

PROCESSO	- A. I. N° 298958.0002/21-7
RECORRENTE	- CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0152-04/22-VD
ORIGEM	- DAT NORTE / IFEP
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 14/03/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0053-12/24-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS COM ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL; **b)** MERCADORIAS ISENTAS OU COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Diligência fiscal promoveu exclusão dos valores relativos a produtos enquadrados no regime de substituição tributária. Reformada a decisão da infração 1. Infrações 1 e 2 procedentes em parte. Mantida a Decisão. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Não apresentado argumentos ou provas capazes de modificar a decisão. Infração procedente em parte. 3. ALÍQUOTAS. APLICAÇÃO EM DESACORDO COM O PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Restou comprovado que os produtos são tributados normalmente. Mantida a decisão. Infração parcialmente subsistente. 4. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. MERCADORIAS ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Acolhida a arguição de decadência. Infração procedente em parte. Reformada a decisão. 5. MULTA. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO; **b)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Razões de defesa elidiram em parte as acusações. Não acolhido o pedido de decadência. Mantida a decisão. Infrações 8 e 9 procedentes em parte. Não acolhido o pedido de realização de diligência fiscal. Acolhida a preliminar de decadência da infração 6. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo com base no art. 169, I, “b” do RPAF/BA, contra a decisão da 4ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 28/04/2021, para exigir tributos totalizando R\$ 157.668,39, relativo ao cometimento de dez infrações, sendo objeto do recurso as infrações 1, 2, 3, 4, 5, 8 e 9 a seguir descritas.

INFRAÇÃO 01 (001.002.006) - “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquiridas (s) com pagamento de imposto por substituição tributária nos anos de 2016, 2017 e 2018, conforme demonstrativo CRÉDITO FISCAL INDEVIDO ST (fl. 26). - R\$ 39.558,16. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 02 (001.002.026) – “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto nos anos de 2016, 2017 e 2018, conforme demonstrativo CRÉDITO FISCAL ISENTAS (fl. 26). - R\$ 8.580,48. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 03 (001.002.041) – “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque a maior no documento fiscal nos anos de 2016, 2017 e 2018, conforme demonstrativo CRÉDITO FISCAL

UTILIZADO A MAIOR (fl. 26) - R\$ 17.258,50. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 04 (001.002.003) – “Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos anos de 2016, 2017 e 2018, conforme demonstrativo SAÍDA SEM TRIBUTAÇÃO (fl. 26) - R\$ 46.741,59. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 05 (003.002.002) – “Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos anos de 2016, 2017 e 2018, conforme demonstrativo SAÍDA TRIBUTADAS A MENOR (fl. 26) - R\$ 34.913,39. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 06 (006.001.001) – “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, conforme demonstrativo DIFAL ATIVO constantes do CD/Mídia de fl. 26 dos autos”- R\$ 1.389,52. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 08 (016.001.001) – “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(s) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal no ano de 2016, conforme demonstrativo NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO ESCRITURADAS – TRIBUTADAS E NÃO TRIBUTADAS

(fl. 26). Penalidade aplicada no valor de R\$ 1.440,4. Tipificada no artigo 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 09 (016.001.002) – “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal no ano de 2016, conforme demonstrativo NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO ESCRITURADAS – TRIBUTADAS E NÃO TRIBUTADAS (fl. 26). Penalidade aplicada no valor de R\$ 4.392,82. Tipificada no artigo 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96.

Na decisão proferida (fls. 140 a 160) inicialmente foi apreciado, que não foram suscitados pela defesa questões relacionadas a aspectos formais do lançamento, atendendo aos requisitos previstos pelo Art. 39 do RPAF/BA e passou ao exame do seu mérito.

DECADÊNCIA: Quanto a preliminar de mérito de decadência **referente aos fatos ocorridos até 24/05/2016**, em relação as infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06, 08 e 09, sob a justificativa de que foi intimado em 24/05/2021, e operada a decadência , com fulcro no Art. 150, § 4º do CTN, apreciou que com base no entendimento manifestado no parecer da Procuradoria do Estado da Bahia no Ofício GAB/PROFIS/PGE nº 42/2016.

Analisando os fatos presentes nestes autos vejo que assiste razão, em parte, ao autuado nos seus argumentos. Isto porque o CTN define dois critérios distintos para efeito de contagem do prazo decadencial: o primeiro com base no art. 150, § 4º, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, porém efetua o pagamento em montante inferior aquele que foi declarado e o segundo, com fundamento no art. 173, inciso I, com a contagem se iniciando a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nas situações em que 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, omitindo a realização da operação ou prestação tributável e 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.

Isto posto observo que na situação sob análise, no que diz respeito as infrações 01, 02 e 03, que se relacionam a utilização indevida de créditos fiscais, infração 04 pelo fato de ter deixado de recolher imposto decorrente de operações tributáveis escrituradas como não tributáveis, e infração 05, que se refere a imposto recolhido a menos por erro na aplicação de alíquota, vejo que, de fato, em relação a estas infrações o autuado declarou a ocorrência do fato jurídico tributário, apurou o montante do imposto que entendeu ser o devido, efetuou o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente o Fisco entendeu que o valor recolhido foi menor que aquele que seria o efetivamente devido, não havendo, portanto, omissão de realização de operação tributável pelo autuado. Portanto, nesta situação, deve ser aplicada a norma prevista pelo Art. 150, § 4º do CTN, tomando por base a data do fato gerador.

Desta maneira, como se trata de imposto por homologação, na situação acima posta, o prazo decadencial é de cinco anos a contar do fato gerador do tributo, e, como a notificação ao autuado só ocorreu em 24/05/2021, já estava configurada a decadência para os fatos geradores ocorridos até 24/05/2016 em relação aos períodos abaixo indicados, devendo ser afastados os seguintes valores:

- **Infração 01:** Jan/16 R\$ 1.188,30, Fev/16 R\$ 2.105,98. Mar/16 R\$ 1.573,95 e Abr/16 R\$ 590,62, totalizando o valor a ser excluído da infração 01 R\$ 5.458,55.
- **Infração 02:** Jan/16 R\$ 225,98; Fev/16 R\$ 110,45; Mar/16 R\$ 450,47 e Abr/16 R\$ 268,96, totalizando o

valor a ser excluído da infração 02 na ordem de R\$ 1.055,86.

- **Infração 03:** Jan/16 – R\$ 182,73; Fev/16 R\$ 614,01; Mar/16 R\$ 1.588,37 e Abr/16 R\$ 1.053,11, totalizando R\$ 3.438,22 a ser excluído desta infração 03.
- **Infração 04:** Jan/16 R\$ 7.693,96; Fev/16 R\$ 3.960,88; Mar/16 R\$ 1.431,69 e Abr/16 R\$ 1.087,84, totalizando o valor a ser excluído desta infração 04 R\$ 14.174,37;
- **Infração 05:** Jan/16 – R\$ 76,91; Mar/16 R\$ 7.978,44 e Abr/16 R\$ 468,11, totalizando o valor a ser excluído nesta infração 05 de R\$ 8.523,46.

O mesmo não se aplica em relação a infração 06, que trata de falta de recolhimento do imposto a título de diferença entre alíquotas, onde o autuado, apesar de ter declarado a ocorrência do fato jurídico, não efetuou o pagamento do imposto, situação em que se aplica o regramento previsto pelo art. 173, I do CTN, não estando, portanto, abarcados pela decadência os fatos geradores ocorridos no mês de março/16.

Por igual, em relação às infrações 08 e 09, se aplica a norma prevista pelo art. 173, I do CTN, posto que, a obrigação para escrituração no livro Registro de Entradas de nota fiscal eletrônica, que é o caso destes lançamentos, se enquadra no rol das denominadas obrigações instrumentais ou acessórias (obrigações de fazer), enquanto que o não cumprimento dessa obrigação pelo sujeito passivo enseja a aplicação de penalidades pecuniárias previstos na legislação. Tratando-se, pois, de obrigação de fazer, mediante a escrituração de documentos fiscais, como já dito, se aplica o prazo decadencial previsto no art. 173, inc. I, do CTN, cujo prazo “a quo” ou inicial tem contagem a partir do 1º dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado.

Portanto, nessa linha de entendimento, considerando que a notificação do lançamento pelo autuado ocorreu em 24/05/2021, a contagem do prazo de decadência em relação aos fatos geradores verificados no exercício de 2016 teve início em 01/01/2017, encerrando-se em 31/12/21, de forma que não se encontrava extinto o direito do fisco de lançar as penalidades por descumprimento das obrigações instrumentais aplicadas neste Auto de Infração em relação ao mencionado exercício.

Isto posto, antes de adentrar ao mérito propriamente dito das acusações, indefiro o pedido de realização de diligência fiscal, com fulcro no Art. 147, I do RPAF/BA, na medida em que se encontram nos autos elementos suficientes à formação do meu convencimento como julgador. Também levo em consideração que já houveram três manifestações pelo autuado, as quais foram contra-arrazoados pelo autuante, não havendo, portanto, ao meu entender, necessidade de se buscar novos esclarecimentos além dos já contidos nos autos.

Observo, que o autuado faz alusão de que as mercadorias que foram citadas na defesa se encontram por amostragem, entretanto, isto não significa que caberia ao autuante reexaminar a totalidade dos itens objeto da autuação, posto que, caberia ao autuado, explicitá-los, de forma clara e objetiva, na peça defensiva.

No mérito aprecio que:

Isto posto vejo que em relação a infração 01, que acusa utilização indevida de créditos referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, no total de R\$ 39.558,16, destaco que, após a exclusão das quantias alcançadas pela decadência nos valores e períodos de Jan/16 R\$ 1.188,30, Fev/16 R\$ 2.105,98, Mar/16 R\$ 1.573,95 e Abr/16 R\$ 590,62, totalizando o valor excluído de R\$ 5.458,55, remanescendo a lide no valor de R\$ 34.099,61.

O questionamento defensivo, no sentido de que se tratam de produtos sujeitos à tributação normal, se referem as seguintes mercadorias, cujos argumentos trazidos pelo autuante assim se apresentam:

- **AMÊNDOA EUROCAJU SACHE 100G** – Produto enquadrado na ST, conforme ANEXO I do RICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.11.0 – NCM 2008-1 – Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 Kg;
- **CASTANHA DE CAJU CAST CARRILHO C/PIM 100G** - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO I do RICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.11.0 – NCM 2008-1 – Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 Kg;
- **MASSA P/PIZZA F25** - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO I do RICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.16 – NCM 1902.1 – Massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo;
- **MISTURA BOLO FINNA 450G. BAUN** - **Produto realmente saiu do regime da substituição tributária a partir de 03/2016**, procedendo a exclusão de tais mercadorias das planilhas de débito;
- **PEITO PRIETO FGO FAT 180G** – **Produto tributado e excluído das planilhas de débito;**
- **PEITO DE FRANGO (Diversos)** - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme Anexo I DO RICMS/BA, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.35.0 - NCM 0207, 0209, 0210.99 e

1501 – Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves;

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

À luz do quanto acima exposto, acolho as exclusões efetuadas pelo autuante em relação aos produtos MISTURA BOLO FINNA 450G. BAUN e PEITO PRIETO FGO FAT 180G, entretanto, em relação ao produto **amêndoas**, não pode ser mantida a exigência tributária, consoante esta própria 4ª Junta de Julgamento já se posicionou em julgados recentes, envolvendo o mesmo autuado, posto que não observo no Anexo I do Regulamento do ICMS, à época dos fatos geradores, que o este produto 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 autuante.

Desta maneira, vejo que o produto “amêndoas” 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 da infração 01 os itens de produtos relacionados a “amêndoas”, conforme abaixo:

- Ano 2017: 21/04/17 R\$ 28,87; 21/04/17 – R\$ 31,96 e 08/12/17 – R\$ 73,20 totalizando R\$ 134.03.
- Ano 2018: 15/05/18 R\$ 24,16 e 17/07/18 R\$ 48,31, totalizando R\$ 72,47, **com o total de R\$ 206,50 a ser excluído em relação ao produto amêndoas.**

Mantenho, entretanto, a exigência em relação aos demais itens, em conformidade com as fundamentações do autuante acima postas.

Por outro lado, apesar do autuante ter apresentado o débito remanescente para esta infração 01 no valor de R\$ 27.928,05, consoante acima demonstrado, deste valor deverão ainda serem excluídos aqueles já abarcados pela decadência, período de janeiro a abril/16, sendo: Jan/16 R\$ 1.188,30, Fev/16 R\$ 2.105,98, Mar/16 R\$ 240,47 e Abr/16 R\$ 101,32, totalizando o valor a ser excluído da revisão efetuada pelo autuante na ordem de R\$ 3.636,07, que deduzido do valor revisado pelo autuante de R\$ 27.928,05 resultaria no valor devido para a infração 01 na ordem R\$ 24.291,98, referente ao período de maio/16 a dezembro/18, acima demonstrado.

Ocorre, entretanto, que após as exclusões levadas a efeito em relação ao produto “amêndoas”, na forma acima posta, o débito remanescente para os meses de abril/17 passa a ser no valor de R\$ 157,98, dezembro/17 R\$ 587,83, maio/18 R\$ 140,81 e julho/18 R\$ 259,04, o que torna a infração 01 parcialmente subsistente no valor de R\$ 24.085,48, ou seja, R\$ 24.291,98 – R\$ 206,50. Assim, o montante da infração ora discutida é conforme o demonstrativo abaixo:

MÊS	ANO 2016	ANO 2017	ANO 2018
JANEIRO	0,00	846,20	900,45
FEVEREIRO	0,00	543,49	749,46
MARÇO	0,00	2.101,44	189,93
ABRIL	0,00	157,98	395,48
MAIO	1.821,44	53,55	140,81
JUNHO	399,59	529,07	872,10
JULHO	483,10	1.063,82	259,04
AGOSTO	1.316,05	172,95	552,35
SETEMBRO	637,80	133,62	1.125,35
OUTUBRO	2.261,98	592,89	396,14
NOVEMBRO	906,77	1.184,60	945,86
DEZEMBRO	463,56	587,23	1.301,38
SUBTOTAL	8.290,29	7.966,84	7.828,35
TOTAL DA INFRAÇÃO 01 - 001.002.006			24.085,48

No que se relaciona a Infração 02, utilização indevida de créditos fiscais referente a mercadorias com saídas subsequentes com isenção, sendo lançado o valor de R\$ 8.580,48, em relação a esta infração, o autuado se insurgiu quanto aos produtos AMENDOIM CRU COM CASCA KG, BOBINA PLAST PICOT LISA e SACO PLAST PANETONNE, enquanto que o autuante manteve a informação já prestada às fls. 77 a 94 deste PAF, remanescente um crédito tributário no total de R\$ 8.580,48.

Apesar do autuante ter citado em sua informação fiscal que o autuado tem razão, em parte, em sua defesa, manteve o lançamento no valor original acima sem qualquer exclusão.

Entretanto, quando da segunda informação fiscal, o autuante sustentou que os produtos “amendoim cru – in natura” é um produto isento, as “bobinas plásticas picotadas” são utilizadas no setor de hortifrutigranjeiros, portanto ambos são produtos isentos e não podem gerar crédito fiscal, com o que concordo.

Já em relação ao produto “sacos plas panetone” se trata de um produto incluído na substituição tributária, portanto, não é devido a utilização do crédito fiscal em relação a este produto.

Apesar do autuante ter mantido a autuação no valor original de R\$ 8.580,48, no entanto, excluo desta infração os valores a seguir, abarcados pela decadência, ou seja: Jan/16 R\$ 225,98; Fev/16 R\$ 110,45; Mar/16 R\$ 450,47 e Abr/16 R\$ 268,96, totalizando R\$ 1.055,86. Assim, a infração 02 resta parcialmente subsistente no valor de R\$ 7.524,62, que corresponde aos períodos a partir do mês de maio/16 indicados no demonstrativo de débito da inicial. Assim, o montante da infração ora discuta é conforme o demonstrativo abaixo:

MÊS	ANO 2016	ANO 2017	ANO 2018
JANEIRO	0,00	0,00	103,68
FEVEREIRO	0,00	0,00	0,00
MARÇO	0,00	59,28	239,84
ABRIL	0,00	162,24	82,94
MAIO	16,54	221,01	384,14
JUNHO	340,96	163,19	633,59
JULHO	70,26	83,14	155,52
AGOSTO	347,42	258,57	41,47
SETEMBRO	506,89	695,02	382,39
OUTUBRO	122,06	14,40	162,65
NOVEMBRO	672,43	0,00	232,73
DEZEMBRO	483,94	217,24	671,08
SUBTOTAL	2.560,50	1.874,09	3.090,03
TOTAL DA INFRAÇÃO 02 – 001.002.026			7.524,62

Naquilo que pertine a infração 03, esta acusa utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, tendo sido lançado o valor de R\$ 17.258,50.

Em relação a esta infração, o argumento defensivo se limitou a arguição de decadência para as operações contidas no período acima já mencionado, argumento este já analisado e acolhido.

Desta forma, excluo da infração 03 os valores de Jan/16 – R182,73; Fev/16 R\$ 614,01; Mar/16 R\$ 1.588,37 e Abr/16 R\$ 1.053,11, totalizando R\$ 3.438,22 a ser excluído, razão pela qual a presente infração resta subsistente no valor de R\$ 13.820,28. Assim, o montante da infração ora discuta é conforme o demonstrativo abaixo:

MÊS	ANO 2016	ANO 2017	ANO 2018
JANEIRO	0,00	639,27	98,33
FEVEREIRO	0,00	336,52	54,53
MARÇO	0,00	649,16	273,67
ABRIL	0,00	612,57	173,73
MAIO	209,41	163,09	187,67
JUNHO	717,73	553,22	1.168,84
JULHO	152,12	377,22	1.245,32
AGOSTO	86,98	379,55	746,15
SETEMBRO	143,53	607,28	881,65
OUTUBRO	477,72	68,14	68,62
NOVEMBRO	100,88	378,12	142,85
DEZEMBRO	1.869,19	105,22	152,00
SUBTOTAL	3.757,56	4.869,36	5.193,36
TOTAL DA INFRAÇÃO 03 – 001.002.041			13.820,28

A infração 04 acusa falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, sendo lançado o valor de R\$ 46.741,59.

A insurgência do autuado se relaciona aos produtos adiante citados, os quais possuem os enquadramentos tributários seguintes: ALECRIM TROP 20G UN – Produto industrializado da marca TROP, trata-se de alecrim desidratado em processo industrial e vendido em embalagem de 20g, portanto tributado normalmente.

- CANO CHUVEIRO LORE UM – produto tributado normalmente pelo ICMS;
- ROCAMBOLE GOIABA G KG - Produto enquadrado no regime da substituição tributária, o qual foi corretamente excluído da autuação pelo autuante.
- TAMPA FIXTIL P/LAV TANQUE PVC 7.8 - Produto enquadrado no regime da substituição tributária, e excluído, corretamente, das planilhas de débito pelo autuante.

De maneira que, após as reduções levadas a efeito pelo autuante, as quais acolho, remanesceu um débito na ordem de R\$ 46.647,57, cujas reduções estão atreladas aos seguintes períodos, cujos débitos remanescentes passam a assim serem apresentados: jan/16 R\$ 7.692,46, fev/16 R\$ 3.958,66, jun/16 R\$ 1.891,85, ago/16 R\$ 1.445,70, dez/16 R\$ 1.529,13, mai/18 R\$ 982,92, jun/18 R\$ 1.244,65, jul/18 R\$ 1.613,27, ago/18 R\$ 1.370,26,

set/18 R\$ 1.480,38, nov/18 R\$ 1.676,91 e dez/18 R\$ 1.594,40, sendo mantidos, portanto, pelo autuante, inalterados os demais valores desta infração.

Entretanto deste valor remanescente de R\$ 46.647,57, apurado pelo autuante, deverão ser ainda excluídas as parcelas já abarcadas pela decadência, aí incluídas, em relação aos períodos de Jan/16 R\$ 7.692,46; Fev/16 R\$ 3.958,66; Mar/16 R\$ 1.431,69 e Abr/16 R\$ 1.087,84, totalizando o valor a ser excluído desta infração 04 R\$ 14.170,65, após a revisão levada a efeito pelo autuante (R\$ 46.647,57), o que resulta no valor final devido em relação a esta infração 04 no montante de R\$ 32.476,92, tornando parcialmente subsistente a presente infração. Assim, o montante da infração ora discutida é conforme o demonstrativo abaixo:

MÊS	ANO 2016	ANO 2017	ANO 2018
JANEIRO	0,00	1.225,47	726,57
FEVEREIRO	0,00	1.279,45	606,01
MARÇO	0,00	1.545,78	835,63
ABRIL	0,00	0,00	952,68
MAIO	1.247,97	0,00	982,92
JUNHO	1.891,85	0,00	1.244,65
JULHO	1.507,84	0,00	1.613,27
AGOSTO	1.445,70	0,00	1.370,26
SETEMBRO	1.774,26	0,00	1.480,37
OUTUBRO	1.739,24	0,00	1.600,24
NOVEMBRO	1.357,42	0,00	1.676,91
DEZEMBRO	1.529,13	1.248,90	1.594,40
SUBTOTAL	12.493,41	5.299,60	14.683,93
TOTAL DA INFRAÇÃO 04 – 002.001.003			32.476,92

A infração 05 acusa recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado o valor de R\$ 34.913,39, tendo o autuado se insurgido contra a exigência recaída sobre os seguintes produtos, uma vez que o autuante considerou a alíquota de 18%, quando o correto, à luz do art. 266, I, “a” do RICMS/BA, seria de 8,8%, a qual foi utilizada, questionando, ainda, a inclusão da exigência a título de Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, Instrução Normativa nº 05/2016:

Dos exames levados a efeito pelo autuante em relação aos itens questionados, tem-se:

- COND DOVE ADVANC 200ML VITAL REJUV – produto não consta na Instrução Normativa nº 05/2016, e excluído das planilhas de débito;
- DESOD BI-O AERO FEM 150ML CLARIF AFIN – produto não consta na Instrução Normativa nº 05/2016, e excluído das planilhas de débito;
- DESOD HARPIC CLIC GEL 5G. LAV – produto não consta na Instrução Normativa nº 05/2016, e excluído das planilhas de débito;
- KIT SH/COND CLINI HAIR 250ML PRO RESP - produto não consta na Instrução Normativa nº 05/2016, e excluído das planilhas de débito;
- SHAMPOO ELSEVE RT5 EXTRA PROFUNDO 400ML - produto não consta na Instrução Normativa nº 05/2016, e excluído das planilhas de débito.

Desta forma, o autuante procedeu, corretamente, a exclusão nas planilhas de débito as mercadorias que estão fora do Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016, e que foram indevidamente, aplicada alíquota em montante superior ao permitido pela legislação do ICMS, e procedeu ao refazimento das planilhas levando em consideração a exclusão de tais produtos, apontando um débito remanescente para esta infração no valor R\$ 22.901,56.

Entretanto, há de ser também levado em consideração que devem ser excluídos deste valor remanescente de R\$ 22.901,56 as parcelas já abarcadas pela decadência referente aos meses de janeiro, março e abril/16, nos valores respectivos de R\$ 76,63, R\$ 7.978,04 e R\$ 497,90, que totalizam R\$ 8.552,47, razão pela qual o valor devido em relação à infração 05 é na ordem de R\$ 14.348,99, remanescente parcialmente subsistente a presente infração, na forma abaixo, que acolho.

Mês/Ano	Vlr. Lançado	Vlr. Revisado
jan/16	76,91	0,00
mar/16	7.978,44	0,00
abr/16	498,11	0,00
mai/16	195,22	194,08
jun/16	93,16	92,92
jul/16	86,41	86,41
ago/16	270,13	270,13
set/16	259,12	259,12

<i>out/16</i>	282,58	282,58
<i>nov/16</i>	276,19	276,19
<i>dez/16</i>	64,27	64,27
<i>jan/17</i>	1.156,40	1.155,47
<i>fev/17</i>	97,18	96,06
<i>mar/17</i>	107,91	107,78
<i>dez/17</i>	1.066,91	471,81
<i>jan/18</i>	1.084,23	231,35
<i>fev/18</i>	1.238,80	370,61
<i>mar/18</i>	1.311,10	216,05
<i>abr/18</i>	1.107,08	156,16
<i>mai/18</i>	953,45	89,02
<i>jun/18</i>	980,33	88,10
<i>jul/18</i>	934,03	97,23
<i>ago/18</i>	1.027,98	96,20
<i>set/18</i>	1.103,56	103,80
<i>out/18</i>	2.206,42	1.156,93
<i>nov/18</i>	5.578,25	4.570,89
<i>dez/18</i>	4.879,22	3.815,83
Total	34.913,39	14.348,99

No que se relaciona a infração 06, onde o autuado foi acusado de falta de recolhimento do ICMS- DIFAL no total de R\$ 1.389,52, as alegações defensivas estão relacionadas a questão da decadência, a qual já foi acima analisado, não se aplicando a regra do art. 150, § 4º do CTN nesta situação, enquanto que a informação defensiva de que ainda está analisando o levantamento fiscal e seus documentos de apuração, não pode ser aceito, posto que, a defesa relacionada ao objeto da lide deverá ser apresentada de uma só vez (§ 1º, art. 123 do RPAF/BA).

Mantida a infração 06 no valor de R\$ 1.389,52.

A infração 07, que acusa a falta de recolhimento do ICMS no total de R\$ 479,52 decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, não houve manifestação pelo autuado quanto a mesma, a qual fica mantida.

Já em relação a infração 08, relacionada a entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade no valor de R\$ 1.440,45.

Em relação à presente infração, o autuado voltou a se referir a questão da decadência, a qual, consoante análise já feita, não se aplica nesta infração.

Alegou, também o autuado, que também foram incluídas no levantamento diversas mercadorias que foram efetivamente escrituradas no Livro Registro de Entrada – LRE, conforme demonstram os dados contidos na planilha (Doc. 3) que acompanham a presente defesa, - arquivos denominados “Infração 08 Defesa” e “Infração 09 Defesa”.

Da análise levada a efeito pelo autuante em relação à presente infração disse o autuado que foi acolhido apenas o argumento relacionado à Nota Fiscal nº 18.196, a qual foi excluída corretamente da acusação, razão pela qual remanesce o débito na quantia de R\$ 1.438,73, consoante planilha juntada aos autos.

Entretanto, analisando a planilha apresentada pelo autuado, este valor se refere a Nota Fiscal nº 15.935, mês 06/19, no valor exigido de R\$ 1,72, razão pela qual remanesce o débito na ordem de R\$ 1.438,73, com a presente retificação do número do documento fiscal. Em consequência o débito referente ao mês 06/16 passa a ser de R\$ 220,29, permanecendo inalterados os demais períodos constantes da autuação.

Já a infração 09, que também trata de entradas de mercadorias não tributáveis ingressadas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, foi defendida conjuntamente com a anterior pelo autuado, que voltou a se referir a questão da decadência, a qual, consoante análise já feita, também não se aplica nesta infração.

Quanto à questão de mérito o autuado comprovou a escrituração das Notas Fiscais nºs 120.945, mês 11/16 e 587.034, mês 12/16, nos valores exigidos respectivamente de R\$ 11,50 e R\$ 4,29, razão pela qual, após a exclusão destes valores a infração 09 resta parcialmente subsistente no valor de R\$ 4.377,03, sendo que o débito do mês 11/16, após a citada exclusão passará a ser de R\$ 357,90 e mês 12/16 passa a ser de R\$ 267,96, permanecendo inalterados os demais períodos.

Por fim, no tocante a infração 10, também relacionada a entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, com penalidade aplicada no valor de R\$ 2.913,96, não houve manifestação pelo autuado em relação a mesma, a qual fica mantida.

Em conclusão voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$ 102.855,05, de acordo com a configuração abaixo:

INF	RESULTADO	VL HISTÓRICO	VL JULGADO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	39.558,16	24.085,48	60%
02	PROCEDENTE EM PARTE	8.580,48	7.524,62	60%
03	PROCEDENTE EM PARTE	17.258,50	13.820,28	60%
04	PROCEDENTE EM PARTE	46.741,59	32.476,92	60%
05	PROCEDENTE EM PARTE	34.913,39	14.348,99	60%
06	PROCEDENTE	1.389,52	1.389,52	60%
07	PROCEDENTE	479,52	479,52	60%
08	PROCEDENTE EM PARTE	1.440,45	1.438,73	---
09	PROCEDENTE EM PARTE	4.392,82	4.377,03	---
10	PROCEDENTE	2.913,96	2.913,96	---
TOTAL		157.668,39	102.855,05	

VOTO DIVERGENTE - INFRAÇÃO 06

Divirjo da decisão de piso, não unânime, desta 4ª JJF, em relação ao entendimento do i. Relator Julgador, quanto ao seu entendimento de decadência, em relação a arguição do deficiente relativo a infração 06.

Observo, como está posto no voto do Ilustre Relator, o qual acompanhei na sua inteireza, o seu entendimento da decadência, quanto as infrações 01, 02, 03, 04 e 05, que estariam abarcado pela norma prevista no art. 150, § 4º do CTN; entretanto divirjo do seu entendimento de que, o mesmo não se aplica em relação a infração 06, que trata de falta de recolhimento do imposto a título de diferença entre alíquotas, onde o autuado, apesar de ter declarado a ocorrência do fato jurídico, não efetuou o pagamento do imposto, situação em que, ao seu entender, se aplica o regramento previsto pelo art. 173, I do CTN, não estando, portanto, abarcados pela decadência os fatos geradores ocorridos no mês de março/16.

Pois bem! Como já manifestei sobre esta matéria em outros julgados, inclusive de minha relatoria, não é o fato de ter deixado de efetuar o pagamento do imposto que se aplica o regramento da decadência previsto art. 173, I do CTN, mas sim o ato de o contribuinte deixar declarar a ocorrência do fato, em que o ente tributante não saberia o que cobrar de imposto, que não é o caso objeto das operações constantes do demonstrativo de débito da infração 6.

Na realidade o contribuinte declarou a ocorrência do fato jurídico tributário, com o registro das operações na sua escrita fiscal e não recolheu o imposto por entender que não era devido, sem qualquer caracterização de dolo, fraude ou simulação; porém, posteriormente o Fisco entendeu que era devido, não havendo, portanto, omissão de realização de operação tributável pelo autuado. Portanto, nesta situação, deve ser aplicada a norma prevista pelo art. 150, § 4º do CTN, tomando por base a data do fato gerador.

É como vota este Julgador relativamente as arguições de decadência do presente PAF, no mais acompanho o voto do i. Relator na sua totalidade.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 179/182) inicialmente ressalta a sua tempestividade, apresenta uma síntese da autuação, impugnação e julgamento que acolheu integralmente a decadência nas infrações 1, 2, 3, 4 e 5, mantendo parcial das infrações 1, 2, 4, 5, 8 e 9 e integralmente a infração 6.

Ressalta que o recurso reporta-se as infrações 1, 2, 4, 5, 6, 8 e 9, quanto a mérito e decadência.

Quanto a INFRAÇÃO 1 afirma que apesar de ter acatado a decadência, permanece mercadorias tributadas no regime normal conforme quadro (fl. 180/v), que devem ser excluídas.

NCM	Descrição	Tributação Análise Consultoria	Base Legal da tributação atual	obs
'17049020'	AMENDOIM DOCE 30G CN	TRIBUTADO	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	
'32131000'	AQUARELA MOLIN ESTOJO 12 CORES+PINCEL	TRIBUTADO	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	
'08013200'	CASTANHA CAJU CAST CARRILHO C/PIM 100G	TRIBUTADO	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Não faz parte dos salgadinhos
'08132010'	CASTANHA CAJU LA VIOLETERA NOOTZ TOR 40G	TRIBUTADO	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Não faz parte dos salgadinhos
'08029000'	CASTANHA CAJU TOR SALG LA VIOLET100G	TRIBUTADO	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Não faz parte dos salgadinhos
'19011090'	CASTANHA YOKI CAJU 100G	TRIBUTADO	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Não faz parte dos salgadinhos
'16024900'	ESPETINHO NUTRIAL LINGUICA CONG 370G	TRIBUTADO	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	
'02071400'	ESPETINHO NUTRIAL MISTO CONG 500G	TRIBUTADO	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	
'96084000'	LAPISEIRA BIC SHIMMERS 0.7 L3P2	TRIBUTADO	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	
'19022000'	MASSA P/PIZZA F15	TRIBUTADO	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Massa Cozida está fora da ST
'19021900'	MASSA P/PIZZA F15	TRIBUTADO	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Massa Cozida está fora da ST
'19019090'	MISTURA P/BOLO BENTA 450G. AIPIM	TRIBUTADO	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	ST para mistura de farinha de trigo, exceto mistura para bolo
'19059090'	MISTURA P/BOLO OETKER. CHOC. 450G	TRIBUTADO	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	ST para mistura de farinha de trigo, exceto mistura para bolo
'96190000'	MISTURA P/BOLO OETKER. MARMORE. 475G	TRIBUTADO	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	ST para mistura de farinha de trigo, exceto mistura para bolo
'11010010'	MISTURA P/BOLO SARANDI M VERDE 5KG	TRIBUTADO	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	ST para mistura de farinha de trigo, exceto mistura para bolo
'16023100'	PEITO DE PERU SADIA SOLTISSIMO 200G	TRIBUTADO	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	ST até 03/02/2015
'16023220'	PEITO FGO EMBUT SADIA INT	TRIBUTADO	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	ST até 03/02/2015
'39232190'	SACO P/1 BAGUETE MF13X80 C/1000	TRIBUTADO	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Apenas Saco de Lixo fazia parte da ST, faz parte da embalagem do produto acompanhando a venda
'48193000'	SACO PAP KRAFT PARDO PAO 44X54 1000	TRIBUTADO	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Apenas Saco de Lixo fazia parte da ST, faz parte da embalagem do produto acompanhando a venda
'39232990'	SACO PLAST CHOCOTONE 400GR FD 500 UN	TRIBUTADO	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Apenas Saco de Lixo fazia parte da ST, faz parte da embalagem do produto acompanhando a venda
'48089000'	SC.PAO GRANDE - 55X30 C/1000	TRIBUTADO	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Apenas Saco de Lixo fazia parte da ST, faz parte da embalagem do produto acompanhando a venda

Quanto a INFRAÇÃO 2, que também foi acolhido a decadência, a decisão merece parcial reforma para afastar as mercadorias “AMENDOIM CRU COM CASCA KG, BOBINA PLAST PICOT LISA e SACO PLAST PANETONE” tributada no regime normal do ICMS sem qualquer isenção ou redução, o que autoriza o creditamento do imposto.

Com relação a INFRAÇÃO 4, que também acolheu a decadência, remanescem as mercadorias “ALECRIM TROP 20G” que é isenta e “CANO CHUVEIRO LORE UN” tributada na substituição tributária, “fato que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal”, medida que se impõe é a reforma parcial.

Relativamente a INFRAÇÃO 5, afirma que apesar de ter acatado a decadência, remanescem mercadorias não incluídas no Anexo Único da IN nº 05/2016, não podendo ser exigido o adicional, conforme planilha juntada com impugnação.

No que se refere a INFRAÇÃO 6, argumenta que não foi acolhido a exclusão dos valores alcançados pela decadência, com fundamento no art. 173, I, do CTN, contrariando entendimento na jurisprudência dos Tribunais pátrios e do CONSEF, que tem reiteradas decisões no sentido de que, havendo declaração do imposto e o pagamento, ainda que parcial do ICMS, a regra decadencial aplicável é aquela do artigo 150, § 4º, do CTN.

Quanto as INFRAÇÕES 8 e 9, alega que não foi acolhido os períodos já alcançados pela decadência e que apesar de ter acatado parcialmente as razões de defesa “não há que se falar em falta de registro na escrita fiscal, muito menos em penalidade por descumprimento de obrigação acessória, na medida em que a escrituração foi comprovadamente arrolada na defesa”.

Requer realização de diligência para a devida análise dos livros de Entrada e Saída da Recorrente, conforme requerido na defesa.

Finaliza reiterando o pedido de realização de diligência fiscal para demonstrar a improcedência das infrações 1, 2, 4, 5, 6, 8 e 9.

Esta 2ª CJF deliberou pela realização de diligência fiscal (fl. 188) no sentido de que a fiscalização realizasse confronto das NCMs dos produtos elencados na INFRAÇÃO 1 (PEITO DE PERU, AMENDOIN DOCE, LAPISEIRA, ESPETINHO NUTRIAL, MISTURA P/BOLO) e promover a exclusão dos produtos que não forem coincidentes.

Na informação fiscal prestada (fls. 193/194) o autuante esclarece que em relação aos produtos: PEITO DE PERU SADIA SOLTISSIMO 200 GR e PEITO FGO EMBUT SADIA, NCM 1602.31.00 e 1602.3220; AMENDOIN DOCE, NCM 1704; LAPISEIRA, NCM 9608.4000 - “*Não fazem parte do regime de substituição tributária, e que foram excluídos das planilhas de débito*”.

– MISTURA P/BOLO OETKER CHOC 450G NCM 1905 – “Produtos já excluídos das planilhas de

débito”.

- ESPETINHO NUTRIAL – NCM 1602 – tanto nas planilhas de entradas como nas planilhas de saídas denominadas ESPETINHO NUTRIAL SAÍDA POR PRODUTO TOTAL 2016, 2017 e 2018, a empresa *“faz uso do crédito fiscal nas entradas, quanto também não os utiliza, o mesmo ocorrendo nas saídas, quando encontramos saídas tributadas e saídas sem tributação”*. Afirma que o produto é realmente enquadrado no regime de ST.
- MISTURA P/BOLO SARANDI M VERDE 5 KG, NCM 1101 – Afirma que a NCM correta do produto é 1901.20.00 conforme consta na Nfe 44.937, cuja cópia junta à fl. 195.

Afirma que após os ajustes procedidos, remanesce crédito tributário de R\$ 27.072,47.

Cientificado do resultado da diligência a empresa manifestou se à fl. 203, informando que recebeu documentação referente a outro auto de infração.

Posteriormente (fls. 207/209), ressaltou que foram excluídos produtos objeto da diligência fiscal (PEITO DE PERU e PEITO DE FRANGO) e manteve outros (ESPETINHO NUTRIAL e MISTURA PARA BOLO), mas manteve produtos submetidos a tributação normal como CASTANHA YOKI CAJU 100 G e MASSA P/PIZZA F15, a título exemplificativo.

Destaca que o autuante indicou valor remanescente de R\$ 27.072,47 enquanto a decisão recorrida apresentou valor de R\$ 24.085,48. Discorre sobre o processo administrativo tributário e a atividade administrativa vinculada prevista no art. 142 do CTN, não atendido pela fiscalização.

Requer reforma da decisão e na remota hipótese do não atendimento, que seja mantido os valores já acatados na decisão de primeira instância.

O autuante presta a terceira informação fiscal (fls. 215/219), discorre sobre as infrações e quanto a manifestação do autuado esclarece que já foram rebatido às fls. 77/94; 106/118; 127/134 e 193/197, inclusive quanto aos produtos ESPETINHO, MISTURA PARA BOLO, CASTANHA E MASSA P/PIZZA.

VOTO

No Recurso Voluntário interposto o recorrente apresentou alegações pertinentes a decadência das infrações 6, 8 e 9, e de mérito das infrações 1, 2, 4, 5, 6, 8 e 9.

Inicialmente quanto ao pedido de que seja contado o prazo decadencial até o dia 24/05/2016, observo que conforme apreciado da decisão recorrida a **regra geral** aplicável a faculdade da Fazenda Pública constituir o crédito tributário é prevista no art. 173 do CTN, com a contagem do prazo de cinco anos, do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e **regra especial** para tributos originalmente sujeitos a lançamento por homologação com prazo de cinco a partir da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

O INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO PGE nº 2016.194710-0 manifestou entendimento de que:

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 corresponderia às operações declaradas.*

...
Nota I: *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)...; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c)...*

Neste contexto, na infração 6 (diferença de alíquota), o sujeito passivo declarou a ocorrência do fato jurídico tributário, apurou o montante do imposto que entendeu devido, possibilitando a verificação por parte do Fisco para efeito de homologação e deve ser considerado a contagem do prazo a partir da ocorrência do fato gerador nos termos do art. 150, § 4º do CTN. Acato o pedido da

recorrente com relação a esta infração, afastando o valor exigido com data de vencimento em 09/04/2016 no valor de R\$ 531,85, tendo em vista que foi cientificado da autuação em 24/05/2021, ficando reduzido o débito de R\$ 1.389,52 para R\$ 857,67.

Com relação a decadência das infrações 8 e 9, observo que se referem a multa aplicada por descumprimento de obrigação acessória, por a empresa não ter escriturada notas fiscais pertinentes a entradas de mercadorias no estabelecimento, sem o devido registro na escrita fiscal.

Nestas situações, tendo omitido a realização da operação ou prestação tributável, o Fisco não teria como homologar a tributação do ICMS relativo a mercadorias que não foram registradas, e como previsto na Nota 1 do IU - PGE nº 2016.194710-0 com a contagem do 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. Rejeitado o pedido de decadência em relação as infrações 8 e 9.

No mérito, quanto a infração 1 (crédito indevido/mercadorias ST), no recurso interposto foi alegado que diversas mercadorias não faziam parte do regime de ST.

Em atendimento a diligência fiscal o autuante:

- a)** Excluiu os produtos PEITO DE PERU, PEITO DE FRANGO, AMENDOIN DOCE, LAPISEIRA, MISTURA PARA BOLO OETKERA, AMENDOIM BRANCO, CARNE ANGLO e LAPISEIRA.
- b)** Manteve ESPETINHO NUTRIAL NCM 1602 e MISTURA PARA BOLO SARANDI M VERDE 5KG, cuja NCM indicado nas notas fiscais são 1901 e não 1101.

O recorrente alegou que deveria ter excluído os produtos CASTANHA YOKI CAJU 100G e MASSA P/PIZZA F15. Quanto a estes produtos observo que:

- CASTANHA YOKI CAJU 100G - conforme apreciado na decisão recorrida (fl. 154) o item 11.0 indica como enquadrado na ST o produto com NCM 2008.1 *“Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1kg”*. Portanto, produto enquadrado na ST. Fica mantido.
- ESPETINHO NUTRIAL LINGUIÇA com NCM 1602 e ESPETINHO NUTRIL MISTO com NCM 0207, constato que nos itens 11.31.1 e 11.31.2, do Anexo 1 do RICMS/BA de 2016 constam as NCMs 0203; 0206; 0207; 0209; 0210 relativo a carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves e suínos, mas não consta a NCM 1601 e 1602. Pelo exposto, fica mantida a exigência com relação aos produtos com NCM 0207 e afastado os com as NCM 1601 e 1602.
- MASSA P/PIZZA F15, verifico que conforme fundamentado na decisão recorrida (fl.154) este produto é enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO I do RICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.16 – NCM 1902.1 – *“Massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo”*. Fica mantido.
- AQUARELA MOLIN ESTOJO NCM 3213 - PRODUTOS DE PAPELARIA enquadrado no item 12.1 do Anexo 1. Fica mantido.
- MISTURA PARA BOLO SARANDI. No recurso interposto (fl. 180/v) o recorrente indicou a NCM 1101. O autuante juntou cópia da Nota Fiscal nº 44.937 de entrada (fl. 195) na qual consta a NCM 1901.

No demonstrativo elaborado pela fiscalização identifiquei operações a partir de 2018, a exemplo da Nota Fiscal-e nº 1.425.322 de 20/02/2018. Neste período os itens 11.14.2 e 11.14.3, do Anexo 1 do RICMS indicam: *“11.14.2 1901 Mistura de farinha de trigo com, no mínimo, 80% de farinha de trigo na sua composição final”*; *“11.14.3 1901.2 1901.90.9 Misturas e preparações para bolo com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior a 5 Kg”*. Portanto produtos enquadrados na ST que ficam mantidos.

Quanto aos produtos SACO P/1 BAGUETE 13 X 80; SACO PAP KRAFT PARDO; SACO PLÁSTICO CHOCOTONE e SACO PÃO GRANDE 55 x 30 C/100 trata se de produtos utilizados na embalagem de

pães que tem a tributação encerrada (art. 373, § 2º do RICMS/BA) e vedado a utilização do crédito fiscal, nos termos do art. 29, § 4º, II da Lei nº 7.014/1996. Fica mantida a exigência.

Pelo exposto, tomo como base o demonstrativo refeito pela fiscalização, mantendo o afastamento de valores que decaíram acolhidos conforme fundamentado na decisão recorrida, reduzindo o débito de R\$ 39.558,16 para R\$ 22.905,98 conforme resumo abaixo.

MÊS	Julgado 4ª JJF	Julgado 2ª CJF	Julgado 4ª JJF	Julgado 2ª CJF	Julgado 4ª JJF	Julgado 2ª CJF
	ANO 2016	ANO 2016	ANO 2017	ANO 2017	ANO 2018	ANO 2018
JANEIRO	0	Decadência	788,12	846,2	900,45	780,56
FEVEREIRO	0	Decadência	543,49	498,88	749,46	721,40
MARÇO	0	Decadência	2.101,44	2.101,44	189,93	189,93
ABRIL	0	Decadência	157,98	157,98	395,48	198,00
MAIO	1.821,44	1.801,88	53,55	53,55	140,81	140,81
JUNHO	399,59	399,59	529,07	255,98	872,1	830,01
JULHO	483,1	461,46	1.063,82	1.022,92	259,04	259,04
AGOSTO	1.316,05	1.240,36	172,95	127,27	552,35	504,77
SETEMBRO	637,8	637,8	133,62	133,62	1.125,35	1.059,82
OUTUBRO	2.261,98	2.261,98	592,89	572,42	396,14	364,42
NOVEMBRO	906,77	873,01	1.184,60	1.139,85	945,86	945,86
DEZEMBRO	463,56	463,56	587,23	587,23	1.301,38	1.274,38
SUBTOTAL	8.290,29	8.139,64	7.908,76	7497,342	7.828,35	7.269,00
TOTAL DA INFRAÇÃO 01 - 001.002.006						22.905,98

No tocante a INFRAÇÃO 2, o recorrente alegou que os produtos “AMENDOIM CRU COM CASCA KG, BOBINA PLAST PICOT LISA e SACO PLAST PANETONE” são tributados pelo regime normal e assegurado o direito ao crédito do ICMS.

Conforme disposto no art. 265, I, “a” do RICMS/BA, **são** isentas do ICMS “*as saídas internas e interestaduais: desde que não destinadas à industrialização*”, de produtos hortifrutícolas relacionados no Convênio ICM 44/75, exceto alho, amêndoas, avelãs, castanha da europa e nozes (Convênio ICM 07/80). Portanto, são isentas as operações com AMENDOIM CRU COM CASCA.

Quanto ao produto BOBINA PLAST PICOT LISA trata se de produto utilizado na embalagem de produtos do setor de hortifrutigranjeiros que também são isentos.

No que se refere ao SACO PLAST PANETONE trata se de produto utilizado no regime de substituição tributária que tem a tributação encerrada (art. 373, § 2º do RICMS/BA).

Consequentemente, é vedado a utilização do crédito fiscal, relativo a mercadoria entrada no estabelecimento, quando a operação de que decorrer a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto, nos termos do art. 29, § 4º, II da Lei nº 7.014/1996. Fica mantida a exigência.

No tocante a INFRAÇÃO 4, o recorrente alega que as mercadorias “ALECRIM TROP 20G” é isenta e o “CANO CHUVEIRO LORE UN” tributada na substituição tributária, “*fato que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal*”.

Observo que embora no recurso (fl. 181-A) tenha sido alegado direito ao crédito, à infração acusa comercialização de mercadorias tributáveis como não tributáveis.

- ALECRIM TROP 20G UM - Conforme apreciado na decisão ora recorrida, o produto é um produto desidratado e embalado (industrializado) que é tributado pelo ICMS.
- CANO CHUVEIRO LORE UM – *Observo que no demonstrativo de fl. 41 o autuado indicou que o produto possui a NCM 8516*, indicando enquadramento no item 8.6, do Anexo 1 do RICMS/BA. Constatou que o item 8.60 indica a NCM 7324 “*Artefatos de higiene ou de toucador, e suas partes, de ferro fundido, ferro ou aço, incluídas as pias, banheiras, lavatórios, cubas, mictórios, tanques e afins de ferro fundido, ferro ou aço, para uso na construção*”. Logo, o produto em questão (LORENZETTI) é de plástico e não de ferro ou aço, que é tributado normalmente.

Fica mantida a decisão pela procedência em parte da infração 4.

Quanto a INFRAÇÃO 5, o recorrente alegou que apesar de ter acatado a decadência, remanescem mercadorias não incluídas no Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016, não podendo ser exigido o adicional.

Constatou que diante das alegações defensivas o autuante (fl. 88) reconheceu que os produtos: COND DOVE ADVANC 200ML VITAL REJUV; DESOD BI-O AERO FEM 150ML CLARIF AFIN; DESOD HARPIC CLIC GEL 5G. LAV; KIT SH/COND CLINI HAIR 250ML PRO RESP e SHAMPOO ELSEVE RT5 EXTRA PROFUNDO 400ML - não constam na Instrução Normativa nº 05/2016, e promoveu a exclusão das planilhas de débito o que implicou na redução do débito de R\$ 34.913,39 para R\$ 22.901,56. No julgamento a 4ª JJF excluiu os valores que operou a decadência totalizando R\$ 8.552,47, remanescendo valor devido de R\$ 14.348,99.

Como os produtos acima foram indicados na defesa (fl. 42) e não foi indicado qualquer produto, implica em simples negativa do cometimento da infração o que não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/BA).

Fica mantida a decisão pela procedência em parte da infração 5.

No tocante a INFRAÇÃO 6, conforme apreciado inicialmente, acato o argumento da decadência o que implica na redução do débito de R\$ 1.389,52 para R\$ 857,67 conforme demonstrativo abaixo. Modificada a decisão. Infração procedente em parte.

Mês/Ano	Julgado 4ª JJF	Julgado 2ª CJF
mar/16	531,85	Decadência
nov/16	66,6	66,6
abr/17	90,42	90,42
mai/17	528,80	528,80
dez/17	171,85	171,85
Total	1.389,52	857,67

No tocante as INFRAÇÕES 8 e 9, o recorrente reapresentou o argumento de que parte dos valores exigidos já foram alcançados pela decadência, o que foi apreciado inicialmente e não acolhido.

No mérito, alegou que a “escrituração foi comprovadamente arrolada na defesa” e solicitou diligência fiscal para análise dos livros de Entrada e Saída. Apreciando as colocações da defesa, inicialmente nego provimento ao pedido de diligência requerida, com base no art. 147, I, “a” do RPAF/BA tendo em vista meu convencimento sobre a presente lide.

Constatou que diante das planilhas juntadas com a defesa, com relação a infração 8, foi acolhido o argumento relacionado às Notas Fiscais de nºs 18.196 e 15.935, que implicou na redução do débito de R\$ 1.440,45 para R\$ 1.438,73.

Da mesma foram, na infração 9, foi comprovado a escrituração das Notas Fiscais nºs 120.945 e 587.034, o que implicou na redução do débito de R\$ 4.392,82 para R\$ 4.377,03.

Pelo exposto, não tendo apresentado qualquer prova ou fato novo, fica mantida a decisão pela procedência em parte das infrações 8 e 9.

INF	RESULTADO	VL AUTUADO	VL JULG. 4ª JJF	VL JULG. 2ª CJF	MULTA
1	PROCEDENTE EM PARTE	39.558,16	24.085,48	22.905,98	60%
2	PROCEDENTE EM PARTE	8.580,48	7.524,63	7.524,63	60%
3	PROCEDENTE EM PARTE	17.258,50	13.820,28	13.820,28	60%
4	PROCEDENTE EM PARTE	46.741,59	32.476,92	32.476,92	60%
5	PROCEDENTE EM PARTE	34.913,39	14.348,99	14.348,99	60%
6	PROCEDENTE EM PARTE	1.389,52	1.389,52	857,67	60%
7	PROCEDENTE	479,52	479,52	479,52	60%
8	PROCEDENTE EM PARTE	1.440,45	1.438,74	1.438,74	---
9	PROCEDENTE EM PARTE	4.392,82	4.377,03	4.377,03	---
10	PROCEDENTE	2.913,95	2.913,95	2.913,95	---
TOTAL		157.668,38	102.855,06	101.143,71	

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, com redução do débito das infrações 1 e 6.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298958.0002/21-7, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 92.143,99** acrescido da multa de 60%, prevista pelo Art. 42, incisos VII, “a”, II, alíneas “a” e “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigação de natureza acessória no total de **R\$ 8.729,72**, com previsão no inciso IX do citado diploma legal e com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de fevereiro de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS