

A. I. Nº - 298958.0001/23-7
AUTUADA - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - JOSMAN FERREIRA CASAES
ORIGEM - DAT NORTE / IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 01.12.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0216-05/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITOS FISCAIS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Os biscoitos discriminados nos levantamentos fiscais, as moelas de frango e as linguças mistas encontram enquadramento no Anexo 1 do RICMS-BA. Infração subsistente; **b) DESTAQUE A MAIOR EM DOCUMENTOS FISCAIS.** Após acatamento parcial do fisco em excluir dos levantamentos algumas notas fiscais, à vista da argumentação defensiva, matéria cessou a discussão. Infração subsistente em parte; **c) UTILIZAÇÃO ACIMA DO VALOR DA ANTECIPAÇÃO PARCIAL.** Contribuinte prometeu, mas não trouxe elementos probatórios que pudessem eliminar a exigência estatal. Infração subsistente. **2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTADAS, TIDAS COMO NÃO TRIBUTADAS.** Procedem as exclusões parciais feitas pelo fisco, depois das argumentações defensivas, visto que os produtos, por serem material escolar, pizza e corte de carne, hospedam-se no regime jurídico da substituição tributária. Já os chocolates e produtos industrializados, tendo em mira os exercícios afetados, são regidos pela tributação normal. Infração subsistente em parte. **3. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA.** Procedem as exclusões parciais feitas pelo fisco, depois das argumentações defensivas, visto que alguns produtos estavam sob a alíquota de 18%, outros regidos pela ST (vodca *ice*), além de terem sido retirados lançamentos em duplicidade. Infração subsistente em parte. **4. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFAL. a) AQUISIÇÃO DE ATIVO FIXO.** Contribuinte prometeu, mas não trouxe elementos probatórios que pudessem eliminar a exigência estatal. Infração subsistente; **b) AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO E CONSUMO.** Contribuinte prometeu, mas não trouxe elementos probatórios que pudessem eliminar a exigência estatal. Infração subsistente. **5. MULTA. DOCUMENTOS FISCAIS DE ENTRADA. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA.** Após acatamento parcial do fisco em excluir dos levantamentos algumas notas fiscais, à vista da argumentação defensiva, matéria cessou a discussão. Infração subsistente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cumpre inicialmente reforçar que o presente relatório atende às premissas estabelecidas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, máxime quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos participantes processuais, adaptado inclusive para as sessões virtuais de julgamento.

Com enquadramentos legais e fatos geradores apostos no seu descritivo, oito irregularidades foram lançadas no Auto de Infração em tela, lavrado em 31/3/2023, no total histórico de **R\$ 129.017,20**, a saber:

Infração 01 – 001.002.006 – Uso indevido de créditos fiscais em face de operações com mercadorias já adquiridas com substituição tributária. Multa de 60%. Cifra de R\$ 16.888,33. Enquadramento legal: art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Infração 02 – 001.002.041 – Uso indevido de créditos fiscais em face de destaque do ICMS a maior nos documentos fiscais. Multa de 60%. Cifra de R\$ 3.915,06. Enquadramento legal: art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Infração 03 – 001.002.074 – Uso a maior de créditos fiscais de ICMS relacionado à antecipação parcial decorrente de aquisições interestaduais de mercadorias para revenda. Multa de 60%. Cifra de R\$ 20,16. Enquadramento legal: art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Infração 04 – 002.001.003 – Falta de pagamento do ICMS em operações tributadas, consideradas pelo contribuinte como não tributadas. Multa de 60%. Cifra de R\$ 61.631,32. Enquadramento legal: art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Infração 05 – 003.002.002: Pagamento a menor de ICMS em virtude de ter aplicado alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente tributadas. Multa de 60%. Valor histórico de **R\$ 41.471,42**. Enquadramento legal: art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Infração 06 – 006.001.001: Falta de pagamento de ICMS devido em função da diferença entre a alíquota interna e a interestadual (DIFAL), nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao ativo fixo. Multa de 60%. Valor histórico de R\$ 746,18. Enquadramento legal: art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96.

Infração 07 – 006.002.001: Falta de pagamento de imposto devido em função da diferença entre a alíquota interna e a interestadual (DIFAL), nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a uso e consumo do próprio estabelecimento. Multa de 60%. Valor histórico de R\$ 110,15. Enquadramento legal: art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96.

Infração 08 – 016.001.006 – Multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias em face do não registro de entradas de notas fiscais. Cifra de R\$ 4.234,58. Enquadramento legal: art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96.

Fatos geradores ocorridos nos anos de 2019, 2020 e 2021, com enquadramentos legais no lançamento de ofício.

Auditoria junta, entre outros elementos, intimação para apresentação de livros e documentos e CD contendo arquivos digitais.

Em sua defesa, o contribuinte:

Para a infração 01: diversas mercadorias alcançadas estão fora da Substituição Tributária (ST), indicando nessa condição os produtos relacionados em planilha eletrônica que diz ter apensado, a exemplo de moela de frango (NCM 05040090), espetinho de linguiça mista (NCM 16010000) e biscoitos salgados (NCM 19041000).

Para a infração 02: diversas mercadorias alcançadas se submetem mesmo à alíquota destacada, posto se tratem de acessórios para celulares e não de periféricos para informática, a exemplo de cabo *usb* (NCM 85444200), caixa de som (NCM 85182100) e fone de ouvido (NCM 85183000).

Para a infração 03: aduz que está ainda analisando o levantamento fiscal pedindo que sejam apresentadas as suas razões defensivas até o momento da realização de diligência, de logo solicitada, em nome da ampla defesa e da verdade material.

Para a infração 04: diversas mercadorias alcançadas estão dentro da Substituição Tributária (ST) ou cobradas em duplicidade, indicando nessa condição os produtos relacionados em planilha eletrônica que diz ter apensado, colando na peça defensiva (fl. 33) pequena tabela com alguns casos nesta condição, acompanhados das NCMs e bases legais de enquadramento respectivas.

Para a infração 05: afirma ser inquestionável que bebidas alcoólicas e perfumes suportam a alíquota de 25% mais 2% destinados ao conhecido *Fundo de Pobreza*, apontando casos que não estão enquadrados nesta condição, relacionados em planilha eletrônica que diz ter apensado, colando na peça defensiva (fl. 33) pequena tabela com alguns casos nesta condição, acompanhados das NCMs respectivas.

Para as infrações 06 e 07: admite que está ainda analisando o levantamento fiscal, pedindo que sejam apresentadas as suas razões defensivas até o momento da realização de diligência, de logo solicitada, em nome da ampla defesa e da verdade material.

Para a infração 08: aponta quatro notas fiscais que foram registradas nas entradas em 2021, conforme pequena tabela encartada (fl. 36), devendo ser excluídas do crédito tributário formalizado.

Pede apartadamente a efetivação de diligência fiscal, a ser executada pela ASTEC, para exame das contraposições defensivas e planilhas juntadas, oportunidade em que apresentará a quesitação pertinente.

Solicita, por fim, o cancelamento do auto de infração.

Apensada, entre outros documentos, mídia digital contendo arquivos eletrônicos.

Em seu informativo, o autuante:

Sobre a infração 01: Confirma que os produtos estão mesmo dentro da ST. Os biscoitos *panettini* se enquadram no item 11.12.0 do Anexo 1 do RICMS-BA; os espetinhos de linguíça mista se enquadram no item 11.31 do Anexo 1 do RICMS-BA; as moelas de frango se enquadram no item 11.35.0 do Anexo 1 do RICMS-BA. Mantém na totalidade a cobrança.

Sobre a infração 02: Reconhece as razões defensivas e exclui do levantamento os cabos *usb*, as caixas de som e os fones de ouvido. Refaz o levantamento e reduz a cobrança para R\$ 2.957,80.

Sobre a infração 03: Como não houve manifestação impugnatória, mantém na totalidade a cobrança.

Sobre a infração 04: o produto *Hersheys* saiu da ST desde 01.01.2019; o produto pizza *sear* é industrializado, possui vários recheios e é tributado normalmente pelo ICMS; o produto *ant-ferr* *loctite un* não está na ST, pois não se enquadra na posição 8.0 do Anexo 1 do RICMS-BA; o produto régua *dello crista* está dentro da ST e foi excluído do levantamento inicial; o produto *crok kels bis* saiu da ST desde 01.01.2019; o produto *choc baud tr 550g* saiu da ST desde 01.01.2019; o produto pizza paulista *bro* está dentro da ST e foi excluído do levantamento inicial; o produto *bomb twix* saiu da ST desde 01.01.2019; o produto *hamburg gour* é produto industrializado e é tributado normalmente pelo ICMS; o produto *choc nestle* saiu da ST desde 01.01.2019; o produto *peixinho paleta* está dentro da ST e foi excluído do levantamento inicial; o produto bombom *seren* saiu da ST desde 01.01.2019. Refaz o levantamento e reduz a cobrança para R\$ 61.619,74.

Sobre a infração 05: admite que há na cobrança produtos sob a alíquota de 18% (pranchas e leite de colônia), produtos dentro da ST (vodca *ice*) e lançamentos em duplicidade. Refaz o levantamento e reduz a cobrança para R\$ 41.294,26.

Sobre as infrações 06 e 07: Como não houve manifestação impugnatória, mantém na totalidade a cobrança.

Sobre a infração 08: reconhece as alegações empresariais, na medida em que exclui da cobrança da multa as NFs 75, 5874, 5875 e 342905. Refaz o levantamento e reduz a cobrança para R\$ 3.834,61.

A fiscalização junta os levantamentos refeitos em meio magnético (fl. 87).

Ciente em 31.7.2023 acerca do informativo fiscal e dos novos levantamentos, a autuada:

Acerca da infração 01, discorda do fisco e pontua que as moelas e linguças mistas são miúdos de consumo popular, tributados normalmente, a ver do art. 15, I, 'a' da Lei 7.014/96.

Acerca da infração 02, concorda com as conclusões do fisco, mas sem ressaltar seu direito de tecer considerações até o momento da realização da diligência, pedido na ocasião reiterado.

Acerca da infração 03, não houve contraponto.

Acerca da infração 04, pondera que alguns casos incorretos permaneceram na cobrança e que os exemplos apontados na impugnação significaram apenas uma amostragem. Trazida doutrina no sentido do fisco estar obrigado a fazer o lançamento nas estritas hipóteses legais e nos seus exatos termos.

Acerca da infração 05, enuncia que o fisco deixou de elaborar demonstrativo detalhado, discriminando quais operações estariam sendo excluídas, com sua respectiva explicação. Inclusive a tabela que encartou na defesa sequer foi contraditada.

Acerca das infrações 06 e 07, não houve contraponto.

Acerca da infração 08, concorda com as conclusões do fisco, mas sem ressaltar seu direito de tecer considerações até o momento da realização da diligência, pedido na ocasião reiterado.

Após as medidas instrutórias tomadas, entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos probatórios trazidos aos autos, estando o PAF devidamente instruído, não havendo necessidade, nos termos do art. 147, I, "a" do RPAF-BA, de qualquer dilação probatória, inclusive diligência ou perícia.

É o relatório.

VOTO

Primeiramente, vale salientar que o Auto de Infração atende formalmente os requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua concretude, designadamente os dados do contribuinte, os dados da lavratura, a existência da descrição dos fatos supostamente infracionais, o demonstrativo do débito, a existência de enquadramento legal, a previsão normativa da multa proposta e a assinatura do autuante, entre outros requisitos já padronizados pelo programa denominado SLCT – Sistema de Lançamentos de Créditos Tributários.

Prestigiados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem ofensa também a quaisquer princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Preliminarmente, **indefere-se** quaisquer pedidos de diligência ou de perícia, visto que já bastam nos autos os elementos probatórios até então colacionados.

Quanto ao mérito, a apreciação será feita em separado.

Cabe explanar que as infrações 03, 06 e 07 não contaram com a resistência empresarial, apesar da sua promessa, mesmo após a defesa, de oferecer nos autos os contrapontos fático-jurídicos necessários à sua elisão.

Tais irregularidades quedaram livres de contestação.

As infrações 02 e 08 também resultaram incontroversas, depois do autuante admitir parcialmente as razões defensivas e a impugnante, em sua nova manifestação, terminar concordando com as exclusões.

Irregularidades procedentes em parte.

Resta apreciar as infrações 01, 04 e 05.

Infração 01.

Reclama-se imposto em função da utilização indevida de créditos fiscais em face de operações com mercadorias submetidas à ST.

Houve contestação para as mercadorias moela de frango (NCM 05040090), espetinho de linguiça mista (NCM 16010000) e biscoitos salgados (NCM 19041000).

Ao compulsar os levantamentos fiscais refeitos e os textos do Anexo 1 aplicáveis ao caso concreto, conclui-se que, de fato, neste particular, assiste razão ao sujeito ativo.

Os biscoitos *panettini* (NCM 19041000) se encaixam no item 11.12.0 do Anexo 1 do RICMS-BA, isto é, biscoitos e bolachas não derivados de farinha de trigo; (exceto dos tipos "cream cracker", "água e sal", "maisena" e "maria" e outros de consumo popular que não sejam adicionados de cacau, nem recheados, cobertos ou amanteigados, independentemente de sua denominação comercial).

Os espetinhos de linguiça mista (NCM 16010000) se encaixam no item 11.22 do Anexo 1 do RICMS-BA, vale dizer, carne de gado bovino, ovino e bufalino e demais produtos comestíveis resultantes da matança desse gado frescos, refrigerados ou congelados.

As moelas de frango (NCM 05040090) se enquadram no item 11.25.0 do Anexo 1 do RICMS-BA, quer dizer, carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves, exceto os descritos no CEST 17.087.02.

Não se vê coerência no argumento defensivo de que estes dois últimos produtos, são de consumo popular, conforme alegado em sua réplica.

Quanto à afirmação de haver outros produtos na mesma situação, teve a impugnante a oportunidade de, ao falar sobre as novas planilhas fiscais, apontar quais casos assim se enquadrariam. Mas isto ela não fez, limitando-se a reiterar a alegação genérica de existirem outras situações similares não excluídas da exigência tributária.

Tal conduta trouxe à tona a aplicação do comando inscrito no art. 140 do RPAF-BA, *verbis*:

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

Irregularidade procedente em parte, nos moldes requantificados pelo autuante.

Infração 04.

Reclama-se imposto em função de saídas tributadas, tidas pelo contribuinte como não tributadas.

A impugnação traçou a linha de vários produtos estarem subsumidos à ST, ou cobradas em duplicidade, encartando inclusive pequena tabela com alguns casos nesta situação jurídica.

Em seu informativo, a fiscalização detalhou o seguinte: o produto *Hersheys* saiu da ST desde 01.01.2019; o produto pizza *sear* é industrializado, possui vários recheios e é tributado normalmente pelo ICMS; o produto *ant-ferr loctite un* não está na ST, pois não se enquadra na posição 8.0 do Anexo 1 do RICMS-BA; régua *dello crista* está dentro da ST e foi excluído do levantamento inicial; *crok kels bis* saiu da ST desde 01.01.2019; *choc baud tr 550g* saiu da ST desde 01.01.2019; pizza paulista *bro* está dentro da ST e foi excluído do levantamento inicial; *bomb twix* saiu da ST desde 01.01.2019; *hamburg gour* é produto industrializado e é tributado normalmente pelo ICMS; *choc nestle* saiu da ST desde 01.01.2019; peixinho paleta está dentro da ST e foi excluído do levantamento inicial; bombom *seren* saiu da ST desde 01.01.2019. E, com base nestas ponderações, reduziu a cobrança original.

Efetivamente, os produtos *Hersheys*, *crok kels bis*, *choc baud tr*, *bomb twix*, *choc nestle* e bombom *seren* não mais encontram enquadramento no Anexo 1 a partir do começo de 2019. Antes disso, estariam enquadráveis nos subitens 11.1 a 11.7 do Anexo 1 do RICMS-BA. Logo, merecem ser mantidos do crédito tributário constituído.

Já os produtos *pizza sear*, *ant-ferr loctite un* e *hamburg gour* estão fora da ST e são tributados normalmente pelo ICMS. Logo, merecem também ser mantidos do crédito tributário constituído.

Por outro lado, os produtos régua *dello crista* (Artigos de escritório e artigos escolares de plástico e outros materiais das posições 3901 a 914, exceto estojos), *pizza paulista bro* (Outros bolos industrializados e produtos de panificação não especificados anteriormente, incluindo as pizzas; exceto os classificados nos CEST 17.062.02 e 17.062.03) e *paleta peixinho* (carne de gado bovino, ovino e bufalino e demais produtos comestíveis resultantes da matança desse gado frescos, refrigerados ou congelados) estão desonerados de tributação quando saírem do autuado e merecem ser retirados do crédito tributário constituído.

Na sua réplica, o contribuinte sinalizou que alguns casos incorretos permaneceram na cobrança e que os exemplos apontados na impugnação significaram apenas uma amostragem.

Quanto à alegação de haver outros produtos na mesma situação, teve a impugnante a oportunidade de, ao falar sobre as novas planilhas fiscais, apontar quais casos outros assim se enquadrariam. Mas isto ela não fez, limitando-se a reiterar a alegação genérica de existirem outras situações similares não excluídas da exigência tributária.

Tal conduta trouxe à tona a aplicação do comando inscrito no art. 140 do RPAF-BA, *verbis*:

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

Irregularidade procedente em parte, nos moldes requantificados pelo autuante.

Infração 05

Reclama-se imposto em função do pagamento a menor em virtude de ter aplicado nas saídas alíquota diversa da prevista em lei, posto que são produtos sujeitos à alíquota de 25%, acrescida de 2% do *Fundo de Pobreza*.

No seu pronunciamento, o autuante reduziu a exigência pois reconheceu haver produtos sob a alíquota de 18% (pranchas e leite de colônia), produtos dentro da ST (vodca *ice*) e lançamentos em duplicidade.

Na sua réplica, a empresa acusa a auditoria de não ter elaborado demonstrativo detalhado, discriminando quais operações estariam sendo excluídas.

O CD de fl. 87 contém três planilhas *excel* denominadas de *saídas tributadas a menor* (2019, 2020 e 2021), nas quais se vê que as mercadorias referidas nas informações fiscais estão no levantamento refeito, mas com o débito apurado zerado (coluna V).

As novas planilhas fiscais, portanto, estão com as operações mantidas bem discriminadas. Caberia ao contribuinte dizer na sua réplica quais situações remanesceriam ainda de decote. Desta incumbência ele não se desprendeu. O fisco, por seu turno, apresentou detalhadamente as operações ainda alcançadas.

A pequena tabela exposta pela empresa à fl. 35 mostra que os produtos se tratam de bebidas alcoólicas, sujeitos à alíquota de 25%, mais 2%, conforme estabelecem os arts. 16 e 16-A da Lei 7.014/96, trechos abaixo transcritos:

Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:

...

II - 25% nas operações e prestações relativas a:

...

b) bebidas alcoólicas;

...

Art. 16-A. As alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas no inciso I do art. 15, com os produtos e serviços relacionados nos **incisos II, IV, V e VII do art. 16**, serão adicionadas de **dois pontos percentuais**, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Concordamos com as exclusões. Irregularidade procedente em parte.

Isto posto, é o auto de infração julgado PROCEDENTE EM PARTE, no valor histórico de R\$ 127.471,23, mais consectários, na forma abaixo demonstrada, inclusive no que diz respeito ao demonstrativo de débito mensal:

	Lançado	Procedente	DD mensal a considerar
Inf 01	16.888,33	16.888,33	o do auto de infração
Inf 02	3.915,06	2.957,80	CD fl 87, arq créd fisc usado a maior
Inf 03	20,16	20,16	o do auto de infração
Inf 04	61.631,32	61.619,74	cd fl 87, arq difal ativo
Inf 05	41.471,42	40.547,96	cd fl 87, arq difal uso e consumo
Inf 06	746,18	746,18	o do auto de infração
Inf 07	110,15	110,15	o do auto de infração
Inf 08	4.234,58	3.834,61	cd fl. 87 , arq nf não escrituradas
Totais	129.017,20	126.724,93	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0001/23-7**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 122.890,32**, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, incisos II “a” e “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 3.834,61**, prevista no inciso IX do dispositivo acima citado, e dos acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de novembro de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE/RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR