ao Fundo de Combate a Pobreza apenas passou a vigorar em 10/03/2016, o produto milho e canjiquinha serem isentos do ICMS, álcool era tributado, e o Shampoo cobrado não é cosmético para ser onerado com o adicional de 2%.

O autuante, na sua Informação Fiscal, concordando com a defesa, retirou da acusação a cobrança de 18% e do adicional de 2% no período de 01/01/2016 a 09/03/2016.

Entende ser a Canjiquinha tributada, invocando decisões do CONSEF, excluindo, entretanto, o produto Milho, mantendo o Shampoo por entender incluído na Instrução Normativa 05/2016 e informando que o produto Álcool não foi cobrado anteriormente a 2106.

A defesa mantém a argumentação posta, em relação aos itens não considerados pelo autuante, e por fim, a responsável pela segunda Informação Fiscal mantém a autuação para a Canjiquinha e Shampoo.

Em relação a Canjiquinha, a decisão da Câmara de Julgamento Fiscal trazida pelo autuante é de 2013, não refletindo o atual entendimento deste órgão julgador, à vista das inúmeras decisões recentes pelo reconhecimento da isenção de tal produto, a exemplo dos Acórdãos CJF 0154-11/21-VD, CJF 0125-11/22-VD, CJF 0072-12/21-VD e CJF 0252-12/21-VD, refletindo posição adotada pela DITRI em Pareceres como o 215.247/2015-6, “*ICMS. PRODUTOS DERIVADOS DE MILHO. ISENÇÃO. As operações internas com todas as espécies de fubá e farinha de milho, a exemplo de ‘flocos e flocão de milho’, ‘cuscuz de milho’, ‘creme de milho’, ‘farinha de milho’ e ‘canjiquinha de milho’, estão alcançadas pelo benefício da isenção previsto no RICMS-BA/12, art. 265, inciso II, ‘d’.*” (Grifei).

Por outro lado, o Parecer DITRI 163.321/2012-4, no mesmo sentido: “*ICMS. ISENÇÃO. FLOCÃO DE MILHO NCM 11041900, CREME DE MILHO NCM 11022000 e CANJIQUINHA FINA SINHA NCM 11031300. Disposição contida no artigo 265, inciso II, alínea “d” do RICMS/BA, Decreto N° 13.780 de 16 de março de 2012.*” (Grifo do relator).

Nesta linha, entendo pela exclusão do produto Canjiquinha do levantamento, em atenção à reclamação defensiva.

Em relação ao Shampoo Nutri Matizante, de NCM 3305.9, a Instrução Normativa 05/2016 prevê em seu Anexo, tal NCM, para os produtos “*Tinturas para o cabelo temporária, progressiva e permanente, incluídos os tonalizantes e xampus colorantes; outras preparações capilares, incluindo máscaras e finalizadores, excluindo condicionadores*”, incidiria o adicional de 2%.

A questão então é se caracterizar tal tipo de shampoo como tonalizante ou shampoo colorante.

No endereço eletrônico www.allthingshair.com/pt-br/como-cuidar-dos-cabelos/cabelos-com-quimica/shampo-matizador-e-desamarelador-qual-e-o-melhor-para-voce/#: se observa que “*O shampoo matizador tem o poder de modificar a coloração. Pigmentado, ele consegue, por exemplo, tornar um ruivo com o tom muito aberto, mais escuro e discreto*” e que “*Loiras (ou mesmo as donas de cabelos morena iluminada) que voltam da praia ou da piscina com os fios esverdeados também se beneficiam do matizador. Ele corrige o tom, retirando das mechas o reflexo indesejado*”, donde se conclui que ele se caracteriza como descrito na Instrução Normativa, devendo ser mantido no levantamento.

Logo, a infração 07 se apresenta como parcialmente subsistente em R\$ 24.806,54, na forma do seguinte demonstrativo:

2016

Janeiro	R\$ 1.139,18
Fevereiro	R\$ 1.215,11
Março	R\$ 1.672,41
Abril	R\$ 1.630,17
Maio	R\$ 2.149,42
Junho	R\$ 2.218,85
Julho	R\$ 2.095,90
Agosto	R\$ 2.493,27
Setembro	R\$ 2.699,46
Outubro	R\$ 2.369,82
Novembro	R\$ 2.368,64
Dezembro	R\$ 2.754,31

Diante do reconhecimento da infração 08, por parte da empresa, a mesma se encontra fora da lide, e tida como procedente.

Analisando a infração 09, se constata que todas as ocorrências são relativas ao exercício de 2015, e tendo em vista o acolhimento da tese de decadência, conforme já firmado anteriormente, deixa de existir.

Quanto a infração 10, se reporta a multa percentual sobre o valor devido a título de Antecipação Parcial, tendo a defesa pedido apenas, além do reconhecimento da decadência, já posicionada, a exclusão de uma Nota Fiscal, já lançada na infração 08, no que foi atendido pelo autuante, reduzindo o valor da exação, o que não demanda maiores análises, apenas convalidar o demonstrativo apresentado, que entendeu pertinente a acusação de R\$ 1.939,51, da seguinte forma:

2016

Fevereiro	R\$ 60,95
Março	R\$ 294,86
Abril	R\$ 68,99
Junho	R\$ 383,39
Agosto	R\$ 84,47
Setembro	R\$ 128,14
Novembro	R\$ 745,81
Dezembro	R\$ 172,90

Finalmente na infração 11, não tendo sido acolhida a alegação quanto a decadência para 2015, a tese defensiva é de Nota Fiscal não recebida pelo autuado em fevereiro de 2016, e as Notas Fiscais arroladas em dezembro daquele ano, que teriam sido escrituradas em janeiro de 2017, não albergada pelo autuante, o que ensejou a reiteração dos pedidos, inclusive com apresentação da EFD do mês de janeiro de 2017, tendo a servidora responsável pela segunda Informação Fiscal, à vista da documentação apresentada, excluídos aqueles documentos apontados, indicando remanescer para 2016 apenas a infração do mês de julho, no montante de R\$ 22,40.

Desta maneira, mantidas as ocorrências de novembro e dezembro de 2015, além da de 2016, a infração é parcialmente procedente em R\$ 387,94, da seguinte forma:

2015

Novembro R\$ 59,07

Dezembro R\$ 306,47

2016

Julho R\$ 22,40

Pelos expostos argumentos, decido pela procedência parcial do Auto de Infração, em R\$ 94.183,49, de acordo com a seguinte discriminação:

Infração 01 R\$ 1.034,20	Infração 02 R\$ 827,48	Infração 03 R\$ 63.156,03
Infração 04 R\$ 0,00	Infração 05 R\$ 136,00	Infração 06 R\$ 560,36
Infração 07 R\$ 24.806,54	Infração 08 R\$ 1.335,43	Infração 09 R\$ 0,00
Infração 10 R\$ 1.939,51	Infração 11 R\$ 387,94	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº. **232877.0021/20-4**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS LARILU LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para a recolher o valor de **R\$ 94.183,49** sendo ICMS de R\$ 91.856,04, acrescido da multa de 60%, R\$ 1.939,51 correspondente a multa sobre descumprimento de obrigação principal e R\$ 387,94 correspondente a multa por descumprimento de obrigação acessória, previstas no artigo 42, incisos II, alíneas “b”, “d” e “f” e IX, da Lei 7.014/96 respectivamente, bem como os devidos acréscimos legais.

Sala de Sessões Virtual do CONSEF, 22 de março de 2023.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE/ RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR