

PROCESSO - A. I. N° 207105.0016/09-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA.
RECORRIDOS - INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JFJ nº 0011- 02/12
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 02/01/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0438-11/12

EMENTA: ICMS. 1. DIFERIMENTO. TERMO FINAL. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O adquirente neste caso é responsável, por substituição, relativamente ao imposto cujo lançamento se encontrava diferido. Inaplicável a apuração pelo Regime de Apuração do Imposto em Função da Receita Bruta, à alíquota de 4%, em razão do não atendimento ao artigo 504, do RICMS/BA. Infração subsistente. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Infração caracterizada em face da constatação de diferenças tanto de entradas omitidas como de saídas através de auditoria de estoques, sendo exigido o imposto com base no valor das entradas não declaradas, baseado na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com Recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Infração não elidida. 3. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção. Os documentos apresentados pelo sujeito passivo afastam a presunção encartada no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96. Infração descaracterizada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO** em face da improcedência da infração 3. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos, neste ensejo, da análise e julgamento dos Recursos de Ofício e Voluntário, interpostos contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JFJ nº 0011-02/12), que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para imputar ao contribuinte o cometimento de três infrações, sendo objeto do Recurso de Ofício apenas a imputação

identificada como de nº 3 e, do Voluntário, todas as três, sendo elas assim descritas:

INFRAÇÃO 1 - Deixar de recolher o ICMS diferido, no valor de R\$132.206,50, nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2006, conforme demonstrativos e cópias de notas fiscais de fls. 08/42.

INFRAÇÃO 2 - Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$602.755,04, relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2004), conforme demonstrativos de fls. 49/57.

INFRAÇÃO 3 - Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$1.821.502,73, referente à omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e de débito, através de equipamento Emissor de Cupom Fiscal, em valores inferiores àqueles fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, no exercício de 2004, conforme demonstrativo de fl. 151.

Após os trâmites legais, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide administrativa na seguinte literalidade:

“Analisando a preliminar de nulidade suscitada na defesa, sob alegação de decadência do crédito tributário quanto aos fatos geradores inerentes a parte da infração 01 e o total das infrações 02 e 03, relativamente ao exercício de 2004, compreendido o período de janeiro até o dia 18/12/2004, visto que foi notificado da lavratura do Auto de Infração em 18/12/2009, devendo serem extintos nos termos do art. 156, V, do CTN, verifico o seguinte.

A legislação estabelece que o direito da fazenda pública de constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme art. 965 do RICMS/97, que está de acordo com o art. 173, I do CTN.

Assim, observo que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

No caso em exame, em relação aos créditos tributários relativos ao exercício de 2004, somente seriam desconstituídos se o lançamento fosse efetuado a partir de 01/01/2010, o que não ocorreu, tendo em vista que o Auto de Infração em lide foi lavrado em 17/12/2009.

Fica consignado, que em relação a alegação de que é inconstitucional o disposto no § 5º, do artigo 107-B, do Código Tributário da Bahia (Lei nº 3.956/81), por trazer prazo decadencial diverso, pois considera o prazo contado a partir do dia 01 de janeiro do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributaria Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

No mais, observo que os fatos descritos no Auto de Infração estão de acordo com o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14/03/1997, considerando as disposições contidas na Lei nº 7.014/96, e todas as infrações imputadas ao sujeito passivo estão devidamente demonstradas e apoiadas nos respectivos documentos fiscais, todos anexados aos autos, e são suficientes para as minhas conclusões sobre a lide, inclusive o autuado recebeu cópia de todos os demonstrativos, e exerceu com plenitude a ampla defesa e o contraditório, como bem demonstram suas razões defensivas.

Portanto, fica rejeitada a preliminar de nulidade, haja vista que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

Ressalto que em obediência ao devido processo legal, conforme despacho de diligência à fl. 5.919, o processo foi baixado em diligência para que, após a juntada pelas autuantes, o sujeito passivo recebesse o Relatório de Informações TEF – Diário, e através dele se defendesse objetivamente da acusação fiscal de que cuida a infração 03, fazendo a correlação das informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito com os valores registrados no ECF e/ou nas notas fiscais, apontando eventuais incorreções no levantamento fiscal.

Além disso, considerando a juntado ao processo de relatório de fiscalização de outros estabelecimentos e contribuinte, o processo foi submetido a Pauta Suplementar do dia 22/12/2010, visando a realização de diligência para ciência do autuado sobre tal documento, sendo decido pela desnecessidade de tal medida, por

considerar que tal documento não tem qualquer influência sobre a questão discutida em relação ao estabelecimento autuado.

Portanto, no tocante ao pedido do autuado de diligência para que preposto fiscal estranho ao feito procedesse a revisão do lançamento do citado item, com base no art. 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido tal pedido, tendo em vista que o pedido do contribuinte foi no sentido de verificação de fatos vinculados à escrituração comercial ou de documentos que estejam de sua posse, e cujas provas poderiam ter sido juntadas aos autos. Além do mais, o processo contém todos os elementos para minha convicção sobre a lide, inclusive recalcular o débito, se necessário.

No mérito, analisando cada item impugnado, concluo o que segue.

Infração 01

Acusa a falta de recolhimento do ICMS diferido, nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, ou seja, está sendo apontado que a empresa adquiriu refeições para consumo de seus funcionários, conforme demonstrativos e cópias de notas fiscais às fls. 08 a 42, e não efetuou o pagamento do ICMS como determina o art. 343, inciso XVIII, do RICMS/BA.

De fato, o citado dispositivo legal dispõe que é diferido o lançamento do ICMS incidente nos fornecimentos de refeições, a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste Estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente.

Na defesa foi alegado que a fiscalização deixou de conceder o benefício do Regime de Apuração do Imposto em Função da Receita Bruta, previsto no art. 118, inciso II, do RICM/BA, pois tem direito ao benefício da apuração do imposto pelo regime de receita bruta, devendo incidir sobre esta a alíquota de 4% (quatro por cento), sobre o valor constante nas notas fiscais emitidas pela empresa fornecedora de alimentos, conforme previsto no inciso IV, do art. 504, do RICMS/97, ao revés da alíquota de 17% como consignado no referido lançamento.

A operação de fornecimento de refeição para consumo de funcionários de contribuinte deste Estado está alcançada pelo diferimento do lançamento do imposto para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente, nos termos do inciso XVIII do artigo 343 do RICMS/BA, e o destinatário das refeições, na situação em lide o ora autuado, está dispensado da habilitação para operar neste regime, conforme alínea “a” do inciso III do artigo 344 do mesmo Regulamento. O destinatário das refeições é o responsável tributário por substituição pelo recolhimento do imposto, nos termos do artigo 349 do RICMS/BA.

O imposto devido deveria ter sido lançado pelo responsável, nos termos do artigo 347, inciso I, no momento da entrada da refeição no estabelecimento do destinatário, e ao destinatário cabia o recolhimento do imposto lançado no mês seguinte ao de cada respectiva entrada, na condição de responsável por substituição, conforme inciso III do §1º do artigo 348 do RICMS/BA.

Analizando os demonstrativos às fls.08 a 13, e as notas fiscais objeto da autuação, fls. 14 a 37, verifico que as operações em foco foram praticadas entre o autuado e um fornecedor, “Luíza Leal Lisboa – O Bandeirão”, Inscrição Estadual nº 47.560.297, e nessa condição, por se tratar contribuinte enquadrado na condição de microempresa no regime de apuração simplificado SIMBAHIA, não poderia estar praticando tais operações de fornecimento de refeições para funcionários de contribuintes do imposto. Por este motivo, não acato o pleito do autuado no sentido de o imposto ser calculado com base na alíquota de 4%. A alíquota de 17% aplicada pelo Fisco está correta.

Assim, observo que o diferimento do imposto implica o surgimento, para o autuado, da responsabilidade pelo tributo a título de substituição tributária, a chamada substituição tributária para trás. O imposto devido pelo contribuinte substituído (o restaurante) passa neste caso a ser de responsabilidade do sujeito passivo por substituição (o autuado). Portanto, é subsistente a exigência fiscal.

Infração 02

Diz respeito a falta de recolhimento do ICMS, relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2004).

O lançamento foi impugnado sob alegação de foram desconsideradas as quantidades das mercadorias existentes no início do exercício, consistente no estoque inicial dos produtos objeto do levantamento quantitativo, bem como, os estoques finais, registrados, respectivamente, nos Livros Registros de Inventário dos exercícios de 2003 e 2004.

Não acolho esta alegação defensiva, pois conforme comprovaram as autuantes, no livro Registro de Inventário dos exercícios de 2003, fls. 5.806 a 5.819 e 2004, fls.58 a 81 do processo, não se encontra discriminado nenhum estoque de produto acabado ou em elaboração, que foram objeto da autuação.

Observo que o sujeito passivo não comprovou sua alegação, inclusive teve a oportunidade de fazê-lo ao ser intimado pelas autuantes em 18/11/2009, fls. 331 a 341.

Desta forma, considerando que o trabalho fiscal seguiu o Roteiro de Auditoria de Levantamento Quantitativo de Estoque de Mercadorias conforme artigo 936 do RICMS/97 e Portaria 445/98, sendo entregues ao autuado a relação das diferenças de estoque encontradas, e não foram elididas concluo pela subsistência deste item.

Passo agora a analisar a alegação defensiva, de que se admitindo que tenha havido, neste item, no mesmo período, a omissão de saídas identificada por presunção legal em decorrência da falta de registro de entradas de mercadorias, e também a falta de registro de saída de mercadorias que foram pagas através de cartão de crédito de que trata a infração 03, a omissão constatada nesta última, eliminaria a infração anterior.

Efetivamente, as infrações 02 e 03 são referentes a imposto apurado com base em presunção legal, bem como o valor cobrado na infração 2 é inferior ao exigido na infração 5. Contudo, esse fato, por si só, não acarreta a absorção do débito deste item pelo lançado na infração 03, como pretende o autuado.

Além disso, constato que as irregularidades descritas nas infrações 02 e 03 estão embasadas na mesma presunção legal. A infração 02 decorre de omissão de saída apurada com base em entradas não registradas, enquanto que a infração 03 é decorrente de vendas pagas com cartão de crédito em valor inferior às informadas pelas administradoras de cartão, ambas com fulcro no § 4º do art.4º da Lei nº 7.014/96. Contudo, esse fato, por si só, não acarreta a absorção total do débito deste item pelo lançado na infração 03, como pretende o autuado.

Analizando os levantamentos fiscais que fundamentam tais infrações, verifico que na infração 02 foi exigido imposto por presunção de omissão de saídas apurada no exercício de 2004 (valor de R\$602.755,04) e na infração 03 também foi cobrado imposto por presunção de omissão de saída de mercadorias nesse mesmo exercício com base em diferenças entre as informações das administradoras de cartão de crédito para os valores lançados na escrita fiscal relativos a vendas com cartões de crédito/débito em vários meses (R\$1.821.502,73).

Assim, observando o que dispõe o § 1º do art. 60 do RICMS/97, abaixo transcrito, que determina na apuração da base de cálculo em função dos critérios previstos neste artigo, quando forem constatadas, simultaneamente, irregularidades não disponível e não exigível, bem como entradas ou pagamentos não registrados ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis, levar-se-á em conta, apenas, a ocorrência ou diferença de maior valor monetário, se configurar a presunção de que as demais nela estejam compreendidas.

Nesta situação, conforme determina o § 1º do art. 60 do RICMS/97, deve prevalecer tão somente a exigência que tenha maior expressão monetária, presumindo-se que a outra omissão se encontra nela compreendida.

Neste sentido, deve ser mantido o débito da infração 02, no valor de R\$602.755,04, com fato gerador em 31/12/2004, pois o valor nesta mesma data que lançado na infração 03 é menor e será adiante analisada, impondo a subsistência do débito lançado em relação a este item da autuação.

De acordo com os demonstrativos elaborados pela fiscalização, na infração 02 foi apontada a ocorrência de entradas não contabilizadas, com base na presunção saídas de mercadorias tributadas sem a emissão da documentação fiscal pertinente, com fulcro no § 4º do art.4º da Lei nº 7.014/96, cujo débito corresponde ao valor de R\$602.755,04, data do fato gerador em 31/12/2004. Já a infração 03 se refere à presunção de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis, face a constatação de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, com base no mesmo dispositivo citado, sendo o ICMS apurado mensalmente no ano de 2004 no total de R\$1.821.502,73. Considerando que o débito do mês de dezembro de 2004, fato gerador 31/12/2004, é de R\$1.476.634,58, este valor por ser de menor expressão monetária, está compreendido no valor lançado na infração 02.

Ressalto que este entendimento decorre da existência simultânea de omissão de saídas e da presunção de omissões de saídas anteriores, situação na qual somente é admissível a manutenção tão somente da infração que representa o maior valor monetário.

Assim, com base no art. 2º, § 3º do RICMS/BA e, baseado no § 1º do art. 60 do RICMS/BA mantenho a exigência tributária concernente à omissão de saídas apurada nesta infração, que representou uma diferença de maior expressão monetária em relação ao fato gerador de 31/12/2004 da infração 03.

Restando caracterizada este item da autuação, e não tendo sido elidida a presunção legal de omissão de saídas tributáveis, mantenho integralmente o lançamento em questão.

Infração 03

O fato que ensejou a lavratura deste item concerne a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, relativamente a vendas realizadas com cartão de crédito/débito em valores menores do que as vendas informadas por instituição financeira e administradora de Cartões de Crédito/Débito, no exercício de 2004.

O débito da infração encontra-se devidamente especificado na planilha de vendas por meio de cartão de

crédito/débito” (docs.fl.151B), na qual, foi considerado o período mensal, o total das vendas com cartão de crédito e de débito informados pelas administradoras e o imposto devido calculado à alíquota de 17%.

A autuação está fundamentada no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê in verbis: “O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Portanto, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, independente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Em processo desta natureza faz-se necessário o fornecimento ao contribuinte dos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com especificação das vendas diárias, por operação, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administração de cartão, separadamente, de modo que possa ser efetuado o cotejo entre os valores registrados na escrita fiscal e no equipamento emissor de cupom fiscal com as operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Neste processo, observo que inexistiam nos autos os citados TEF-Diários e por operações, relativos a cada administradora de cartão.

Contudo, esta pendência foi devidamente saneada pelo órgão julgador, conforme despacho de diligência à fl. 5.919, tendo as autuantes anexado 404 laudas do Relatório Diário Operações TEF (docs.fl. 5.922 a 6.325), correspondente ao período de 01/01 a 31/12/2004, e foram entregues ao sujeito passivo para que o mesmo elidisse a presunção de omissão de saídas fazendo a correlação dos valores existentes no ECF para os valores informados pelas administradoras dos cartões.

O autuado, em suas manifestações, para elidir a acusação fiscal, apenas alegou que o total das vendas declarados nos livros fiscais são superiores aos valores informados pelas administradoras dos cartões de crédito, pedindo uma revisão do lançamento, pedido esse, que conforme comentado acima foi indeferido, com fulcro no artigo 147, I, do RPAF/99.

Além disso, o lançamento foi impugnado com base nas seguintes premissas, no sentido de que:

- 1. os valores de suas vendas registradas nos livros fiscais, e declaradas na DMA, englobam todas as formas de recebimento, e foram superiores aos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito;*
- 2. desde 2004, foi firmado com os franqueados Contrato de Cessão de Créditos e Transferência de Direitos (fls.165 a..), onde “maquinetas” eram disponibilizadas em seus estabelecimentos para recebimento das vendas através de cartões de crédito/débito através de Contratos de Cessão e Transferência de Direitos Créditos (fls. 165 a.189.), sendo que, a operação de recebimento dos valores de venda entravam em sua conta bancária.*

No tocante à segunda premissa, verifico que constam nos autos, fls. 153 a 157, cópia do Processo nº 19723320072, extraído do Sistema de Controle de Pareceres Tributários da SEFAZ, referente ao pedido do autuado, em 14/11/2007 (no curso da ação fiscal), para “manutenção da centralização do envio de dados das administradoras de cartão em seu CNPJ, ao tempo em que se compromete, sempre que solicitado pela fiscalização da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, a fornecer os dados relativos a todas as vendas efetuadas por cartão de crédito pelos estabelecimentos franqueados”.

O Pedido de Regime Especial para centralização das informações do TEF enviadas pelas administradoras de cartão de crédito em um único CNPJ, apesar da Infaz ter se posicionado favorável, foi indeferido o pleito do contribuinte, através do processo nº 4721/2008 pela DITRI/GECOT, com base no posicionamento e argumentações da Gerência Especializada – GEAFI, no sentido de que o tratamento diferenciado acarretaria em dificuldade de controle fiscal.

Contudo, posteriormente, a Secretaria da Fazenda, através de outro processo (nº 62810120108, fls. 8.801/8.806), concedeu o benefício do Regime Especial ao estabelecimento matriz com CNPJ nº 02.748.342/0001-10, para que as franqueadas utilizassem os cartões de crédito/débito do estabelecimento autuado.

Examinando o regime especial autorizado pela SEFAZ, notadamente o constante à fl. 8.825, constato que na Cláusula Segunda, consta que foram determinadas uma série de obrigações acessórias para tornar possível a implantação da sistemática adotada pelo autuado, destacando-se que uma das condições é que seja comprovado, pelas franqueadas, o pagamento do imposto nas operações efetuadas através de cartões de

crédito/débito.

Considerando que no período objeto da autuação inexistia o aludido regime especial, inclusive o controle e acompanhamento pelo Fisco do estabelecido no regime em comento, para que fosse elidida de modo válido a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, o autuado deveria ter feito o cotejamento entre o que consta nos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com os valores correspondentes às vendas constantes no ECF e/ou nas notas fiscais emitidas em seu estabelecimento e/ou nos estabelecimentos das franqueadas, de modo a comprovar que os valores informados pelas operadoras efetivamente foram lançados na escrita fiscal, haja vista que nos citados TEF's diários estão especificadas as vendas diárias, por operações, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administradora de cartão, separadamente.

Desta forma, conforme cláusula contratual, no caso de vendas através de cartões, seja a débito, seja a crédito, não basta o franqueado emitir o seu documento fiscal, e as administradoras dos cartões efetuar o depósito dos valores relativos a essas vendas integralmente na conta do franqueador, conforme rezava o Contrato de Franquia Empresarial e os respectivos Contratos de Cessão de Créditos. É necessário, conforme dito acima, que seja comprovada a correlação de cada venda com os TEF Diários das administradoras, e que este valor tenha sido submetido à tributação do ICMS nos estabelecimentos franqueados, comprovação essa, que não ocorreu no presente processo. Além do mais, mesmo que inexistisse o Regime Especial, saliento que a infração somente seria elidida se comprovada a correlação dos TEF Diários com os valores das vendas lançadas nos estabelecimentos.

Com relação ao pedido do autuado para que seja acompanhada a Decisão pela improcedência da autuação como ocorreu nos julgamentos do Auto de Infração nº 207105.005/10-3 (Acórdão JF nº 0033-04/11) e Auto de Infração nº 207105.0004/10-7 (Acórdão JF nº 0174-05/11), não acolho tal pedido, tendo em vista que neste processo, conforme ressaltado acima, o autuado não comprovou a correlação das vendas efetuadas pelas franqueadas, inclusive de seu estabelecimento, com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Nestas circunstâncias, concluo que o sujeito passivo não elidiu a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, razão porque, mantenho os números apurados no levantamento fiscal.

Contudo, o débito deste item fica reduzido para o valor de R\$1.570.474,85 uma vez que o débito que foi lançado (R\$251.027,88) no fato gerador de 31/12/2004, conforme demonstrativo de débito, foi absorvido pelo débito lançado nesta mesma data na infração 02, nos termos do § 1º do art. 60 do RICMS/BA, acima comentada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$2.305.436,39, alterando-se o demonstrativo de débito da Infração 3 para o valor acima.”

Porquanto a desoneração do sujeito passivo ultrapassou o valor do limite previsto no art. 169, inciso I, letra “a”, item 1, do RPAF/99, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício de sua Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

De outra parte, o sujeito passivo, inconformado com a Decisão, interpôs o Recurso Voluntário de fls. 8897 a 8924, reiterando preliminar de mérito da decadência de parte da infração 1 e do todo das infrações 2 e 3, bem como apresentando questões de mérito referentes às três imputações.

Inicialmente, sustentou que trata o presente lançamento de cobrança do ICMS, relativamente aos exercícios de 2004 a 2006, sendo que grande parte do suposto crédito tributário não poderia ter sido objeto do lançamento por encontrar-se extinto pela decadência.

Arguiu que o ICMS é um imposto sujeito ao lançamento por homologação, já que o contribuinte procede ao cálculo do valor mensal devido, recolhe esse valor e submete o recolhimento a posterior homologação da autoridade fazendária estadual e, como tributo sujeito ao lançamento por homologação, está sujeito ao prazo decadencial previsto no § 4º, do art. 150, do Código Tributário Nacional, de 05 (cinco) anos contados da data da ocorrência do fato gerador.

Alegou a inconstitucionalidade da legislação do Estado da Bahia, no que concerne ao § 5º do art. 107-B, do Código Tributário da Bahia, por trazer prazo decadencial diverso para o lançamento do ICMS, porquanto contado apenas a partir de 01 de janeiro do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador.

Sustentou a inconstitucionalidade da legislação do Estado da Bahia, com fundamento no fato de que somente lei complementar, no âmbito nacional, poderia dispor sobre prazo decadencial, conforme disposto no art. 146, III, b, da Constituição Federal de 1988.

Frisou que tal entendimento já foi reiteradamente firmado pelos diversos Tribunais Superiores, resultando, inclusive, na Súmula Vinculante nº 08, do Supremo Tribunal Federal, a fim de que não mais se discuta a constitucionalidade das normas ordinárias que versem sobre prescrição e decadência do crédito tributário, transcrevendo inúmeras decisões do STF e do STJ.

Finalizou o tema, afirmando que não mereceria prosperar o lançamento constante do Auto de Infração, inerente a parte da infração 1 e o total das infrações 2 e 3, relativamente ao exercício de 2004 (janeiro a 18/12/2004), uma vez que os supostos créditos objetos do mesmo encontravam-se atingidos pela decadência, visto que foi notificado da lavratura da autuação em 18/12/2009.

Adentrando ao mérito, no que tange à infração 1, onde lhe está sendo imputada a falta de recolhimento do ICMS, diferido, decorrente das aquisições de refeições destinadas ao consumo, por parte dos seus funcionários, arguiu que, ao lhe ser atribuída à qualidade de contribuinte por substituição, como responsável tributário, com o dever de recolher o referido imposto, não lhe foi concedido o benefício do Regime de Apuração do Imposto em Função da Receita Bruta, previsto no art. 118, do RICMS/BA (reproduzido), combinado com o art. 504, IV, do mesmo texto legal.

Sustentou ser assim evidente que a cobrança do ICMS na infração discutida deveria ocorrer sob a alíquota de 4%, incidente sobre o valor constante nas notas fiscais emitidas pela empresa fornecedora de alimentos, ao revés da alíquota de 17%, como consignado no lançamento, razão pela qual merece ser reformado pelo CONSEF.

No que se refere à infração 02, o recorrente diz ser o motivo da imputação, segundo a fiscalização, a suposta falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado – 2004.

Aduziu que a infração foi apurada levando em conta o total de saídas das mercadorias produzidas pela empresa através do arquivo SINTEGRA, enquanto que a quantidade de entradas das mercadorias através do livro de Controle de Produção e Estoque, também do exercício de 2004, conforme Demonstrativo nº 04, anexado aos autos, trabalho esse, efetuado mediante Levantamento Quantitativo de Estoque por espécie de mercadoria e fundamentado nos artigos 6º, 7º e 8º, da Portaria nº 445/98.

Assim, asseverou que esse Levantamento Quantitativo de Estoque, objeto do presente lançamento, encontrava-se eivado de nulidade, apresentando-se evidente e absolutamente equivocado, isto porque foram descumpridas inúmeras determinações legais constantes na Portaria nº 445/98.

Argumentou que o autuante, ao proceder o levantamento, deixou de considerar as quantidades das mercadorias existentes no início do exercício, expressado no estoque inicial dos produtos objeto do levantamento quantitativo, bem como os estoques finais registrados, respectivamente, nos livros Registros de Inventário dos exercícios de 2003 e 2004, incorrendo no descumprimento do disposto nos artigos 936 do RICM/97, e 1º, 2º e 3º da Portaria nº 445/98.

Citou a Decisão do CONSEF, através da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, no Auto de Infração nº 03227500/96 (Acórdão JJF nº 0011-001/01), a qual, em situação similar, segundo entendimento do recorrente, reduziu o débito.

Prosseguindo, o autuado sustentou a ocorrência de duplicidade de cobrança do imposto no âmbito dessa infração, argumentando que, admitida a omissão de saídas identificada por presunção legal em decorrência da falta de registro de entradas de mercadorias, de que cuida este item da autuação, e também a falta de registro de saída de mercadorias que foram pagas através de cartão de crédito, de que trata a infração 3, a omissão constatada nesta última eliminaria a imputação anterior, sob pena de se exigir o mesmo valor duas vezes.

Tangentemente à infração 3, versando acerca de suposta omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no montante de R\$10.714.722,05, deixando de recolher o imposto devido, alegou que tal afirmação não pode prevalecer, devendo o lançamento ser considerado improcedente.

Aduziu que: *“conforme reconhecido pelo próprio Relator no Acórdão recorrido, para que ocorra a presunção da falta de recolhimento do imposto, o contribuinte deve declarar VALOR DE VENDAS INFERIOR AO VALOR FORNECIDO pelas instituições financeiras e operadoras de cartões de crédito, o que, no presente caso, não ocorreu. Sendo assim, não pode ser mantida a infração em questão, sob pena de se estar ferindo o próprio dispositivo legal que fundamentou o lançamento em questão, qual seja, o § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/2002, efeitos a partir de 28/12/2002, inclusive transcrito no voto do acórdão recorrido.”*

Invocou o artigo 2º, § 3º, VI, do RICMS/97, para argumentar que a presunção de omissão de saídas tributáveis ocorreria apenas nos casos em que os valores das vendas informadas pelo contribuinte fossem inferiores àqueles informados pelas operadoras de cartões de crédito.

No específico, sustentou que os valores de suas vendas foram superiores aos informados pelas administradoras de cartões de crédito, tendo feito um quadro demonstrativo, consignando os valores das vendas dentro e fora do Estado (R\$75.927.407,06), em comparação com os comunicados pelas administradoras (R\$10.714.722,05), apurando uma diferença de vendas a maior declarada nos livros fiscais durante o exercício de 2004 (R\$65.212.685,01).

Observou que o total de vendas foi devidamente declarado, englobando todas as efetuadas, sob a totalidade de formas de recebimento, inclusive dinheiro, cheque, duplicatas, etc., valor muito superior ao informado pelas operadoras de cartões de crédito, sendo recolhido o imposto, conforme cópias de DAES anexados à defesa administrativa nos autos.

Por conta disso, assegurou que toda a receita auferida pela empresa foi devidamente declarada, através das competentes DMAs, em valores superiores aos informados pelas operadoras de cartão de crédito e débito, posto que, além das relativas aos cartões de crédito, também foram declaradas as decorrentes de pagamento em dinheiro, depósitos bancários, cheques, duplicatas, etc.

Apresentou um resumo das vendas declaradas nos livros fiscais e dos recolhimentos efetuados no período fiscalizado, e alegou ser a conclusão fiscal baseada na falta de recolhimento do imposto pelas vendas apontadas pelas operadoras dos cartões de crédito e débito, receitas estas com valores declarados, sobre as quais ocorreu a tributação de forma legal e correta, totalmente escrituradas nos livros Fiscais, documentos esses fiscalizados pela autuante, que não encontrou irregularidades na escrituração, inclusive nos livros de Registro de Apuração do ICMS.

Com esses argumentos, o sujeito passivo aduziu que a presunção prevista no § 3º, do artigo 2º, do RICMS/97, na qual se baseou a presente autuação, é relativa e, no particular, se apresentava insustentável, porquanto a presunção pode levar a erro, da mesma forma que indícios não são suficientes para embasar autuações.

Trouxe, como suporte, jurisprudência de Tribunal Federal e doutrina de renomado tributarista sobre as questões relacionadas com indício ou presunção na caracterização do crédito tributário, e afirmou que a legislação é taxativa: *“A PRESUNÇÃO SÓ É ADMITIDA QUANTO O CONTRIBUINTE DECLARAR VALOR INFERIOR AO VALOR INFORMADO PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E OPERADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO, O QUE, NO PRESENTE CASO, NÃO OCORREU, não podendo proceder a presente infração.”*

Transcreveu ementas de julgamentos do CONSEF, através dos Acórdãos JJF nº 0174-05/11 e CJF nº 004-11/12, em que foi reconhecida a legalidade das operações comerciais realizadas pelo autuado e julgado totalmente improcedente o lançamento objeto do Auto de Infração nº 207105.0004/10-7.

Citou ainda, e transcreveu como reforço, ementas de Decisão do Conselho de Contribuintes do

Estado de Minas Gerais, e outras decisões do CONSEF-BA, para concluir que o lançamento constante do item 3, deve ser considerado improcedente.

Em conclusão, pugnou pelo julgamento pela total improcedência da autuação.

Remetidos os autos à PGE/PROFIS, objetivando emissão de Parecer, o Órgão, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário (fls. 8932 a 8934).

Inicialmente manifestou que os fatos geradores não foram atingidos pela decadência, uma vez que o AI foi lavrado em dezembro de 2009 e reporta-se a fatos ocorridos em 2004, invocando o art. 150 do CTN, o qual estabelece prazo decadencial de 05 anos para a homologação tácita dos tributos com lançamento por homologação, como é o caso do ICMS.

O marco inicial desse prazo decadencial é, em princípio, o fato gerador da obrigação tributária, porém, a legislação baiana (art. 107-B, §5º do COTEB), respaldada em autorização legal (§ 4º do art. 150 do CTN), fixou o primeiro dia do exercício seguinte como o momento a partir do qual se deve iniciar o prazo decadencial, portanto, a autuação foi procedida de forma correta, não se podendo falar em decadência dos fatos geradores de 2004.

No mérito, observou que na infração 1, *“... a empresa fornecedora estava inscrita como SIMBAHIA, não tendo providenciado o recolhimento do imposto, cabendo ao Tomador, empresa-Autuada, o dever de recolher, por substituição tributária, na forma de apuração normal.”*

A par disso, quanto à infração 2, manifestou concordância com a Decisão da JJF, ressaltando que: *“O contribuinte não trouxe aos autos qualquer prova capaz de desconstituir os elementos utilizados pelo autuante na ação fiscal, que foram obtidos da escrita feita pela própria empresa.”*

Reportando-se à infração 3, entendeu que a JJF já excluiu os valores coincidentes com a infração 2, não cabendo a alegação apresentada no Recurso, no particular.

Sobre a tese de que os valores informados ao Fisco pela empresa superavam, em muito, os comunicados pelas administradoras de cartões opinou que: *“... é fato que a comparação a ser feita é entre as quantias declaradas como sendo por venda por cartões de crédito. Não se pode admitir que a omissão prevista no art. 4º, parágrafo 4º da Lei nº 7.014/96 se refira a divergências entre valores totais declarados pelo contribuinte e valores informados pelas Adm de Cartões.”*

Por fim, reiterou o Não Provimento do Recurso Voluntário.

Na assentada do julgamento o i. Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, opinou pela improcedência da infração 3, discordando do Parecer anteriormente exarado pela representante da PGE/PROFIS, com arrimo no posicionamento já pacífico neste Conselho de Fazenda Estadual sobre o tema em debate.

VOTO

Consoante exposto no Relatório, versa a procedimentalidade de Recursos de Ofício, em face ter a JJF exonerado parcialmente o sujeito passivo do débito relativamente à infração 3, conforme previsionado no art. 169, I, “a-1”, do RPAF, e Voluntário, este último visando modificar a Decisão da 1ª Instância referentemente às increpações 1, 2 e 3 do Auto de Infração em comento.

Apreciando inicialmente o Recurso Voluntário, em relação à tese de decadência parcial do lançamento tributário, tangente à infração 1 e, de forma integral, para as infrações 2 e 3, correlatas aos fatos geradores ocorridos entre o mês de janeiro e 18 de dezembro de 2004, reitero posicionamento já manifestado em processos similares em derredor da aplicação do instituto da decadência, não sendo, neste caso concreto, plausível o enquadramento no art. 150, § 4º, mas sim na regra 173, ambos do Código Tributário Nacional, vez que, de acordo com os documentos que sustentaram a autuação, e com a tipificação das infrações, inexistiu pagamento parcial do ICMS nem se está cobrando recolhimento a menos do imposto.

Nessa linha de entendimento, adoto como fundamento deste Voto, o objetivo e bem exposto argumento lançado em decisões do ilustre Conselheiro Fabio de Andrade Moura, exemplificativamente naquela proferida através do Acórdão nº 0184-11/12, onde o Conselheiro fez uma profunda análise sobre todos os aspectos que envolvem a matéria, inclusive avaliando profundamente a legislação e as decisões de Tribunais, algumas delas invocadas na própria peça recursal, *verbis*:

(...)

“Com relação à decadência suscitada, cumpre registrar, inicialmente, que não se trata de um instituto jurídico que tem por objetivo premiar o devedor, como muitos entendem; ao revés, a decadência visa a punir o credor inerte, aquele que, podendo exercer um direito seu independentemente da vontade do outro (direito potestativo), deixa de adotar as medidas cabíveis, silencia numa atitude de inescusável descaso para com a ordem jurídica.

Não é por outro motivo que a máxima latina “dormientibus non succurrit jus” (o direito não socorre a quem dorme) volta-se, justamente, contra o credor, contra aquele que pode exercer o direito, e não contra o devedor, a quem restaria apenas sucumbir diante da pretensão contra si deduzida.

A análise do tema sob esse prisma faz enxergar que a decadência tem por finalidade precípua garantir a segurança jurídica. Ao impor que o credor exerça o seu direito dentro de determinado lapso de tempo, o ordenamento jurídico pretende extirpar do meio social a situação de instabilidade gerada pelo sentimento de ameaça sofrido por aquele contra quem o direito pode, a qualquer momento, ser apresentado.

A ninguém interessa essa situação indefinida, nem mesmo ao Estado – aqui entendido como Estado-Nação –, cujo objetivo maior é dissolver os conflitos, é a pacificação social, e não a eternização da instabilidade.

Sucedendo que o legislador pátrio, ao definir os prazos decadenciais, nem sempre utilizou a melhor técnica jurídica, impregnando muitas vezes o nosso texto legislado de impropriedades indesejáveis, com o que tornou bastante árdua a tarefa do intérprete no sentido de buscar equacionar a questão, da melhor maneira possível, dentro de uma visão sistêmica, ou seja, coerente e fechada.

No campo do direito tributário, a maior parte das discussões jurídicas giram em torno do aparente conflito existente entre o parágrafo 4º, do art. 150, e o inciso I, do art. 173, do CTN, a seguir transcritos, in verbis:

“Art. 150. (...)

Parágrafo 4º. Se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado 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”.

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

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

Após longas e acirradas discussões, a jurisprudência pátria dá fortes sinais de ter chegado a alguns consensos sobre a decadência no âmbito do direito tributário. A primeira delas, hoje quase que irreversível, diz respeito à competência para definir prazos decadenciais. É que a Constituição Federal de 1988, suprimindo as controvérsias até então existentes, reservou à lei complementar a disciplina acerca da prescrição e decadência em direito tributário, consoante dicção do art. 146, III, “b”, do Texto Maior, que giza:

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...)

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência de tributos”.

Segundo já definiu o Supremo Tribunal Federal, a Lei Complementar mencionada pela Constituição Federal é CTN, cujas normas prevalecem, inclusive, sobre a Lei de Execução Fiscal, como, aliás, leciona Leandro Paulsen:

“Após o advento da CF/88, com previsão expressa nesta alínea no sentido de que se trata de norma geral em matéria tributária, tem-se todos os elementos para afirmar, categoricamente, que estão sob reserva de lei complementar. O STF já firmou posição acerca da matéria, e o STJ, recentemente, tem se pronunciado no sentido de que os dispositivos da LEF não podem prevalecer em face do CTN, conforme se pode ver dos precedentes acerca da interrupção da prescrição pela citação, em nota ao art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN” (in Direito Tributário, Editora Livraria do Advogado, 10ª. Ed., pág. 94).

Como dito acima, esse é o entendimento que prevalece no STF, ex vi do aresto a seguir transcrito:

“A questão da prescrição e da decadência, entretanto, parece-me pacificada. É que tais institutos são próprios de lei complementar de normas gerais (art. 146, III, b). Quer dizer, os prazos de decadência e de prescrição inscritos na lei complementar de normas gerais (CTN) são aplicáveis, agora, por expressa previsão constitucional, às contribuições para fiscais” (Plenário, RE 148754-2/RJ, excerto do voto do Min. Carlos Velloso).

Fala-se que a questão encontra-se definida quase que irreversivelmente porque, recentemente, foi editada a Súmula Vinculante nº 08, através da qual cristalizou-se o entendimento de que são inconstitucionais os arts. 5º, do Decreto-Lei nº 1.569/77, e 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, utilizando-se justamente o fundamento de que a prescrição e a decadência são matérias reservadas a Lei Complementar de âmbito nacional, conforme se observa da ementa dos precedentes que ensejaram a edição do referido verbete:

“PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIAS RESERVADAS A LEI COMPLEMENTAR. DISCIPLINA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES PARA A SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 45 E 46 DA LEI 8.212/91 E DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 5º DO DECRETO-LEI 1.569/77. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

I. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. As normas relativas à prescrição e à decadência tributárias têm natureza de normas gerais de direito tributário, cuja disciplina é reservada a lei complementar, tanto sob a Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, III, b, da CF de 1988). Interpretação que preserva a força normativa da Constituição, que prevê disciplina homogênea, em âmbito nacional, da prescrição, decadência, obrigação e crédito tributários. Permitir regulação distinta sobre esses temas, pelos diversos entes da federação, implicaria prejuízo à vedação de tratamento desigual entre contribuintes em situação equivalente e à segurança jurídica.

II. DISCIPLINA PREVISTA NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. O Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1966), promulgado como lei ordinária e recebido como lei complementar pelas Constituições de 1967/69 e 1988, disciplina a prescrição e a decadência tributárias.

III. NATUREZA TRIBUTÁRIA DAS CONTRIBUIÇÕES. As contribuições, inclusive as previdenciárias, têm natureza tributária e se submetem ao regime jurídico-tributário previsto na Constituição. Interpretação do art. 149 da CF de 1988. Precedentes.

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO PROVIDO. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição de 1988, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei 1.569/77, em face do § 1º do art. 18 da Constituição de 1967/69.

V. MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO. SEGURANÇA JURÍDICA. São legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão deste julgamento”. (RE 560626/RS, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Julgado em 12/06/2008).

Sabe-se bem que o efeito vinculante é atributo exclusivo do verbete, não atingindo a fundamentação. Todavia, não se pode fechar os olhos para o entendimento adotado pela mais alta Corte de Justiça do nosso país, há muito tempo, vale frisar, como se as decisões judiciais não passassem de mera recomendação.

Nesse contexto, em termos de decadência, as normas do CTN devem prevalecer sobre as disposições constantes do COTEB.

A segunda matéria amplamente discutida no meio jurídico diz respeito ao termo a quo do prazo decadencial; definir quando ele coincide com o fato gerador e quando ele é protelado para o primeiro dia útil do exercício seguinte foi tarefa igualmente difícil, pois o intérprete se viu diante de duas regras distintas, aplicáveis a duas sistemáticas distintas de lançamento, mas que poderiam ocorrer no âmbito de um mesmo tributo – o lançamento por homologação e o lançamento de ofício.

*Uma premissa parece facilitar bastante o deslinde da questão e ela diz respeito ao significado da palavra homologar. Segundo o dicionário Michaelis, homologar quer dizer “**confirmar por sentença ou autoridade judicial ou administrativa; aprovar**”. Logo, o ato que é sujeito à homologação é o pagamento realizado pelo contribuinte; é ele que será verificado pela autoridade administrativa fiscal e, se estiver correto, será aprovado, confirmado. Não se homologa o lançamento feito pelo contribuinte, como entendeu a Junta de Julgamento Fiscal, até mesmo por ser discutível o chamado “**lançamento por homologação**”, vez que não se enquadra no conceito de atividade “**administrativa plenamente vinculada**” a que faz referência o art. 3º, do CTN.*

Firmada tal premissa, é de se concluir que, se houve pagamento do tributo, ainda que parcial, o prazo decadencial conta-se a partir da ocorrência do fato gerador, consoante estabelece o parágrafo 4º, do art. 150, do CTN. Do contrário, ou seja, se não houve recolhimento do tributo, nem mesmo parcial, a decadência

somente começa a ser computada do primeiro dia do exercício seguinte, conforme o art. 173, I, do CTN.

O entendimento ora esposado não representa nenhuma novidade, pois vem sendo adotado, há muito tempo, pelo Superior Tribunal de Justiça. A própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, atenta a isso e, principalmente, aos elevados gastos suportados pela União com a sucumbência gerada pela defesa, infértil, de tese contrária, já adotou internamente o mesmo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, através do Parecer nº 1617/2008, cujos trechos principais pede-se vênha para transcrever:

“3031. Assim, com base em magistério de Leandro Paulsen, conclui-se que:

- a) no caso do pagamento parcial da obrigação, independentemente de encaminhamento de documentação de confissão (DCTF, GFIP ou pedido de parcelamento), o prazo de decadência para o lançamento de ofício da diferença não paga é contado com base no § 4º, do art. 150, do Código Tributário Nacional;
- b) no caso de não pagamento, nas hipóteses acima elencadas (com ou sem o encaminhamento de documentação de confissão), o prazo é contado com base no inciso I, do art. 173, do CTN;
- c) de qualquer sorte, nos casos em que a declaração foi prestada ou houve parcelamento, não haveria a necessidade de lançar o valor já declarado, mas sim apenas a diferença, o que se tem chamado de lançamento suplementar.

3132. Do ponto de vista de certo realismo jurídico, temperado por exercício de prognose pretoriana, deve-se lembrar, ao que consta, que os Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda vinham decidindo pela aplicabilidade da regra do § 4º do art. 150 do CTN no caso dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação. Excluía-se do entendimento, entre outros, circunstâncias indicativas de fraude. Fraude e conluio suscitam a aplicação da regra do art. 173 do CTN.

3233. Por exemplo, a Segunda Câmara dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, no Recurso nº 122924, em 16 de junho de 2004, decidiu que “(...) por força do princípio da moralidade administrativa, em sendo a decadência hipótese de extinção da obrigação tributária principal, seu reconhecimento no processo deve ser feito de ofício, independentemente do pedido do interessado (...) Os tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa amoldam-se à sistemática do lançamento por homologação, prevista no art. 150 do CTN, hipótese em que o termo decadencial tem como termo inicial a data da ocorrência do fato gerador (...)”.

3334. Na Terceira Turma do Conselho Superior de Recursos Fiscais no Recurso de divergência nº 303-120011, em 22 de fevereiro de 2005, ementou-se que “(...) sendo o IPI, no caso vinculado à importação, espécie de tributo cujo lançamento encontra-se delineado nas determinações do art. 150, parágrafo único, do CTN- Lançamento por homologação, é de cinco (5) anos, contados da data da ocorrência do fato gerador – data do desembaraço aduaneiro da mercadoria importada- o prazo deferido à Fazenda Nacional para constituir o crédito tributário que entende devido (...)”.

3435. A Segunda Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, no Recurso nº 146.670, em 25 de maio de 2006, ementou que “se a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, o tributo amolda-se à sistemática de lançamento denominada homologação, onde a contagem do prazo decadencial dá-se com a ocorrência do fato gerador, na forma disciplinada pelo § 4º do art. 150 do CTN (...)”.

3536. Os Conselhos de Contribuintes, no entanto, começam a mudar o entendimento. Aplicou-se recentemente o art. 173, I, do CTN, em caso de lançamento de ofício, no qual não houve pagamento. Refiro-me ao Recurso RP/ 203-123287. Entendeu o Conselho que deve se verificar se o contribuinte recolheu valores no período fiscalizado. Na existência do recolhimento, deve se aplicar o § 4º do art. 150 do CTN. Na inexistência de recolhimentos, deve ser aplicado o art. 173, I, do mesmo CTN. De igual modo, decidiu-se no Recurso RD/204-130232, bem como no RD/203-115797.

3637. Em âmbito de Superior Tribunal de Justiça percebe-se que a questão recebe tratamento distinto. Pode-se identificar sutil diferença de tratamento pretoriano. Em linhas gerais, tem-se a impressão de que se aplica a regra do § 4º do art. 150 do CTN na hipótese de pagamento antecipado.

3738. É recorrente a fixação do dies a quo do prazo de decadência na data da ocorrência do fato gerador quando da antecipação do pagamento sem prévio exame da autoridade fiscal. Isto é, ainda que o recolhimento seja parcial, as diferenças são exigíveis, a partir do fato gerador da obrigação. Mas, e quando não se tem o pagamento antecipado? No Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 936380/SC, relatado pelo Ministro Castro Meira, matéria julgada em 19 de fevereiro de 2008, ementou-se, como segue:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. EXAÇÃO SUJEITA A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. ARTIGOS 150, § 4º, E 173, I, DO CTN. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 7/STJ. 1. Se não houve pagamento antecipado

pelo contribuinte, é cabível o lançamento direto substitutivo, previsto no artigo 149, V, do CTN, e o prazo decadencial rege-se pela regra geral do artigo 173, I, do CTN. Precedentes”.

3839. E ainda, no Recurso especial 757922/SC, relatado pelo Ministro Teori Albino Zavascki, questão julgada em 11 de setembro de 2007, definiu-se:

“CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ARTIGO 45 DA LEI 8.212/91. OFENSA AO ART. 146, III, B, DA CONSTITUIÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL: (A) PRIMEIRO DIA DO EXERCÍCIO SEGUINTE AO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR, SE NÃO HOUVE ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO (CTN, ART. 173, I); (B) FATO GERADOR, CASO TENHA OCORRIDO RECOLHIMENTO, AINDA QUE PARCIAL (CTN, ART. 150, § 4º). PRECEDENTES DA 1ª SEÇÃO. 1. "As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, b, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Conseqüentemente, padece de inconstitucionalidade formal o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social" (Corte Especial, Arguição de Inconstitucionalidade no REsp nº 616348/MG) 2. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado". 3. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação — que, segundo o art. 150 do CTN, "ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa" e "opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa" —, há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes jurisprudenciais. 4. No caso, trata-se de contribuição previdenciária, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. Aplicável, portanto, a regra do art. 173, I, do CTN. 5. Recurso especial a que se nega provimento”.

39. E ainda, qual o caminho em face de inexistência de declaração e de pagamento? No Recurso especial 761908/SC, relatado pelo Ministro Luiz Fux, em julgamento de 5 de dezembro de 2006, ementou-se, entre outros:

“13. No que pertine à segunda situação elencada, em que não houve entrega de GFIP (Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social), nem confissão ou qualquer pagamento parcial, incide a regra do artigo 173, I, do CTN, contando-se o prazo decadencial quinquenal do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Desta sorte, encontram-se hígidos os créditos decorrentes de contribuições previdenciárias incidentes sobre pagamentos efetuados a autônomos e caducos os decorrentes das contribuições para o SAT. 14. Recurso especial conhecido parcialmente e, nesta parte, desprovido”.

40. Do que, então, emerge mais uma conclusão: o pagamento antecipado da contribuição (ainda que parcial) suscita a aplicação da regra especial, isto é, do § 4º do art. 150 do CTN,; a inexistência de declaração e pagamento justifica a utilização da regra do art. 173 do CTN, para efeitos de fixação do dies a quo dos prazos de caducidade, projetados nas contribuições previdenciárias. Isto é, no que se refere à contagem dos prazos de decadência. Tal concepção, em princípio, pode ser aplicada para todos os tributos federais, e não somente, para as contribuições previdenciárias.

(...)

49. Lembrando que nem toda a Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, cuida somente de créditos tributários, e que, portanto, para efeitos daquela norma deve-se atentar à especificidade dos créditos, as observações aqui elencadas promovem síntese pontual, da forma que segue:

a) A Súmula Vinculante nº 8 não admite leitura que suscite interpretação restritiva, no sentido de não se aplicar - - efetivamente - - o prazo de decadência previsto no Código Tributário Nacional; é o regime de prazos do CTN que deve prevalecer, em desfavor de quaisquer outras orientações normativas, a exemplo das regras fulminadas;

b) apresentada a declaração pelo contribuinte (GFIP ou DCTF, conforme o tributo) não há necessidade de lançamento pelo fisco do valor declarado, podendo ser lançado apenas a eventual diferença a maior não declarada (lançamento suplementar);

c) na hipótese do subitem anterior, caso o Fisco tenha optado por lançar de ofício, por meio de NFLD, as

diferenças declaradas e não pagas em sua totalidade, aplica-se o prazo decadencial dos arts. 150, § 4º, ou 173 do CTN, conforme tenha havido antecipação de pagamento parcial ou não, respectivamente; respectivamente; o prazo prescricional, ainda, e por sua vez, conta-se da constituição definitiva do crédito tributário;

d) para fins de cômputo do prazo de decadência, não tendo havido qualquer pagamento, aplica-se a regra do art. 173, inc. I do CTN, pouco importando se houve ou não declaração, contando-se o prazo do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

e) para fins de cômputo do prazo de decadência, tendo havido pagamento antecipado, aplica-se a regra do § 4º do art. 150 do CTN;

f) para fins de cômputo do prazo de decadência, todas as vezes que comprovadas as hipóteses de dolo, fraude e simulação deve-se aplicar o modelo do inciso I, do art. 173, do CTN;

g) Para fins de cômputo do prazo de prescrição, nas declarações entregues antes do vencimento do prazo para pagamento deve-se contar o prazo prescricional justamente a partir do dia seguinte ao dia do vencimento da obrigação; quando a entrega se faz após o vencimento do prazo para pagamento, o prazo prescricional é contado a partir do dia seguinte ao da entrega da declaração;

h) A súmula em apreço, em princípio, qualificaria interpretação literal: todo o art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, estaria alcançado pela inconstitucionalidade. Porém, por tratar-se de matéria do mais amplo alcance público, o intérprete deve buscar resposta conciliatória, que não menoscabe expectativas de alcance de benefícios; principalmente, e do ponto de vista mais analítico, deve-se observar que há excertos do art. 45 da Lei nº 8.212, de 1991, que não seriam substancialmente alcançados pela Decisão do Supremo Tribunal Federal”.

No caso em comento, o crédito tributário que se pretende constituir por intermédio deste Auto de Infração refere-se à utilização de crédito fiscal em montante superior ao devido relativamente às operações de transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, irregularidade apurada pelo auditor fiscal a partir da verificação de que a base de cálculo utilizada pelos estabelecimentos remetentes de outros Estados foi calculada em desacordo com as normas constantes da Lei Complementar nº 87/96.

Verifica-se, de logo, que o crédito fiscal lançado no conta-corrente do contribuinte não foi integralmente indevido, mas apenas uma parte sua, o que significa que a compensação feita entre créditos e débitos do ICMS estava, em parte, correta.

Ora, compensação é meio de pagamento, é modalidade de extinção do crédito tributário expressamente revista no art. 156, II, do CTN. Assim sendo, deve ser aplicada a máxima “Ubi eadem est ratio, ibi ide jus” (a mesma razão autoriza o mesmo direito), para que se conclua, sem sobressaltos, que o prazo decadencial, na espécie, iniciou-se na data da ocorrência de cada fato gerador, estando, portanto, o direito potestativo de constituir o respectivo crédito tributário quanto aos fatos geradores anteriores a junho de 2008, irremediavelmente tragado pela decadência (intimação ao Auto de Infração em 27/06/2008).

*Ante o exposto voto pelo **acolhimento da decadência** suscitada pelo recorrente, para declarar extinto o crédito objeto deste lançamento de ofício, quanto aos **fatos geradores anteriores a junho de 2008.**”*

Por conseguinte, inacolho a tese de aplicação do instituto da decadência, pertinente aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a 18 de dezembro de 2004, posto que não há a comprovação do pagamento parcial do imposto reclamado, disso resultando a manutenção da exigência fiscal.

Meritoriamente, no tocante à infração 1, desassiste razão ao recorrente quando busca a concessão do benefício do Regime de Apuração do Imposto em Função da Receita Bruta.

Assim é que, conforme se constata no feito, o fornecedor de refeições do sujeito passivo se encontrava inscrito no Estado sob o regime do SimBahia, logo não poderia fornecer refeições, com o imposto diferido, para estabelecimento contribuinte do ICMS.

De acordo com a legislação, especificamente o art. 347, I, do RICMS/BA, o imposto devido pela circulação da mercadoria deve ser lançado no momento da entrada da refeição no estabelecimento do destinatário, cabendo a ele, no caso presente à autuada, o dever de recolher por substituição tributária, na forma de apuração pelo regime normal, segundo imposição estabelecida no inciso III, § 1º, do art. 348 do mencionado Regulamento.

Ressalte-se que a responsabilidade tributária por substituição se encontra expressamente previsionada no art. 349 do RICMS/BA, *verbis*:

Do Responsável por Substituição pelo Imposto Cujo Lançamento Seja Diferido

Art. 349. A responsabilidade tributária por substituição relativa ao imposto cujo lançamento seja diferido, correspondente às operações ou prestações antecedentes, é atribuída ao contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer a operação, evento, fato ou circunstância que encerre a fase do diferimento.

Ante o exposto, mantenho a procedência da infração 1.

Quanto à infração 2, a qual exige do autuado o recolhimento do ICMS, relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou seus pagamentos com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2004).

Constato residir o cerne da controvérsia na regularidade, ou não, do procedimento praticado pela autuante, quando procedeu a apuração do Levantamento Quantitativo de Estoques.

Com efeito, o lançamento foi impugnado em ambas as instâncias, sob a alegação de que não foram consideradas as quantidades das mercadorias existentes no início do exercício, expressas no estoque inicial dos produtos objetos do levantamento quantitativo, bem como os estoques finais, registrados, respectivamente, nos livros Registros de Inventário dos exercícios de 2003 e 2004.

Para que os argumentos defensivos apresentados pelo recorrente tivessem êxito, seria necessário que viessem acompanhados de elementos probantes, capazes de dar suporte às suas argumentações, tais como cópias do livro de Registro de Inventário, demonstrativos que confirmassem os equívocos cometidos pela autuante e demais provas que dispusesse o contribuinte.

Nesse contexto, o que se verifica nos autos é que o sujeito passivo não se desincumbiu do seu ônus, na medida em que inexistia qualquer prova capaz de desconstituir os elementos utilizados pela autuante no desenvolvimento da ação fiscal, portanto, conclusão não resta do que a da subsistência da infração.

Prosseguindo, já agora no tocante à infração 3, a qual se encontra descrita como falta de recolhimento do ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior àquele informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Assim é que, analisados os elementos existentes na demanda, verifica-se se tratar do tema previsionado no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96 c/c art. 2º, § 3º, VI, do RICMS/BA, ou seja, presunção de omissão de saídas, cabendo ao sujeito passivo demonstrar a improcedência dessa presunção, a qual se concretiza quando apurado serem os valores indicados nos recebimentos através de cartões débito/crédito inferiores àqueles informados pelas administradoras dos cartões.

De tal sorte, no caso versado, se constata, através dos elementos informativos presentes nos autos, ter o contribuinte, no decorrer da sua operação comercial, um comportamento pouco convencional junto à sua extensa rede de franqueados, qual seja, vender ou remeter mercadorias em consignação aos lojistas franqueados (ORTOBOM) e, de acordo com contrato de cessão de créditos firmado entre as partes, disponibilizar “maquinetas” para recebimento quando as vendas se concretizarem, mediante pagamento por meio de cartão de crédito/débito, concordando os franqueados em emitir os correspondentes documentos fiscais das vendas ao consumidor e ceder os recebimentos oriundos de suas operações para a franqueadora, sendo-lhes repassada a margem de ganho mediante depósito em conta corrente.

Destaque-se, também, que o fato do Regime Especial requerido pelo sujeito passivo somente ter sido deferido em momento posterior ao dos fatos geradores desta autuação não seria suficiente para autorizar a exigência do imposto.

Válido repetir que se trata de cobrança do ICMS por presunção, a qual, em direito tributário, se apresenta, sempre, como relativa, competindo ao sujeito passivo comprovar que o fato presumido, na verdade, não ocorreu.

No caso, é incontroverso nos autos que as vendas informadas pelas administradoras de cartão de crédito não envolveram apenas o estabelecimento autuado, mas também todos os seus franqueados.

A SEFAZ/BA, à época dos fatos geradores, conforme se depreende das peças residentes nos autos, tinha conhecimento da forma de operar adotada pelo Recorrente, a qual, vale registrar, por si só, não se constitui em qualquer irregularidade.

Tal entendimento de inexistência de ilicitude é ratificado pelo próprio posicionamento adotado pela SEFAZ/BA, posto que deferiu, ao final, o Regime Especial requerido pelo contribuinte, confirmando a legalidade de sua conduta.

Assim, resta, indubitavelmente, inaplicável à hipótese vertente a presunção utilizada pela autuante e, conseqüentemente, a improcedência da infração.

Ressalte-se que tal entendimento, pela improcedência, já foi corroborado, em Decisão unânime desta Câmara, na oportunidade que julgou o Recurso de Ofício relativo ao Auto de Infração nº 207105.0004/10-7, lavrado pela mesma ilustre Auditora Fiscal, contra idêntico contribuinte, sendo-lhe imputada igual infração, diferença apenas no exercício fiscalizado (2005).

Naquele processo, assim como neste, a auditora autuante encaminhou para juntada aos autos, Parecer emanado da ilustre procuradora Rosana Maciel Bittencourt Passos, no Processo Administrativo Fiscal nº 2071050005103, em que o sujeito passivo e a infração imputada são exatamente os mesmos deste processo e onde também funcionei como Relator, transcrevendo o meu entendimento naquela oportunidade, o qual permanece:

“(...) apesar de considerar faltar competência à Procuradoria Fiscal para emitir opinativo em Recurso de ofício sem que fosse expressamente solicitado, por uma questão de atenção à eminente procuradora, passo a apreciá-lo.

Inicialmente, peço vênia para discordar do seu entendimento no tocante à auditoria por amostragem, porquanto tal procedimento é aceito e válido em todas as demandas, quer administrativas, quer judiciais, quando o universo de dados envolvidos se apresenta em quantidade tão significativa que torna inviável ou injustificável o resultado almejado versus tempo e custos da auditoria.

No caso particular, a recomendação da ilustre procuradora para que o processo, em situação inteiramente similar a este, fosse convertido em diligência para ASTEC/CONSEF, objetivando a apresentação de novo demonstrativo de débito, nesse desiderato apreciando todos os milhares de documentos envolvidos nos autos, além de outros novos apresentados pelo contribuinte após devidamente intimado da diligência, entendo que o órgão de assessoramento técnico desse Conselho não teria alternativa que não fosse a utilização da técnica de auditoria por amostragem, face a sua estrutura funcional, além do que seria necessário um tempo bastante superior ao usualmente praticado, para obedecidos os trâmites legais, apresentar o resultado da apuração.

Ademais, vale consignar que o regime especial solicitado pelo sujeito passivo foi deferido, após a fiscalização confirmar o modus operandi do sujeito passivo. Assim, a diligência revela-se totalmente desnecessária, uma vez que o seu objetivo final já foi alcançado pela fiscalização.”

Concludentemente, por tudo o quanto exposto e sopesando, principalmente, os elementos trazidos aos autos pelo sujeito passivo, bem como a Decisão desta Câmara de Julgamento Fiscal no Acórdão CJP nº 0043-11/12, considerados capazes de elidir a acusação fiscal, tudo a consolidar a improcedência da imputação titulada 3 do Auto de Infração em epígrafe.

Enfrentando agora o Recurso de Ofício, voto pelo seu não provimento, já que esta exigência foi julgada integralmente improcedente, o que confirma a desoneração da infração 3, procedida pela JF.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, mantendo a procedência das infrações 1 e 2, e reformando o teor da Decisão no atinente à infração 3, por considerá-la improcedente, bem como julgo NÃO PROVIDO o Recurso de Ofício atinente à esta última

infração, disso resultando remanescer o valor total do débito de R\$734.961,54 para o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207105.0016/09-1**, lavrado contra **INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$734.961,54**, acrescido das multas de 60% sobre R\$132.206,50 e 70% sobre R\$602.755,04, previstas no art. 42, II, “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de dezembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS