

A. I. N° - 298958.0003/24-8
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S/A
AUTUANTE - JOSMAN FERREIRA CASAES
ORIGEM - DAT NORTE / IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 04/06/2025

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0090-03/25-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado, pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária; **b)** MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. É indevida a utilização de crédito fiscal decorrente de operações de saída isentas, imunes ou não sujeitas à incidência do ICMS; **c)** MERCADORIAS OBJETO DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL, CRÉDITO FISCAL UTILIZADO A MAIS. Só é permitida a utilização do crédito na proporção das saídas tributadas. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Ficou comprovado que o defendente não destacou o ICMS relativo às operações tributáveis. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Constatado que houve aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO; **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas em decorrência de operação interestadual, com mercadoria, bem ou serviço destinados ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS, BENS OU SERVIÇO TOMADO SUJEITOS A TRIBUTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1%, calculada sobre o valor dos documentos fiscais sem o devido registro na escrita fiscal. Os cálculos foram refeitos, mediante revisão efetuada pelo Autuante, ficando reduzidos os valores originalmente apurados em todas as infrações. Os débitos relativos aos meses de janeiro a junho de 2019, foram excluídos em razão da decadência. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 21/06/2024, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$ 122.486,67 de ICMS, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 001.002.006: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de julho de 2019 a dezembro de 2020. Valor do débito: R\$ 3.154,12. Multa de 60%.

Infração 02 – 001.002.026: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, no período de junho de 2019 a dezembro de 2020. Valor do débito: R\$ 5.754,14. Multa de 60%.

Infração 03 – 001.002.074: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação, nos meses de junho a novembro de 2019; janeiro, fevereiro e novembro de 2020. Valor do débito: R\$ 15.151,66. Multa de 60%.

Infração 04 – 002.001.003: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de junho de 2019 a dezembro de 2020. Valor do débito: R\$ 52.487,82. Multa de 60%.

Infração 05 – 003.002.002: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de junho de 2019 a dezembro de 2020. Valor do débito: R\$ 16.825,38. Multa de 60%.

Infração 06 – 006.001.001: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de abril e dezembro de 2020. Valor do débito: R\$ 6.299,67. Multa de 60%.

Infração 07 – 006.002.001: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de junho de 2019 a dezembro de 2020. Valor do débito: R\$ 15.852,14. Multa de 60%.

Infração 08 – 016.001.006: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de junho de 2019 a dezembro de 2020. Multa de 1% sobre o valor dos documentos fiscais, totalizando R\$ 6.961,74.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 23 a 39 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa, faz uma síntese da autuação, discorda integralmente da exigência fiscal ora combatida e passa a tecer suas razões de defesa sobre cada infração.

Pede que seja reconhecida a decadência do direito de constituição dos créditos tributários anteriores a 02/07/2019, extinção das infrações nºs 02, 03, 04, 05, 07 e 08.

Diz que foi cientificado da lavratura do auto de infração em 02/07/2024, ou seja, há mais de 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador das operações ocorridas até a data imediatamente anterior.

Comenta que o artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional “CTN”, estabelece o prazo decadencial de cinco anos para que o fisco efetue a homologação do lançamento, sendo que, se não o fizer, considerar-se-á homologada tacitamente a norma individual e concreta expedida pelo particular, extinguindo-se, portanto, o crédito tributário.

Afirma que estas considerações são importantes na medida em que, no caso em exame, se está diante de tributo sujeito ao chamado “lançamento por homologação”, em que o particular produz uma norma individual e concreta que deverá conter todos os elementos determinantes da obrigação tributária, a fim de tornar possível a cobrança da exação.

Cita ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho, e diz que a legitimidade outorgada ao contribuinte não retira, em nenhum momento, a competência originária do Poder Público, garantida pelo artigo 142 do CTN para fazer incidir a norma geral e concreta e constituir o seu crédito tributário. Desde a ocorrência do fato gerador, o agente público tem competência para constituir seu respectivo crédito tributário e estabelecer os termos da exigibilidade da exação.

Menciona que no presente caso, como visto, a teor do disposto no artigo 150, § 4º do CTN, na data em que o Fisco constituiu o crédito tributário, já não mais lhe assistia este direito, tendo em vista ter-se consubstanciado a decadência do direito do Fisco de constituição do crédito tributário. Transcreve o referido dispositivo legal.

Diz que eventual interpretação diversa, apta a admitir que fosse efetuado lançamento de ofício depois de já ter o Fisco homologado tacitamente a norma individual e concreta expedida pelo particular e declarado extinto o crédito tributário, provocaria consequências de total insegurança jurídica. Sobre o tema, cita ensinamentos de Hugo de Brito Machado.

Destaca, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça pacificou seu entendimento quanto à contagem do prazo decadencial de cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador, na forma do artigo 150, § 4º, do CTN, no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando o contribuinte recolher parcialmente o imposto a ser homologado (fato este pacífico e incontestado, eis que já comprovado no decorrer do processo de fiscalização, no qual o próprio agente fiscal reconhece a existência inclusive de pagamentos a maior que o devido). Cita alguns dos julgamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça a esse respeito.

Ressalta que os Ministros do Superior Tribunal de Justiça consignaram, no Recurso Especial nº 973.733/SC, recurso representativo de controvérsia julgado na forma do artigo 543-C, CPC/1975 (correspondente ao artigo 1.036 do CPC/2015) e que originou a Súmula 555/STJ, que o prazo decadencial fixado pelo artigo 173 do CTN somente se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação quando não houver recolhimento antecipado do tributo. Reproduz o teor da Súmula 555.

Conclui que não resta qualquer dúvida que o prazo decadencial a ser aplicado no presente caso é o do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

Dessa forma, considerando que foi intimado do Auto de Infração em 02/07/2024, diz que é forçoso reconhecer a ocorrência da extinção do crédito tributário relativo ao ICMS incidente sobre as operações realizadas até 02/07/2019, já que ultrapassado o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no artigo 150, § 4º, CTN, impondo-se, assim, a decretação de nulidade do lançamento fiscal nessa extensão, com relação às infrações nºs 02, 03, 04, 05, 07 e 08.

Feitas essas considerações preliminares, passa a tecer suas alegações de mérito sobre cada infração

Quanto à Infração 01, alega que a Fiscalização não se atentou ao fato de que a mercadoria “*ESPETINHO JUNDIAI LINGUICA MISTA 480G*” é tributada no regime normal do ICMS, estando fora da substituição tributária, o que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal.

Diz que a análise realizada, confirma a tributação normal da mercadoria mencionada na infração 01, encontra-se na planilha “Infração 01 Crédito Indev ST – Defesa”, gravada no arquivo que acompanha a impugnação (Doc. 03).

Sendo assim, a medida que se impõe é a reforma da infração 01, determinando-se a exclusão da mercadoria “*ESPETINHO JUNDIAI LINGUICA MISTA 480G*” do levantamento que embasou a exigência fiscal.

INFRAÇÃO 02: Alega que ao apurar o valor da exigência consubstanciada na presente Infração, foram incluídos na autuação períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto, conforme exposto no item III.a. da impugnação.

Diz que o período extinto compreende as operações realizadas até 30 de junho de 2019 e está devidamente indicado na planilha “Infração 02 Defesa”, que segue anexa à impugnação (Doc. 03).

Sendo assim, entende que a infração deve ser revista para que sejam excluídos os períodos atingidos pela decadência.

INFRAÇÃO 03: Alega que ao apurar o valor da exigência consubstanciada na Infração, foram

incluídos na autuação períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto, conforme exposto no item III. a. da impugnação.

Além da decadência, diz que o montante relativo à antecipação fora devidamente recolhido e no momento do adimplemento mensal aquele fora abatido do valor total devido, não havendo que se falar em crédito indevido, conforme se extrai do quadro de recolhimento de antecipação.

Infração 04 – 002.001.003: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de junho de 2019 a dezembro de 2020.

INFRAÇÃO 04: Alega que ao apurar o valor da exigência consubstanciada na Infração, foram incluídos na autuação períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto, conforme exposto no item III. a. da presente impugnação.

Afirma que além da decadência, na acusação de falta de recolhimento do imposto foram incluídas mercadorias tributadas na substituição tributária, o que torna indevido o lançamento ora em análise.

Indica as mercadorias e NCMs tributadas no regime da substituição tributária e que estão incluídas no levantamento da acusação fiscal em tela.

Para melhor elucidação quanto a inclusão indevida das mercadorias, pede vênua para colacionar fotos dos produtos objeto do lançamento ora combatido.

Diz que a relação completa das mercadorias tributadas no regime da substituição tributária e que foram incluídas na infração está na planilha “Infração 04 Defesa”, que segue anexa à impugnação (Doc. 03).

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

Afirma que se impõe a reforma da infração 04, determinando-se a exclusão dos períodos decaídos e das mercadorias tributadas do levantamento que embasou a exigência.

Infração 05 – 003.002.002: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de junho de 2019 a dezembro de 2020.

O Defendente alega que ao apurar o valor da exigência consubstanciada na presente Infração, foram incluídos na autuação períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto, conforme exposto no item III. a. da impugnação.

Diz que o período extinto compreende as operações realizadas até 30 de junho de 2019 e está devidamente indicado na planilha “Infração 03 Defesa”, que segue anexa à presente impugnação (Doc. 03).

Conclui que a infração deve ser revista para que sejam excluídos os períodos atingidos pela decadência.

Infração 06 – 006.001.001: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de abril e dezembro de 2020.

O Defendente afirma que a Fiscalização não se atentou ao fato de que o DIFAL relativo à operação de aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento correspondente aos meses de abril e dezembro de 2020, foi devidamente recolhido pela Contribuinte. Juntou o Registro de Apuração do ICMS dos respectivos períodos.

Diz que a cópia integral do livro de Registro de Apuração do ICMS dos períodos que foram

incluídos na infração está na pasta “Infração 06 Defesa”, no CD que segue anexo à impugnação (Doc. 03).

Diante da comprovação do recolhimento, afirma ser necessária a revisão e a consequente exclusão da cobrança perpetrada na exigência fiscal.

Infração 07 – 006.002.001: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de junho de 2019 a dezembro de 2020.

O Autuado alega que ao apurar o valor da exigência consubstanciada na presente Infração, foram incluídos na autuação períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto, conforme exposto no item III. a. da presente impugnação.

Registra que além da decadência, a Fiscalização não se atentou ao fato de que o DIFAL relativo à operação de aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do próprio estabelecimento correspondente aos períodos de 2019 e 2020, foram devidamente recolhidos.

Informa que a cópia integral do livro de Registro de Apuração do ICMS dos períodos que foram incluídos na infração está na pasta “Infração 07 Defesa”, no CD que segue anexo à impugnação (Doc. 03).

Diante da comprovação do recolhimento, necessária a revisão e a consequente exclusão da cobrança perpetrada na exigência fiscal.

Infração 08 – 016.001.006: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de junho de 2019 a dezembro de 2020. Multa de 1% sobre o valor dos documentos fiscais, totalizando R\$ 6.961,74.

O Defendente alega que o apurar o valor da exigência consubstanciada na presente Infração, foram incluídos na autuação períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto, conforme exposto no item III. a. da presente impugnação.

Além da decadência, constatou que houve a escrituração de algumas notas fiscais nos exercícios de 2019 e 2020, as quais devem ser excluídas da apuração do valor da infração. Informa às fls. 37/38 do PAF os documentos que devem ser excluídos.

Diante da comprovação do equívoco cometido no levantamento da infração em tela, afirma que é necessária a revisão e a consequente exclusão dos períodos atingidos pela decadência e dos documentos fiscais escriturados.

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

Afirma que a análise pormenorizada das planilhas acostadas à defesa é imprescindível para o esclarecimento de que as operações obedeceram ao disposto na legislação de regência, não havendo justificativa para a imposição fiscal levada a efeito nesse auto de infração.

Diante do que foi exposto e certo da necessidade e do deferimento da diligência fiscal ora requerida, informa que apresentará seus quesitos na ocasião da elaboração da revisão do trabalho fiscal.

Requer a realização de Diligência Fiscal, através de Auditor Fiscal integrante da ASTEC do CONSEF, com exame dos documentos que acompanham a presente defesa e dos documentos que serão disponibilizados na fase da diligência, com apresentação de quesitos em momento oportuno.

Após a diligência, seja dado integral provimento à presente impugnação, julgando-se improcedente o auto de infração ora combatido, com o consequente cancelamento da exigência fiscal nele perpetrada.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 64 a 75 dos autos. Com relação às infrações, passa a contra-arrazoar ponto a ponto as alegações da defesa, senão vejamos:

INFRAÇÃO 01: Entende que o produto mencionado está sim, enquadrado no regime da substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.31 – NCM 0201, 0202, 0204 e 0206 – Carne de gado bovino, ovino, e bufalino e produtos comestíveis resultantes da matança desse gado frescos, resfriados ou congelados, bem como o item – 11.35.0 - NCM 0207, 0209, 0210.99 e 1501 – Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves.

Traz como exemplo, entradas e saídas, extraídas da EFD do Autuado, que comprova o tratamento tributário que dá ao produto mencionado acima. CFOP 5411 – Devolução de compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária e 1409 – Transferência para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária.

Reconhece como procedente em parte as alegações defensivas, quanto ao período decadencial, e informa o refazimento das planilhas de débito, e que anexa a este PAF novas planilhas para esta Infração, remanescendo um crédito tributário no total de **R\$ 3.104,95**.

INFRAÇÃO 02: Reconhece como procedente em parte as alegações defensivas, e informa o refazimento das planilhas de débito, e que anexa a este PAF novas planilhas para esta Infração, remanescendo um crédito tributário no total de **R\$ 5.551,97**.

INFRAÇÃO 03: Informa que após consulta ao Portal de Sistema da SEFAZ – PSS, não constatou denúncia espontânea referente ao período auditado, nem ao código de receita autuado. Com referência aos meses de outubro e novembro de 2019 e aos meses de fevereiro e novembro de 2020, verificou, através do PSS o recolhimento dos valores R\$ 2,22; R\$ 36,67, R\$ 8,55 e R\$ 42,59, valores estes excluídos das planilhas de débito.

Quanto ao valor de R\$ 96,15, o mesmo foi recolhido com o código de receita 2036 – ICMS ADIC FUNDO POBREZA – CONTRIB INSCRIT, e NÃO ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL.

Reconhece como procedente em parte as alegações defensivas, e informa o refazimento das planilhas, e que anexa a este PAF novas planilhas para esta Infração, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 11.320,26.

INFRAÇÃO 04: Reconhece como procedente em parte as alegações defensivas, informa ainda o refazimento das planilhas levando em consideração tais produtos, e que anexa a este PAF novas planilhas para esta Infração, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 30.958,77.

INFRAÇÃO 05: Reconhece como procedente em parte as alegações defensivas, informa ainda o refazimento das planilhas levando em consideração tais produtos, e que anexa a este PAF novas planilhas para esta Infração, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 15.457,12.

INFRAÇÃO 06: Reconhece como procedente em parte as alegações defensivas, informa ainda o refazimento das planilhas levando em consideração tais produtos, e que anexa a este PAF novas planilhas para esta Infração, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 2.036,47.

INFRAÇÃO 07: Reconhece como procedente em parte as alegações defensivas, informa ainda o refazimento das planilhas levando em consideração tais produtos, e que anexa a este PAF novas planilhas para esta Infração, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 1.632,85.

INFRAÇÃO 08: Reconhecemos como procedente em parte as alegações defensivas, informa ainda o refazimento das planilhas levando em consideração tais produtos, e que anexa a este PAF novas planilhas para esta Infração. Diz que remanesce para esta Infração o montante de R\$ 4.051,25.

Diante do acatamento parcial das alegações defensivas e efetuados os expurgos pertinentes constantes no PAF ora em lide, referentes as Infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07 e 08, correspondentes ao refazimento dos Demonstrativos de Débito para as mesmas, diz que o imposto em favor da

Fazenda Pública Estadual ficou reduzido para R\$ 74.113,64 (Setenta e quatro mil cento e treze reais e sessenta e quatro centavos) acrescidos dos consectários legais pertinentes.

O Defendente apresenta manifestação às fls. 81 a 83 do PAF. Com o objetivo de facilitar a análise da matéria em exame no presente lançamento, informa que passa a tecer sua manifestação de forma segregada, abordando cada infração, o que faz nos seguintes termos.

INFRAÇÕES 01 e 02: Concorde com a conclusão da informação fiscal para essas infrações.

INFRAÇÃO 03: Em que pese a Fiscalização ter acatado parte das alegações de defesa, afirma que se faz necessário elaborar de novo levantamento fiscal para verificar que o montante relativo à antecipação fora devidamente recolhido e no momento do adimplemento mensal aquele fora abatido do valor total devido, não havendo que se falar em crédito indevido.

Também alega que os fatos geradores que já estavam sujeitos à decadência não foram excluídos, uma vez que a intimação do auto de infração ocorreu mais de 5 anos após a realização de parte das operações que integram o lançamento questionado.

Dessa forma, reitera a necessidade de realizar um novo levantamento fiscal, com o objetivo de excluir os períodos abrangidos pela decadência, e mantendo, contudo, o crédito regularmente utilizado.

INFRAÇÕES 04, 05, 06 e 07: Concorde com a conclusão da informação fiscal para essas infrações.

INFRAÇÃO 08: Em que pese a Fiscalização ter acatado parte das alegações de defesa, alega que se faz necessário elaborar novo levantamento fiscal para exclusão das mercadorias remanescentes que foram efetivamente escrituradas no livro Registro de Entrada – LRE relativo aos exercícios de 2019 e 2020.

Também alega que deve ser elaborado novo levantamento fiscal para exclusão dos fatos geradores atingidos pela decadência, uma vez que a intimação do auto de infração ocorreu após o decurso do prazo de cinco da ocorrência das operações.

Dessa forma, reitera a necessidade de realizar um novo levantamento fiscal, com o objetivo de excluir os períodos abrangidos pela decadência e dos documentos fiscais escriturados.

Nos termos do artigo 137, inciso I, 'a', do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) e conforme demonstrado linhas acima, entende que a realização de diligência fiscal se faz extremamente necessária para demonstração da improcedência do auto de infração.

Diz que a análise pormenorizada das planilhas acostadas à defesa é imprescindível para o esclarecimento de que as operações obedeceram ao disposto na legislação de regência, não havendo justificativa para a imposição fiscal remanescente a efeito nesse auto de infração.

Diante do que foi exposto e certo da necessidade e do deferimento da diligência fiscal ora requerida, informa que apresentará seus quesitos na ocasião da elaboração da revisão do trabalho fiscal, na oportunidade de remessa dos presentes autos ao órgão de assessoria deste Conselho - ASTEC.

Reitera suas razões de defesa com relação ao *quantum* não acatado na informação fiscal e pugna pela improcedência da autuação. Sucessivamente, requer a realização de Diligência Fiscal, através de Auditor Fiscal integrante da ASTEC do CONSEF, com exame das planilhas constantes do arquivo anexado à impugnação, dos documentos adicionais bem como dos quesitos que serão disponibilizados na fase da diligência.

Segunda Informação Fiscal às fls. 90 a 98 dos autos. Diz que a lavratura do presente Auto de Infração decorreu da identificação de irregularidades fiscais verificadas nos exercícios de 2019 e 2020.

Transcreve os itens do Auto de Infração, faz uma síntese das alegações defensivas e passa a se manifestar sobre os referidos argumentos do Autuado.

Quanto às Infrações 01 e 02 diz que o Defendente, em sua manifestação, concorda com a conclusão da Informação Fiscal anteriormente prestada. Assim, sendo, remanesce o valor total de R\$ 3.104,95 para a Infração 01 e R\$ 5.551,97 para a Infração 02.

Sobre a Infração 03, reproduz a alegação defensiva de que se faz necessário elaborar novo levantamento fiscal para verificar que o montante relativo à antecipação fora devidamente recolhido e o montante do adimplemento mensal fora abatido do total devido.

Também destaca a alegação do autuado de que os fatos geradores que já estavam sujeitos à decadência não foram excluídos.

Informa que o Autuado, em sua nova manifestação, não apresenta qualquer comprovação do não cometimento da infração, apenas alegação que não tem o poder de ilidir, como pode ser comprovado na sua peça impugnatória às fls. 81 a 84. Portanto, mantém a informação prestada às fls. 64 a 76, quando foi reconhecido como procedente em parte as alegações defensivas e informa que o refazimento das planilhas e que anexa a este PAF novas planilhas para esta Infração, remanescendo um crédito tributário no valor total de R\$ 11.320,26.

Quanto às Infrações 04, 05, 06 e 07, diz que o Defendente concorda com a conclusão da Informação Fiscal. Assim, remanescem os valores de R\$ 30.958,77 para a Infração 04; Infração 05, R\$ 15.457,12; Infração 06, R\$ 2.036,47 e Infração 07, R\$ 1.632,85

Em relação à Infração 08, diz que o Defendente não apresentou qualquer comprovação do não cometimento de infração, apresentando apenas, alegações que não têm o poder de ilidir a exigência fiscal. Mantém a informação fiscal prestada às fls. 64 a 76, quando foi reconhecido com procedente em parte as alegações defensivas e informa o refazimento da planilha que acostou ao PAF, remanescendo um crédito tributário total de R\$ 4.051,25.

Diante do acatamento parcial das alegações defensivas, informa que efetuou os expurgos pertinentes, referentes às Infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07 e 08. O Débito de ICMS totaliza o valor de R\$ 74.113,64.

VOTO

O presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal. Assim, constato que se encontram os requisitos essenciais na lavratura do auto de infração nos termos do art. 39 do RPAF-BA/99, estão definidos o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. O PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O Defendente requereu a realização de Diligência Fiscal, através de Auditor Fiscal integrante da ASTEC do CONSEF, com exame dos documentos que acompanham a defesa e dos documentos que serão disponibilizados na fase da diligência, com apresentação de quesitos em momento oportuno.

Quanto ao entendimento de que há necessidade da realização de diligência fiscal, observo que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência, em vista das provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto ao levantamento fiscal.

Vale destacar que o Autuante refez o levantamento fiscal quando prestou as Informações Fiscais, e considerando as provas produzidas e já coligidas nos autos mediante as intervenções levadas a efeito pelo Autuante, diante dos novos demonstrativos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto aos novos valores apurados, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação, com base no art. 147, inciso I, “a”, do RPAF/99.

O Autuado alegou que deve ser reconhecida a decadência do direito de constituição dos créditos tributários anteriores a 02/07/2019, extinção das infrações nºs 02, 03, 04, 05, 07 e 08, mencionando que foi cientificado da lavratura do auto de infração em 02/07/2024,

Considerando que foi intimado do Auto de Infração em 02/07/2024, disse que é forçoso reconhecer a ocorrência da extinção do crédito tributário relativo ao ICMS incidente sobre as operações realizadas até a referida data, já que ultrapassado o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no artigo 150, § 4º, CTN, impondo-se, assim, a decretação de nulidade do lançamento fiscal nessa extensão, com relação as infrações nºs 02, 03, 04, 05, 07 e 08.

A decadência, prevista no artigo 173 do Código Tributário Nacional - CTN, representa a perda do direito de a Fazenda Pública constituir, através do lançamento, o crédito tributário, em razão do decurso do prazo de 5 anos.

Conforme estabelece o art. 150 do CTN, *“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”*.

O § 4º estabelece que, *“se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (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”*. Neste caso, a contagem do prazo de decadência é a partir do fato gerador do tributo.

Por outro lado, de acordo com o art. 173, I do CTN, *“o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”*.

O entendimento firmado neste CONSEF, e em conformidade com a PGE - Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0, é no sentido de que o lançamento por homologação seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, o referido dispositivo aplica-se aos casos em que haja algum lançamento/pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte.

A partir dessa análise, pode-se apurar a existência de débito declarado e não pago e tributo não declarado e não recolhido (situação de total omissão, nada havendo a homologar), ou ainda, casos em que, mesmo havendo algum pagamento, o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação, chegando-se à conclusão de que em relação ao débito tributário declarado e pago, há homologação tácita do lançamento (pagamento) após o transcurso de 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador, aplicando-se o § 4º, do art. 150, do CTN. 07 e 08.

No presente Auto de Infração foi constatado que em relação às infrações nºs 02, 03, 04 e 05 o Autuado efetuou os lançamentos em sua escrita fiscal e o Fisco deveria efetuar verificação da regularidade da escrituração fiscal declarada pelo contribuinte, respeitado o prazo decadencial.

Vale ressaltar, que conforme Súmula nº 12 deste CONSEF, *“Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração”*.

No presente processo constam os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2019 e o Auto de Infração foi lavrado em 21/06/2024, tendo como data de ciência 03/07/2024 (Mensagem DT-e à fl. 20). Neste caso, os fatos geradores ocorridos entre janeiro e junho de 2019 (infrações nºs 02, 03, 04 e 05) foram atingidos pela decadência, de forma que os créditos tributários lançados nestes meses ficam extintos, consoante a regra do art. 156, inciso V do CTN.

Portanto, considerando a aplicação do § 4º, do art. 150, do CTN, operou-se a decadência em relação ao débito relativo aos meses de janeiro a junho de 2019, ficando reduzido o débito originalmente lançado em razão da decadência.

Nas Infrações 07 (diferença de alíquota) e 08 (entradas não registradas), não há qualquer pagamento a ser homologado e não houve lançamento das notas fiscais na Escrituração do Autuado, aplicando-se a regra do art. 173 do CTN, por isso, não foram alcançados pela Decadência.

Quanto ao mérito, a Infração 01 trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de julho de 2019 a dezembro de 2020.

O Defendente alegou que a Fiscalização não se atentou ao fato de que a mercadoria “*ESPETINHO JUNDIAI LINGUICA MISTA 480G*” é tributada no regime normal do ICMS, estando fora da substituição tributária, o que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal.

O Autuante apresentou o entendimento de que o produto mencionado está sim, enquadrado no regime da substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.31 – NCM 0201, 0202, 0204 e 0206 – Carne de gado bovino, ovino, e bufalino e produtos comestíveis resultantes da matança desse gado frescos, resfriados ou congelados, bem como o item – 11.35.0 - NCM 0207, 0209, 0210.99 e 1501 – Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves.

Reconheceu como procedente em parte as alegações defensivas, quanto ao período decadencial, e informou o refazimento das planilhas de débito, que anexou a este PAF, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 3.104,95.

Sobre a Infração 02 o Defendente alegou que deve ser revista para que sejam excluídos os períodos atingidos pela decadência.

O Autuante reconheceu como procedente em parte as alegações defensivas, e informou o refazimento das planilhas de débito, que anexa a este, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 5.551,97.

Na manifestação apresentada, o Defendente concordou com a conclusão da informação fiscal para essas infrações (01 e 02). Dessa forma, as informações do Autuante são convergentes com as alegações defensivas ficando cessada a lide, concluindo-se pela subsistência parcial dos referidos itens da autuação fiscal. Infrações 01 e 02 parcialmente subsistentes.

Infração 03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação, nos meses de junho a novembro de 2019; janeiro, fevereiro e novembro de 2020.

O Defendente alegou que além da decadência, o montante relativo à antecipação fora devidamente recolhido e no momento do adimplemento mensal aquele fora abatido do valor total devido, não havendo que se falar em crédito indevido, conforme se extrai do quadro de recolhimento de antecipação que elaborou.

O Autuante informou que após consulta ao Portal de Sistema da SEFAZ – PSS, não constatou denúncia espontânea referente ao período auditado, nem ao código de receita autuado. Com referência aos meses de outubro e novembro de 2019 e aos meses de fevereiro e novembro de

2020, verificou, através do PSS o recolhimento dos valores R\$ 2,22; R\$ 36,67, R\$ 8,55 e R\$ 42,59, valores estes excluídos das planilhas de débito.

Quanto ao valor de R\$ 96,15, disse que o mesmo foi recolhido com o código de receita 2036 – ICMS ADIC FUNDO POBREZA – CONTRIB INSCRIT, e NÃO ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL.

Reconheceu como procedente em parte as alegações defensivas, e informou o refazimento das planilhas, que anexa a este PAF, remanescendo um crédito tributário no total de **R\$ 11.320,26**.

Na manifestação acerca da Informação Fiscal, o Defendente afirmou que se faz necessário elaborar de novo levantamento fiscal para verificar que o montante relativo à antecipação fora devidamente recolhido e no momento do adimplemento mensal aquele fora abatido do valor total devido, não havendo que se falar em crédito indevido.

Também alegou que os fatos geradores que já estavam sujeitos à decadência não foram excluídos, uma vez que a intimação do auto de infração ocorreu mais de 5 anos após a realização de parte das operações que integram o lançamento questionado.

Dessa forma, reiterou a necessidade de realizar um novo levantamento fiscal, com o objetivo de excluir os períodos abrangidos pela decadência, e mantendo, contudo, o crédito regularmente utilizado.

Na segunda Informação Fiscal, o Autuante afirmou que o Defendente, em sua nova manifestação, não apresentou qualquer comprovação do não cometimento da infração, apenas alegação que não tem o poder de ilidir, como pode ser comprovado na sua peça impugnatória às fls. 81 a 84. Portanto, manteve a informação prestada às fls. 64 a 76, quando foi reconhecido como procedente em parte as alegações defensivas e informa que o refazimento das planilhas e anexa a este PAF novas planilhas para esta Infração, remanescendo um crédito tributário no valor total de **R\$ 11.320,26**.

De acordo com os demonstrativos do Autuante constante na mídia CD à fl. 76 do PAF, os valores remanescentes foram apurados a partir de julho de 2019 porque foram excluídos os débitos relativos aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e junho de 2019 atingidos pela decadência.

Os valores dos meses remanescentes são os mesmos apurados no levantamento fiscal originalmente efetuado, nesse caso, os demonstrativos analíticos são os mesmos, e apesar de o Defendente não ter acatado os novos demonstrativos elaborados pelo Autuante, não apresentou qualquer argumento novo, e não cabe a este órgão julgador promover a busca de outros elementos, por se tratar de documentos que estão na posse do Contribuinte. Portanto, nos moldes como foi apurada e descrita a infração, concluo pela subsistência parcial deste item do presente lançamento, no valor total de **R\$ 11.320,26**, conforme demonstrativo à fl. 76 do PAF.

Infração 04: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de junho de 2019 a dezembro de 2020.

Foi alegado nas razões de defesa que além da decadência, na acusação de falta de recolhimento do imposto foram incluídas mercadorias tributadas na substituição tributária, o que torna indevido o lançamento ora em análise.

O Defendente indicou as mercadorias (e NCMs) tributadas no regime da substituição tributária e que foram incluídas no levantamento da acusação fiscal em tela.

O Autuante reconheceu como procedente em parte as alegações defensivas, informou o refazimento das planilhas levando em consideração tais produtos, e anexou a este PAF novas planilhas para esta Infração, remanescendo um crédito tributário no total de **R\$ 30.958,77**.

Infração 05: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de junho de 2019 a dezembro de 2020.

O Defendente afirmou que essa infração deve ser revista para que sejam excluídos os períodos

atingidos pela decadência.

Na Informação Fiscal, o Autuante reconheceu como procedente em parte as alegações defensivas, informou o refazimento dos cálculos, e disse que anexou a este PAF novas planilhas para esta Infração, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 15.457,12.

Infração 06: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de abril e dezembro de 2020.

O Defendente alegou que o DIFAL relativo à operação de aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento correspondente aos meses de abril e dezembro de 2020, foi devidamente recolhido.

O Autuante reconheceu como procedente em parte as alegações defensivas, informou o refazimento das planilhas levando em consideração tais produtos, e anexou a este PAF novas planilhas para esta Infração, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 2.036,47.

Infração 07: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de junho de 2019 a dezembro de 2020.

O Defendente afirmou que além da decadência, a Fiscalização não se atentou ao fato de que o DIFAL relativo à operação de aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do próprio estabelecimento correspondente aos períodos de 2019 e 2020, foram devidamente recolhidos.

O Autuante reconheceu como procedente em parte as alegações defensivas, informou o refazimento das planilhas levando em consideração tais produtos, e anexou a este PAF novas planilhas para esta Infração, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 1.632,85.

Observe que na manifestação apresentada após a Informação Fiscal, quanto às INFRAÇÕES 04, 05, 06 e 07 o Defendente afirmou que concorda com a conclusão da informação fiscal para essas infrações.

Constato que as informações prestadas pelo autuante convergem integralmente com as alegações e comprovações apresentadas pela defesa, deixando de haver lide. Neste caso, em razão dos argumentos trazidos pelo defendente, alicerçados nos documentos e escrituração fiscal, tendo sido acolhidos pelo autuante, concluo que subsiste parte da exigência fiscal consubstanciada nas infrações 04, 05, 06 e 07 do presente lançamento.

Infração 08: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de junho de 2019 a dezembro de 2020. Multa de 1% sobre o valor dos documentos fiscais, totalizando R\$ 6.961,74.

Foi alegado pelo Defendente que além da decadência, houve a escrituração de algumas notas fiscais nos exercícios de 2019 e 2020, as quais devem ser excluídas da apuração do valor da infração. Informa às fls. 37/38 do PAF os documentos que devem ser excluídos.

O Autuante reconheceu como procedente em parte as alegações defensivas, informou o refazimento das planilhas e disse que anexou a este PAF novas planilhas para esta Infração. Disseque remanesce para esta Infração o montante de R\$ 4.051,25.

Na Manifestação apresentada, o Defendente alegou que além para exclusão dos fatos geradores atingidos pela decadência, se faz necessário elaborar novo levantamento fiscal para exclusão das mercadorias remanescentes que foram efetivamente escrituradas no livro Registro de Entrada – LRE relativo aos exercícios de 2019 e 2020.

Na segunda Informação Fiscal o Autuante afirmou que o Defendente não juntou aos autos qualquer comprovação do não cometimento de infração, apresentando apenas, alegações que não têm o poder de ilidir a exigência fiscal. Manteve a informação fiscal prestada às fls. 64 a 76,

quando foi reconhecido com procedente em parte as alegações defensivas e informou o refazimento da planilha que acostou ao PAF, remanescendo um crédito tributário total de R\$ 4.051,25.

Observe que o demonstrativo analítico se encontra na mídia CD à fl. 96 do PAF, indicando número da NF, chave de acesso e o CNPJ de cada empresa.

Considerando que o Defendente não apresentou outros elementos para contrapor o novo demonstrativo do Autuante após excluir os valores comprovados, concluo pela subsistência parcial dessa Infração no valor total de R\$ 4.051,25.

Observe que o convencimento do julgador será formado a partir dos fatos, circunstâncias e argumentos constantes no processo, apreciando as provas apresentadas. No presente caso, foi realizada revisão pelo Autuante, apurando os fatos alegados, ficando sob a sua responsabilidade a análise das alegações do contribuinte em confronto com o levantamento fiscal. Neste caso, se as informações prestadas refletem os novos dados constantes no levantamento fiscal, as conclusões devem ser acatadas. Portanto, as infrações apuradas subsistem parcialmente de acordo com a revisão realizada pelo Autuante.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo.

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	3.104,95	
02	PROCEDENTE EM PARTE	5.551,97	
03	PROCEDENTE EM PARTE	11.320,26	
04	PROCEDENTE EM PARTE	30.958,77	
05	PROCEDENTE EM PARTE	15.457,12	
06	PROCEDENTE EM PARTE	2.036,47	
07	PROCEDENTE EM PARTE	1.632,85	
08	PROCEDENTE EM PARTE		4.051,25
TOTAL	-	70.062,39	4.051,25

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0003/24-8**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S/A**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 70.062,39**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a” e “f” e inciso VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 4.051,25**, prevista no art. 42, inciso IX, da mesma Lei e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de maio de 2025

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA