

A. I. Nº - 278906.1301/13-0
AUTUADO - ODESINA PIMENTEL MOREIRA RIBEIRO E CIA. LTDA. (IGACENTER
SUPERMERCADOS) -ME
AUTUANTE - GILMAR SANTANA MENEZES
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21/01/2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0009-05/16

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Argumentos acompanhados de provas elidem parcialmente a imputação. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. BENS DO ATIVO FIXO.** Infração parcialmente caracterizada através das provas apresentadas na defesa. Não acolhida a preliminar de nulidade, nem o pedido para cancelamento ou diminuição das multas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/06/2013, reclama ICMS no valor total de R\$44.572,35, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

INFRAÇÃO 01 - 06.02.01 - Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$14.154,41, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, referente ao período de janeiro de 2008 a dezembro de 2009, conforme demonstrativo às fls.09 a 14, e cópias de notas fiscais às fls.15 a 116.

Capitulação legal: Art. 1º, § 2º, inciso IV, art. 5º, inciso I, 36 § 2º, inciso XIV, 69, 72, 111, inciso III, alínea “a”, art. 124, inciso I e 132 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Capitulação da multa: artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 – 07.01.02 - Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$30.417,94, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, período de janeiro de 2008 a junho de 2009, conforme demonstrativo às fls.118 a 140, e cópias de notas fiscais às fls.165 a 847.

Capitulação legal: Art. 371; art. 125, inciso II, alínea “b”, combinado com o art. 61, do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997.

Capitulação da multa: artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.

Em 07/08/2013, o autuado apresenta impugnação ao auto de infração, fls.854 a 879, pelas razões de fato e de direito a seguir expostos.

Preliminarmente, argüiu a nulidade da autuação com base no argumento de cerceamento de defesa em razão da capitulação incorreta das infrações, violando de maneira explícita o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, bem como o art. 2º da Lei nº 10.941/01 que disciplina o processo administrativo fiscal.

Assim, considerou que sob a ótica da legalidade, não houve a observância aos mencionados princípios consagrados por nosso ordenamento jurídico, uma vez que o autuante apontou de forma genérica os artigos infringidos, não especificando-os.

Dito isto, passou a demonstrar por amostragem, utilizando-se alguns artigos de cada infração dita por cometida, para mostrar a impossibilidade de delimitar todo o equívoco realizado no trabalho fiscal, quais sejam:

Infração I - o artigo 69 do RICMS/BA, possui em sua redação 2 (dois) incisos, 1 (um) parágrafo e 2 (duas) alíneas. Já no artigo 72, também considerado como infringido, temos 3 (três) alíneas. No artigo 124, temos 1 (um) inciso e 3 (três) alíneas;

Infração II – o artigo 371, possui em seu texto 2 (dois) incisos, 5 (alíneas); por fim, para demonstrar a incompleta capitulação legal da infração, temos o artigo 61 dito como infringido. Neste artigo, nobres julgadores, temos um demasiado excesso de normas, espalhados por não menos de 10 (dez) incisos, 7 (sete) parágrafos, e 2 (duas) alíneas.

Salienta que tais artigos possuem diversos itens, parágrafos e alíneas, cada um contendo uma regra jurídica, das mais diversas especificidades possíveis, situação que impede o autuado constatar qual deles o Fisco entende ter sido violado. Para mostrar que ocorreu erro na fundamentação legal do presente Auto de Infração, segue discorrendo sobre o princípio da Tipicidade Cerrada, citando lições de renomados professores de direito tributário.

Destaca, ainda, que a doutrina é unânime em dizer que o vício contido no presente Auto de infração, capitulação legal que não corresponde a verdade material, nem a indica claramente, efetivamente o anula, pois trata-se de vício substancial na motivação do lançamento e que acaba por infringir o art. 142 do CTN, o princípio da subsunção, da tipicidade e, conseqüentemente, o da ampla defesa e do contraditório, o que entende inviabilizar uma ampla defesa.

Além disso, diz que houve cerceamento de defesa em face da não juntada das notas fiscais que comprovariam os cometimentos das infrações, ou seja, a comprovação, por parte da Administração Pública, das notas fiscais que comprovariam o cometimento das infrações que lhe foram imputadas, bem como, que não foi comprovada a realização da ocorrência dos eventos tributáveis, pois não houve qualquer diligência ou notificação ao defendente ou aos supostos vendedores, atribuindo-lhe a suposta falta de recolhimento de ICMS, quer seja pela situação de diferencial de alíquota, quer seja pela alegação de recolhimento a menor de ICMS por antecipação.

No caso da Infração 1, qual seja: “*deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais*”, diz que o entendimento da fiscalização é de que a alíquota interna dos produtos adquiridos seriam, todos, de 17%. Discordou desta conclusão, aduzindo que existem vários produtos adquiridos com alíquotas diferenciadas, como é o caso de materiais de informática. Neste caso, como é de conhecimento elementar, o ICMS devido internamente é de 7%.

Por essa razão, entende necessário para a realização do lançamento tributário seguir, fielmente, a determinação do artigo 142 do Código Tributário Nacional, inclusive quanto a sua necessária instrução documental, que no caso dos autos, seria a juntada das notas fiscais que comprovariam o evento tributável. Diz que o autuante apenas anexou ao processo tabela indicando as notas fiscais, sem trazê-las anexadas, configurando, certamente, claro cerceamento de defesa do contribuinte.

No tocante a infração 2, que figura como a autuação sobre a acusação de “*efetuiu o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação*”, repisa que a falta da anexação das notas fiscais que comprovam as operações, limitou a possibilidade de exercer seu direito de defesa.

Salienta que em muitas operações, os emissores das notas fiscais realizam o recolhimento do ICMS antecipação em seu próprio nome, via guia de recolhimento GNRE, o que o credencia a entrar no Estado com a mercadoria comercializada. Neste caso, diz que nada lhe fora solicitado neste sentido, ou seja, que não foram juntados os subsídios necessários a ampla defesa do contribuinte, como cópia das notas fiscais, por exemplo.

Outro exemplo que diz gerar instabilidade da acusação fazendária é o fato de que em 2008, por exemplo, a defendente foi descredenciada, fato que lhe gerou a obrigação de efetuar o recolhimento antecipado de sua obrigação, sem levar em consideração essa situação, onde o contribuinte recolheu, integralmente e antecipadamente, sua obrigação tributária, antes mesmo da entrada das mercadorias em seu depósito.

Desta forma, sustenta que no trabalho fiscal, não foram apresentadas todas as notas apontadas, o que dificulta o processo de análise da legalidade da autuação, pois se o próprio fisco, que é detentor de todos estes documentos, não conseguiu apontar as notas fiscais que ele mesmo indicou como frutos de supostas ilegalidades, que dirá o contribuinte, que fica a mercê da boa vontade dos fornecedores para tentar comprovar a inexistência das operações, solicitando-lhes cópia de notas fiscais. Sobre esta questão, traz a baila importante manifestação do Agente Fiscal nos autos do processo administrativo formado à partir do Auto de Infração nº 269515.0009/08-4, onde a defendente também era parte.

Dizendo que se trata de um mesmo fato, das mesmas partes, o que leva a conclusão de que, também para o presente caso, devem excluir, definitivamente, todas as notas fiscais que não compuseram o auto de infração no momento de sua lavratura, sob pena de patente cerceamento de defesa do contribuinte/defendente.

Assim, assevera que é claramente impossível o contribuinte, particular que o é, conseguir cópia de notas fiscais que nem o próprio Fisco, que goza de poder estatal e de coercibilidade, conseguira adquirir para instruir sua autuação, além do fato de que rotineiramente empresas emitem notas de venda e depois, ao seu bel prazer, emite nota de cancelamento, por razões próprias, sem que o destinatário da nota tome conhecimento de tal emissão.

Portanto, em razão de todo o exposto, espera a defendente que sejam afastadas todas as notas fiscais citadas no auto de infração e que não têm suas cópias anexadas ao mesmo, no momento de sua lavratura, sob pena de cerceamento de defesa do direito do contribuinte, em desrespeito a nossa Magna Carta.

Ainda em preliminar, aduz impossibilidade da aplicação da Taxa SELIC por violação ao princípio da legalidade. Comenta que a exigência da SELIC como fator de correção monetária, não encontra qualquer respaldo jurídico, eis que, conforme disposto no art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional “*os juros são calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês*”.

Aduz que tal entendimento tem como pressuposto o fato de que a taxa de 1% (um por cento), prevista no referido dispositivo legal, é limite máximo para sua fixação, e não mero parâmetro para tanto, inclusive, estando este entendimento em consonância com o disposto no art. 192, § 3º da Constituição Federal.

Como preliminar de mérito, argui que a Lei Complementar (Código Tributário Nacional) fixou expressamente um prazo de decadência de cinco anos, contados a partir do fato gerador (art. 150, §4º), ou seja, o Estado perde o direito de cobrar o tributo, fiscalizá-lo, e punir seu não recolhimento pelo não exercício deste direito “*durante certo lapso de tempo.*” (PAULO DE BARROS CARVALHO, *in* Curso de Direito Tributário, Saraiva, 12ª ed. 1999, pág. 425).

No caso concreto, diz que assinou o auto de infração ora combatido em 08/07/2013, momento em que afirma a constituição do crédito tributário, eis que tomou conhecimento do mesmo.

Dessa forma, diz que o lançamento impugnado traz em seu corpo a exigência de créditos extintos pelo transcurso implacável do tempo, ou seja, cobra supostos créditos cujos fatos geradores ocorreram há mais de cinco anos.

Comenta que a decadência é a perda do direito do Fisco de constituir o crédito tributário, e que no caso dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, como é o caso do ICMS ora exigido, o prazo decadencial há que ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, consoante dispõe o artigo 150, §4º, do Código Tributário Nacional.

Sustenta que este dispositivo é norma especial de contagem do prazo decadencial, que se aplica apenas aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, em exceção à regra geral consignada no artigo 173, I, que estabelece forma de contagem diversa para os tributos cujo lançamento deva ser realizado de ofício pelo Fisco.

Com isso, conclui que a exceção contida na parte final do artigo 150, §4º, do CTN, não se aplica no presente caso, devendo a contagem do prazo decadencial ser feita a partir da ocorrência do fato gerador (data da emissão da nota fiscal), conforme determina regra geral aplicável aos tributos sujeitos a lançamento por homologação. Sobre este tema, transcreve a jurisprudência no âmbito judicial.

Com base na jurisprudência citada, observa que tomou conhecimento do auto de infração em 08 de julho de 2013, cuja contagem do prazo decadencial nos termos do artigo 150, §4º, do CTN, de todo o crédito referente ao período anterior a 08 de julho de 2008 está extinto pela decadência, nos termos do artigo 156, V, do mesmo diploma.

No mérito, impugnou as infrações na forma que segue:

INFRAÇÃO 1 - 06.02.01

Reafirma que todas as operações anteriores ao dia 08/07/2008, estão abarcado pelo instituto da decadência, eis que transcorrido mais de 5 anos entre o fato gerador e o lançamento tributário.

Quanto as demais operações, fez uma breve avaliação do que consta do Auto de Infração, destacando que a acusação fazendária é de não recolhimento do diferencial de alíquota dos produtos adquiridos para seu consumo, e que foi utilizada indevidamente a alíquota de 17%, sem considerar que em razão de as alíquotas interestaduais ser de 7% (produtos advindos dos Estados do Sul e Sudeste, exceto Espírito Santo) e 12% para os produtos oriundos dos outros Estados da Federação, o lançamento realizado deveria se limitar ao percentual de 10%, para os produtos oriundos do Sul e Sudeste, exceto Espírito Santo, e 5% para os demais Estados, eis que a alíquota interna é 17%, e esses percentuais são as diferenças entre a alíquota interna e a interestadual.

Com base nisso, sustenta a existência de equívoco ao apontar a alíquota do ICMS a 17%, eis que desconsiderou a alíquota interestadual a ser aplicada, gerando a obrigação de pagamento apenas do diferencial, entre a interna e a interestadual.

Para comprovar que não foram respeitadas as regras estabelecidas no artigo 142 do Código Tributário Nacional, eis que a acusação realizada e a alíquota utilizada para quantificar o tributo devido são contraditórios, visto que a alíquota a ser aplicada só poderia ser o diferencial (5% ou 10%) a depender do Estado de origem das mercadorias, juntou planilha demonstrativa do recolhimento dos diferenciais de alíquota (anexo 1, fls.888 a 967) extraídas do livro próprio, feita levando em conta as operações mensais.

Fazendo uma avaliação mais detida sobre a acusação (infração 1), presume que o autuante não levou em consideração o crédito de ICMS interestadual destacado, eis que lançou todas as operações à alíquota de 17%, presunção esta, não admitida no direito tributário, inclusive não respeitou a determinação constitucional contida no artigo 155, § 2º, inciso I, ou seja, não atendeu ao princípio

da não-cumulatividade.

Isto posto, sustenta que a quase totalidade das mercadorias referidas no item em questão não foram destinadas a uso e consumo do seu estabelecimento, mas integraram o próprio processo de comercialização dos produtos por ela vendidos, se tratando de insumos, a exemplo de embalagens (sacolas, bandejas, filme, saco estrela, entre outros) que são utilizados para acondicionar as mercadorias vendidas pela loja, integrando o produto final.

Ainda em vista desta norma constitucional – princípio da não-cumulatividade – diz que, mesmo que não se admitisse a natureza de insumo da maior parte dos materiais objeto da infração 1 do presente auto de infração, ou seja, ainda que se aceitasse a acusação de que tais mercadorias foram destinadas a uso e consumo do estabelecimento, o lançamento em questão não poderia prevalecer à luz do artigo 155, §2º, inciso I, que o ICMS, posto que entende não ter sido observado na autuação deste item. Comenta sobre esta matéria, inclusive citando a doutrina, ensinamento de renomado professor de direito tributário.

Sustenta que todas as operações deveriam incidir a alíquota de 17%, e por se tratar de diferencial de alíquota, deve ser reduzida, do quanto a pagar, a alíquota interestadual.

Para demonstrar a alegada fragilidade do presente lançamento, nota que várias notas fiscais de produtos adquiridos para a informática da empresa, a alíquota de produtos de informática é 7% e não 17%, como faz crer a leitura do auto em questão.

Assim, dizendo que pela perfeita adequação de sua conduta à norma contida no artigo 155, §2, I da Constituição Federal, e pela prevalência deste diploma legal em relação a todos os demais, deve a infração constante no item 1 do presente auto de infração ser cancelado, sob pena de violação àquele preceito constitucional.

INFRAÇÃO 2 – 07.01.02

Observa que o levantamento relacionou as notas fiscais onde foram efetuados os recolhimentos pelo contribuinte, e colocou o MVA que entende devido para cada operação, cobrando a diferença encontrada e aplicando multa de 60%.

Alega que os percentuais de MVAs ditos devidos pelo Agente autuante não são os que vigoram à época dos fatos.

Para fundamentar esta alegação, cita alguns exemplos do equívoco fazendário ao aplicar MVA distinto do que vigia à época dos fatos, quais sejam:

1. *Equívoco na determinação da MVA de Bebidas: RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS: 166133, 201327, 224044, 335155, 340510, 235451, 235450, 235452. BASE LEGAL: RICMS/97, ANEXO 88, ITEM 2.*
2. *Equívoco na determinação da MVA de frango. RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS: 124522, 107861, 118228, 127823, 36182, 166982, 175989, 143660, 157022. BASE LEGAL: RICMS/97, ANEXO 88, ITEM 32.*
3. *Equívoco na determinação de Alíquota do macarrão: RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS: 847322, 788424, 737977, 701460, 628323. BASE LEGAL: RICMS/97, ART. 51.*
4. *Equívoco na determinação de Alíquota do aguardente. RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS: 160610, 208594, 252943, 135313, 489276. BASE LEGAL: RICMS/97, ART. 50 E 51.*
5. *Não observância de valores de substituição ICMS já recolhidos nas N.F. – Cobrança do valor Integral. RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS: 488307, 125140, 260082, 260087, 112875, 267459, 135312, 275826, 284321, 289002.*
6. *Recolhimento realizado integral em razão do descredenciamento da defendente durante o período de agosto a setembro de 2008. RELAÇÃO DE PAGAMENTOS REALIZADOS COMO CONTRIBUINTE DESCRENCIADO JUNTADA NO ANEXO 2 – histórico de pagamento.*

Assim, considera imperioso que seja refeita toda a planilha constante do Auto de Infração ora guerreado, pois o lançamento tributário desrespeitou, mais uma vez, os preceitos legais básicos previstos no art. 142 do Código Tributário Nacional, na medida em que não levou em

consideração a legislação pertinente à época dos fatos para apurar o quanto devido.

Destaca a juntada, no Anexo 2, de planilha de alinhamento dos valores, onde há a comprovação de que os valores recolhidos pelo defendente, à título de ICMS por antecipação, estão corretos e de acordo com a legislação vigente à época dos fatos, tudo em conformidade com trabalho realizado no anexo 2, fls. 969 a 1.325, através de planilha mensal e cópias de notas fiscais, que diz ter logrado comprovar, mais uma vez, a insubsistência do trabalho fiscal realizado.

Além disso, juntou-se, ainda, à título de esclarecimento, histórico de pagamento realizado entre os meses de agosto de setembro de 2008, em que o contribuinte foi descredenciado e efetuou todo seu recolhimento do ICMS devido, antes dos produtos adentrarem ao Estado da Bahia.

E que também constam provas de equívocos contábeis quanto ao código de recolhimento do tributo devido, onde o recolhimento relativo a antecipação total foi feito através do código 2175, onde o correto seria o código 1145.

Nestes termos, requer seja declarada a nulidade da presente infração 2, na medida em que aplicou alíquota de MVA distinta a que vigia à época dos fatos, ou, quando menos, que sejam afastadas da presente cobrança as notas fiscais comprovadamente pagas e que seja refeita a planilha para apurar se remanesce alguma obrigação à ser quitada, na medida em que o anexo 2 comprova o cumprimento da obrigação por parte da defendente.

Ao final, requer:

01 – em sede de preliminar, seja anulado o lançamento fiscal pela incompleta capitulação legal da infração, não juntada das notas fiscais lançadas, bem como por conter em seu bojo a inconstitucional aplicação da taxa Selic;

02 – seja declarada a decadência do direito de lançar para todos os eventos ocorridos antes do dia 08 de julho de 2008, eis que a defendente apenas tomou conhecimento do presente auto de infração em 08 de julho de 2013; transcorreu-se mais de 5 anos, portanto, entre o fato gerador e o lançamento tributário ora combatido;

03 – no que tange ao item 1, seja cancelada a exigência do imposto e multa aplicados, eis que a acusação diz respeito ao não recolhimento do diferencial de alíquota e a alíquota aplicável pelo agente autuante foi a interna, sem levar em consideração a alíquota interestadual; ademais, os documentos juntados no anexo 1, demonstram o recolhimento do diferencial de alíquota, nos exatos termos da determinação legal;

04 – no que tange ao item 2, infração 2, seja declarado nulo a exigência por completa dissintonia entre os fatos geradores e a legislação pertinente à sua época ou, quando menos, que seja recalculada a obrigação tributária dentro da perspectiva apontada no anexo 2, dos documentos juntados, e ainda, excluído as notas fiscais comprovadamente pagas;

05 – requer, outrossim, seja o signatário e procurador intimado de todos os atos processuais doravante praticados, juntando-se aos autos a procuração que habilita os signatários a militar nos autos, bem como cópia dos documentos constitutivos da defendente.

Em 24/09/2013, na informação fiscal à fl.1.327, o autuante rebateu as razões defensivas dizendo, em relação à infração 1, que:

I - Empresas optantes pelo Simples Nacional, não gera crédito fiscal.

II - As planilhas constantes nas páginas 09 à 14 deste processo, mostra que nos cálculos foram considerados os créditos fiscais das empresas que davam esse direito e também foram incluídos os pagamentos efetuados pela autuada. Ver relação de Dae's pagos nas páginas 146 à 164.

Quanto à Infração 2, informa que foi acatada a defesa do contribuinte, nos fatos referentes as MVA's e alíquota interna de macarrão. Diz que a planilha foi corrigida e anexada ao processo, ficando esta infração com o novo valor de R\$ 21.478,87 (vinte e um mil, quatrocentos e setenta e oito reais e oitenta e sete centavos).

Conforme intimação, fl.1.353, em 30/09/2013, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante à fl.1.327, sendo-lhe entregues cópias, tendo manifestado em 11/10/2013, fls.1.355 a 1.361, argüindo o que segue:

INFRAÇÃO I – Diferencial de alíquota

Repete que foi utilizada alíquota de 17% como devida, porém, em se tratando de aquisição de material para uso e consumo ou imobilizado, e não mercadorias para revenda, é devido o pagamento da diferença entre alíquota interna e a alíquota interestadual do produto adquirido, conforme artigo 69 do RICMS/97.

Para demonstrar, mais uma vez, a fragilidade do presente lançamento, nota que existem várias notas fiscais de produtos adquiridos para a informática da empresa, os quais, possuem benefício fiscal de redução da base de cálculo, redução esta que deve ser considerada no cálculo do ICMS diferencial de alíquota, conforme leitura do inciso V do artigo 87 e do inciso I do artigo 72:

INFRAÇÃO 2 – Recolhimento a menor do ICMS por antecipação total

Repisa a infração, dizendo que o autuante relacionou as notas fiscais onde foram efetuados os recolhimentos pelo contribuinte, e colocou o MVA que entende devido para cada operação, cobrando a diferença encontrada e aplicando multa de 60%.

Repete o fora argüida na defesa anterior, ou seja:

1. **Equívoco na determinação da MVA de Bebidas.** *RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS:* 208594 10/10/2008, 293755 07/01/2009, 266407 09/03/2009, 276287 17/03/2009. *BASE LEGAL:* RICMS/97, ANEXO 88, ITEM 2.
2. **Equívoco na determinação da MVA de frango.** *RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS:* 166982 20/03/2009, 286922 09/06/2009. *BASE LEGAL:* RICMS/97, ANEXO 88, ITEM 32.
3. **Equívoco na determinação de Alíquota do aguardente.** *RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS:* 208594 10/10/2008, 293755 07/01/2009, 266407 09/03/2009, 276287 17/03/2009, 402555 08/06/2009. *BASE LEGAL:* RICMS/97, ART. 50 E 51.
4. **Não observância de valores de substituição ICMS já recolhidos nas N.F. – Cobrança do valor Integral.** *Apresentou relação das notas fiscais.*
5. **Recolhimento realizado integral em razão do descredenciamento da defendente durante o período de agosto a setembro de 2008.** *RELAÇÃO DE PAGAMENTOS REALIZADOS COMO CONTRIBUINTE DESCRENCIADO JUNTADA NO ANEXO 1 – histórico de pagamento*
6. **Equívoco na determinação do crédito do produto.** *RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS:* 5741 01/07/2008, 927254 01/08/2008, 6848 02/10/2008, 1601 26/11/2008, 8771 27/03/2009, 14271 15/05/2009, 773687 27/05/2009.
7. **Equívoco na determinação do valor total do produto.** *RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS:* 230 01/07/2008, 454517 02/01/2009, 453670 02/01/2009, 351216 06/05/2009, 472308 20/05/2009, 449689 09/06/2009.

Juntou no Anexo 1, fls. 1.362 a 1.387, planilha de alinhamento dos valores, visando a comprovação de que os valores recolhidos pelo defendente, à título de ICMS por antecipação, estão corretos e de acordo com a legislação vigente à época dos fatos, inclusive explicou os critérios utilizados na elaboração do referido trabalho.

Além disso, diz que também constam provas de equívocos quanto ao código de recolhimento do tributo devido, onde o recolhimento relativo a antecipação total foi feito através do código 2175, onde o correto seria o código 1145.

Finaliza requerendo a ratificação de todos os argumentos citados na defesa inicial deste processo.

Em 18/10/2013, na informação fiscal à fl.1.391, o autuante declara ciente da manifestação do autuado e mantém sua informação com suas correções produzidas nas páginas 1.327 a 1.351.

Constam às fls. 1.397 a 1.399, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento da parcela reconhecida, nos valores de R\$8.835,81 e R\$ 10.681,79.

Em 30/01/2014, o autuado às fls.1.392 a 1.295 apresenta suas considerações adicionais ao processo de julgamento, a saber:

1. *A empresa em epígrafe, por sempre acreditar na justiça fiscal inerente a Junta de Julgamento fiscal, manifestou-se tempestivamente em suas defesas e apontamentos alusivos ao Auto de Infração acima referendado.*
2. *Tendo em vista a Lei nº 12.903/2013 (REFIS), o contribuinte tomou a livre iniciativa de efetuar a quitação de valores apresentados no Auto de Infração.*
 - a. *No que concerne à Infração I – Diferencial de alíquota, o contribuinte reconheceu os débitos das notas fiscais abaixo elencadas, totalizando num valor a recolher de R\$ 8.835,81. Segue, em apenso, cópia do DAE no valor de R\$ 9.300,29 (nove mil e trezentos reais e vinte e nove centavos).*
 - b. *Com relação à Infração II – Recolhimento a Menor do ICMS por Antecipação Total, a seguir é detalhado as diferenças apuradas pelo contribuinte, individualizados por mês, totalizando em R\$ 10.681,78. Segue, em apenso, cópia do DAE no valor de R\$ 11.242,96 e planilha com detalhamento por notas.*
3. *Os referidos pagamentos procederam-se em 28 de novembro do corrente ano; portanto, dentro do prazo legal previsto;*
4. *Ressalta-se que os recolhimentos acima elencados foram feito em perfeita consonância com a Segunda Defesa apensada ao processo, mediante protocolo 238479/2013-9, de 10 de outubro de 2013. Instrumento este que detalha, em suas minúcias, os equívocos contidos na Infração I (Diferencial de Alíquotas) e Infração II (Recolhimento a menor do ICMS por antecipação total)*

Face a toda argumentação descrita, requer que a autoridade julgadora declare a extinção do Auto de Infração em questão.

Conforme despacho de fls.1.417 e 1.418, o então Relator, submeteu o processo à Pauta Suplementar do dia 16/04/2014, sendo decidida a conversão do mesmo em diligência à INFAZ de origem para que o autuante ou preposto designado, a partir da documentação apresentada pelo contribuinte, refizesse os levantamentos fiscais relativos às duas infrações, considerando:

I) Em relação à primeira infração:

a) o percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para a operação interna e a alíquota interestadual da unidade da Federação de origem, mesmo se tratando o remetente de optante do Simples Nacional, nos termos previstos no parágrafo único, inciso I, “a”, do art. 69 do RICMS/97;

b) Para fins de pagamento da diferença de alíquotas relativo a operações com redução da base de cálculo, caso comprovadas, considerar as determinações previstas, à época, no art. 72 do RICMS/97.

II) Em relação à segunda infração, apresentar informação fiscal, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação, conforme previsto no art. 127, § 6º, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o qual determina que “A informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação.”

3º) Se pertinente, apresentar novos demonstrativos sintéticos e analíticos com os valores mensais remanescentes.

Considerando que o sujeito passivo impugnou o lançamento de ofício, conforme razões expendidas às fls. 854 a 879 dos autos, tendo:

1. em relação à infração 1, alegado que a exigência deveria se limitar ao percentual de 10%, para os produtos oriundos do Sul e Sudeste, e 5% para os demais Estados, em razão da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, visto que o autuante não considerou o crédito do ICMS;
2. em relação à segunda infração, alegado: a) equívocos na determinação da MVA de bebidas e frango, e da alíquota do macarrão e aguardente; b) não observância de valores de substituição ICMS já recolhidos nas notas fiscais; c) não consideração de recolhimentos realizados em razão do descredenciamento do autuado, do que cita notas fiscais e legislação, anexa planilhas e documentos.

Considerando que o autuante, quando da sua informação fiscal, à fl. 1.327 dos autos, em relação à infração 1, aduz que as empresas optantes pelo Simples Nacional não geram crédito fiscal, razão de manter a autuação, e, em relação à infração 2, acatou as alegações de defesa referentes as MVA's e alíquota interna de macarrão, corrigindo a planilha e apurando o valor remanescente de R\$21.478,87, conforme documentos às fls. 1.328 a 1.351 dos autos.

Considerando que o autuado, em nova manifestação, às fls. 1.355 a 1.361 dos autos, em relação:

1. à infração 1, aduz que, nos termos do art. 69 do RICMS/97, o pagamento da diferença de alíquotas será o valor resultante entre o percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem, do que diz ter produtos adquiridos de informática com benefício de redução da base de cálculo;
2. à infração 2, reitera suas alegações de defesa e cita diversas notas fiscais que já havia recolhido o ICMS-ST, além de acrescentar fato novo de que no levantamento fiscal ocorreu equívoco na determinação do crédito fiscal e do valor total do produto, do que cita as notas fiscais e anexa documentos às fls. 1.363 a 1.387 dos autos.

Considerando que o autuante, à fl. 1.391 dos autos, toma ciência da manifestação do contribuinte e mantém a informação fiscal anterior.

Considerando que o autuado, volta a se manifestar, às fls. 1.392 a 1.395 dos autos, apresentando demonstrativos dos valores por ele reconhecidos em relação às citadas infrações, apresentando planilha às fls. 1.396 a 1.412 dos autos.

Conforme despacho de diligência às fls. 1.417 e 1.418, na Pauta Suplementar do dia 16/04/2014, os membros desta 2ª Junta de Julgamento Fiscal, decidiram pela conversão do PAF em diligência à INFAZ de origem para que o autuante ou preposto designado, a partir da documentação apresentada pelo contribuinte, refizesse os levantamentos fiscais relativos às duas infrações, considerando:

I) Em relação à primeira infração:

- a) o percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para a operação interna e a alíquota interestadual da unidade da Federação de origem, mesmo se tratando o remetente de optante do Simples Nacional, nos termos previstos no parágrafo único, inciso I, “a”, do art. 69 do RICMS/97;
- b) Para fins de pagamento da diferença de alíquotas relativo a operações com redução da base de cálculo, caso comprovadas, considerar as determinações previstas, à época, no art. 72 do RICMS/97.

II) Em relação à segunda infração, apresentar informação fiscal, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação, conforme previsto no art. 127, § 6º, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o qual determina que *“A informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação.”*

3º) Se pertinente, apresentar novos demonstrativos sintéticos e analíticos com os valores mensais remanescentes.

Em 03/07/2014, fls.1.422 a 1.423, o autuante atendendo a diligência solicitada pelo órgão julgador, informa que refez os levantamentos fiscais relativos às infrações 1 e 2, a partir da documentação apresentada pelo sujeito passivo, concluindo que:

Infração 1 – foi corrigida a planilha de cálculo do diferencial de alíquotas, atendendo ao previsto no artigo 69, parágrafo único, inciso I, alínea “a” e o artigo 72, do RICMS/97, de cujos valores apurados foram abatidos os valores pagos, constantes no sistema de arrecadação da SEFAZ, conforme cópias às fls.1.449 a 1.460, resultando no débito a recolher no total de R\$ 9.656,86.

Infração 2 – foi corrigida a planilha de apuração do ICMS Substituição Total, com atenção às inconsistências apresentadas pelo autuado, ressaltando que não acatou os valores acrescentados como recolhidos através de GNRE/NF, pois os mesmos já estão embutidos nos valores totais de recolhimento retirado do sistema de arrecadação da SEFAZ, resultando no débito no total de R\$ 20.259,92.

Em 23/07/2014, conforme intimação, fl.1.468, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante à fl.1.422 e 1.423, sendo-lhe entregues cópias, tendo manifestado às fls.1.470 a 1.472, arrazoando-a consoante razões a seguir:

Antes de iniciar as argumentações de praxe, reitera os termos da sua impugnação, devidamente juntada aos autos em atenção ao princípio da economia processual.

Nessa demanda de exceção, aduz ser necessário repisar a manifestação protocolizada em 30 de janeiro de 2014, onde a defendente demonstrou o pagamento de inúmeros fatos geradores presentes no auto de infração ora combatido, nos termos da anistia estadual concedida pela Lei nº 12.903/2013.

Assim, diz restar, portanto, pouco a se tratar na presente demanda.

Diz que o primeiro assunto a ser aduzido diz respeito a patente comprovação do evento da decadência do direito da Fazenda Estadual constituir o crédito tributário, pelo repisa tudo o que já fora aduzido em sede de primeira defesa administrativa.

Reafirma, ainda, toda matéria argüida em sede de preliminar, que diz fulminar de nulidade o presente processo administrativo tributário.

Quanto a diligência, diz que apesar do agente fiscal responsável pela diligência solicitada por este r. Conselho ter afastado do trabalho fiscal inúmeras notas legítimas e devidamente utilizadas pela manifestante, aponta mais alguns poucos equívocos na manutenção de outras cobranças.

Com relação à infração 1, diz que o autuante manteve os créditos tributários abrangidos pelo instituto da decadência (todos de janeiro/2008 a junho/2008), em que pese à patente comprovação da impossibilidade de manutenção da mesma.

Sobre os demais períodos (agosto/2008 a novembro/2009) sustenta que foram objetos de recolhimento nos termos da anistia concedida pela Lei nº 12.903/2013, conforme já afirmado nos presentes autos.

Assim, observa que restou, avaliando a diligência ora respondida, o período relativo a dezembro de 2009, onde se aponta uma diferença no valor de R\$ 230,35 relativo a diferencial de alíquota, o qual, diz que conforme comprovado em sede de primeira defesa, referido período foi devidamente quitado.

Juntou, mais uma vez, cópia do resumo de apuração do ICMS relativo a dezembro de 2009, onde resta comprovado o recolhimento do diferencial de alíquota no valor de R\$ 1.147,26, cuja informação diz ser de conhecimento da fiscalização, sendo necessária a exclusão do período – dezembro/2009 – do presente auto de infração.

No tocante a resposta a infração II, chama a atenção que o agente responsável pela diligência fiscal insiste em não acatar os recolhimentos do ICMS realizados através de GNRE/NF, que houve. Juntou, mais uma vez, cópia dos comprovantes de recolhimento do ICMS exigido na presente infração.

Repisa, mais uma vez, a manifestação protocolizada em 30/01/2014, onde a manifestante comprovou o recolhimento do crédito tributário nos termos da anistia concedida pela Lei n. 12.903/2013, excetuando, para tal recolhimento, os recolhimentos realizados via GNRE/NF, eis que o mesmo comprova o cumprimento da obrigação tributária incidente em cada evento nos termos da legislação vigente.

Diante de todo o exposto, requer seja julgado procedente sua Impugnação Administrativa interposta, bem como o reconhecimento dos recolhimentos realizados nos termos da anistia concedida pela Lei nº 12.903/2013, conforme demonstrado na petição protocolizada em 30/01/2014, pelas razões elencadas, bem como pelas razões ora expostas, que implicam no reconhecimento de ilegalidade na manutenção da mesma em razão da fragilidade da diligência realizada pelo Agente Fiscal responsável.

Constam às fls. 1.578 a 1.580, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Detalhes de Pagamento PAF”, referente ao pagamento das parcelas reconhecidas, nos valores de R\$ 8.835, 81 e R\$ 10.681,79.

Conforme despacho de fls.1.583 e 1.584, considerando que:

- a) o sujeito passivo, às fls.1.470 a 1.472, ao se manifestar sobre a informação fiscal constante às fls.1.422 e 1.423, demonstrou o pagamento de inúmeros fatos geradores presentes no auto de infração ora combatido, nos termos da anistia estadual concedida pela Lei nº 12.903/2013;
- b) foi alegado na defesa que o autuante na diligência, apesar de ter afastado do trabalho fiscal inúmeras notas legítimas e devidamente utilizadas pela manifestante, aponta mais alguns poucos equívocos na manutenção de outras cobranças;
- c) no caso da infração 1, o autuado acolheu os valores apurados pelo autuante, exceção do valor de R\$ 230,35, referente ao período de dezembro de 2009, para o qual, sustenta que o referido período foi devidamente quitado, conforme consta no RAICMS juntado ao processo;
- d) quanto à infração 2, foi alegado que na diligência fiscal o autuante insiste em não acatar os recolhimentos do ICMS realizados através de GNRE/NF, conforme cópia dos comprovantes de recolhimento do ICMS exigido na presente infração.

Considerando que o autuante não teve a oportunidade de se pronunciar sobre a alegação e os novos documentos trazidos pelo defendente, quando da sua última manifestação acima aludida, na Pauta Suplementar do dia 22/01/2015, os membros desta 2ª Junta de Julgamento Fiscal, decidiram pela conversão do PAF em diligência à INFAZ de origem para que o autuante ou preposto designado, a partir da documentação apresentada pelo contribuinte, preste informação fiscal nos termos abaixo:

I) Em relação à primeira infração:

Intimasse o autuado a apresentar a memória de cálculo que resultou no recolhimento do diferencial de alíquota no montante de R\$ 1.147,26 e lançado no RAICMS, no mês de dezembro de 2009, conforme documento à fl.1.474, de modo que seja conferido se realmente o valor de R\$ 230,35, referente às notas fiscais nº 5705; 5707; 5708 e 5760, foi incluído no referido valor.

II) Em relação à segunda infração:

Em 10/03/2015, fl.1.586, o autuante atendendo a diligência solicitada na página 1.583, informou que o autuado foi intimado a apresentar a memória de cálculo do recolhimento referente ao mês de dezembro de 2009, o qual, em relação à infração 01, apresentou o solicitado com as respectivas notas fiscais. Quanto a infração 02, aduz que não foi necessário refazer o levantamento fiscal, pois foram considerados todos os recolhimentos realizados pela empresa, inclusive aqueles vias GNR/NF, conforme constas nas páginas 1.430 a 1.460. Para reforçar esta informação anexou cópia do levantamento fiscal com os valores e notas grifadas em amarelo (docs.fls.1.588 a 1.627).

Conforme intimação, fl.1.628, em 23/03/2015, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante fl.1.586, sendo-lhe entregues cópias, o qual, se manifestou em 01/04/2015, fls.1.630 a 1.631, arguindo o seguinte.

Diz que o autuante recusou-se a refazer o levantamento fiscal afirmando que todos os recolhimentos realizados pela empresa foram reconhecidos em seus cálculos, inclusive aqueles via GNRE/NF.

Fez as seguintes considerações que considera relevantes:

- ✓ *Conforme demonstrado em 02 (duas) manifestações anteriores, o ilustre auditor não considerou em seu cálculo os valores de substituição tributária destacados pelo fornecedor e efetivamente cobrados na operação.*
- ✓ *Ofertando cartularidade a afirmação anteriormente apresentada, tomamos como base o mês de novembro de 2008. Neste período as planilhas do auditor apresentaram um valor bruto devido de R\$ 3.610,79. Como valor recolhido, a planilha do auditor apresenta o montante de R\$ 1.488,48. É justamente neste valor recolhido que enfatizamos as nossas considerações, haja vista que das notas elencadas, 06 (seis) apresentavam valores destacados no campo “VALORES DO ICMS SUBSTITUIÇÃO”, totalizando em R\$ 187,97 que não foram consideradas no valor recolhido*

antecipadamente.

✓ *Segue, mais uma vez em apenso, cópia das notas fiscais citadas anteriormente.*

Juntou documentos às fls.1.632 a 1.637.

Conclui pedindo a extinção do Auto de Infração.

Em 02/06/2015, fl.1.640, o autuante informou que o autuado foi intimado a apresentar a memória de cálculo do recolhimento referente ao mês de dezembro de 2009, e apresentou a mesma com as respectivas notas fiscais.

Quanto a segunda infração repete que não foi preciso refazer o levantamento fiscal, pois foram considerados todos os recolhimentos realizados pela empresa, inclusive aqueles via GNRE/NF, conforme consta nas páginas 1.430 a 1.460, tendo naquela oportunidade anexado cópia do levantamento fiscal com valores e notas fiscais grifadas de amarelo.

Considerou improcedente a alegação do autuado de que não recusou a fazer novo levantamento, pois foram consideradas as solicitações que eram pertinentes. Além disso, diz que as referidas notas fiscais constantes na manifestação defensiva, o fornecedor não tem inscrição estadual de substituto tributário no Estado da Bahia, e sendo assim, se foi pago este imposto o mesmo deve ser cobrado do referido fornecedor.

VOTO

Analisando as preliminares de nulidade suscitadas na defesa pelo sujeito passivo, observo que a esta altura processual não assiste razão ao sujeito passivo em sua alegação de cerceamento ao direito da ampla defesa e não atendimento ao devido processo legal, tendo em vista que:

- a) O PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, cujas multas exigidas estão fundamentadas em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam cada item da autuação.
- b) A acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, inclusive constando o devido esclarecimento sobre o procedimento fiscal e a origem da cada infração apurada, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. Os demonstrativos elaborados pelo autuante identificam de forma bastante clara as infrações, tendo em vista que estão identificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que geraram a exigência tributária em questão.
- c) Nas informações fiscais o autuante justificou satisfatoriamente todas as questões levantadas nas defesas, anexando documentos e refazendo demonstrativo do débito naquilo que considerou pertinente, merecendo ressaltar que o autuado recebeu cópias de todo o levantamento fiscal das infrações, tendo exercido a ampla defesa.
- d) Quanto a erro na apuração do débito por erro na aplicação das alíquotas (infração 01); não consideração no levantamento fiscal de recolhimentos efetuados via guia de recolhimento GNRE, (infração 02), e a alegação defensiva de que não foram juntadas as cópias das notas fiscais ao processo, residindo no campo das provas, não há que se falar em nulidade do lançamento, mas sim sobre a sua procedência ou improcedência, questão que será tratada por ocasião do exame do mérito. Ressalto que o pedido do autuado foi sentido de juntar aos autos notas fiscais especificadas nos levantamentos, tornando desnecessário tal medida tendo em vista que tais documentos fiscais estão na posse do sujeito passivo, e mesmo assim o autuante atendeu este pedido.

Logo, com os esclarecimentos trazidos nas informações fiscais não cabe a alegação de nulidade por cerceamento de defesa em razão da alegada capitulação incorreta das infrações sem

especificar os incisos dos artigos tidos com infringidos, visto que, como dito acima, foram especificadas no Auto de Infração as normas infringidas, após o demonstrativo de débito, o enquadramento legal com a indicação dos dispositivos infringidos, que estão em conformidade com a imputação, inclusive nas planilhas que embasaram a autuação, desde a formação inicial e durante o a fase processual, consta esclarecimento da descrição correta das infrações, especificando no levantamento fiscal nota por nota, fato que possibilitou ao autuado exercer seu amplo direito de defesa.

Quanto alegação de cerceamento de defesa em razão da capitulação incorreta das infrações, de acordo com o art. 19 do RPAF/99, *“A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal”*, e no caso, além da descrição dos fatos permitir o entendimento das acusações fiscais, o enquadramento legal o torna compreensível, tanto que o sujeito passivo exerceu seu direito de defesa apontando equívocos na apuração do débito, que foram em parte acolhidos nas informações fiscais.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, pelo que, rejeito as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Sobre a jurisprudência citada na defesa, entendo não aplicável por se tratar de situação diversa da que foi objeto deste processo.

Quanto ao pedido de dispensa de multa, trata-se de penalidade por descumprimento de obrigação tributária principal, e não acessória, e tal análise, por este Contencioso, não encontra previsão legal, pelo que não pode ser acolhido neste processo.

Ainda em preliminar, o sujeito passivo argüiu a inconstitucionalidade da utilização da Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), para a atualização dos débitos, e a conseqüente inaplicabilidade como juros, por entender que o § 1º do art. 161 do CTN determina que só se pode cobrar juros de mora, não admitindo percentual superior a 1%.

A atualização dos débitos tributários pela taxa SELIC é prevista no art. 102, § 2º, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB). Este órgão julgador não pode declarar a inconstitucionalidade da legislação do Estado (art. 167, do RPAF/BA).

Como preliminar de mérito, foi argüido que a Lei Complementar (Código Tributário Nacional) fixou expressamente um prazo de decadência de cinco anos, contados a partir do fato gerador (art. 150, §4º), ou seja, que o Estado perde o direito de cobrar o tributo, fiscalizá-lo, e punir seu não recolhimento pelo não exercício deste direito *“durante certo lapso de tempo.”* No caso concreto, diz que assinou o auto de infração 08/07/2013, momento em que afirma a constituição do crédito tributário, eis que tomou conhecimento do mesmo.

No caso concreto, argumenta que tomou conhecimento do auto de infração em 08 de julho de 2013, cuja contagem do prazo decadencial nos termos do artigo 150, §4º, do CTN, de todo o crédito referente ao período anterior a 08 de julho de 2008 está extinto pela decadência, nos termos do artigo 156, V, do mesmo diploma.

Analisando a preliminar de decadência dos fatos geradores anteriores a 08 de julho de 2008, observo que não assiste razão ao defendente, uma vez que, segundo o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, *“o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”*.

Já o parágrafo único do mesmo artigo reza que *“o direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido*

iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento".

Ou seja, o entendimento no âmbito do CONSEF é de que a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o fisco tem 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.

No presente caso, para o crédito tributário vencido nos citados períodos, considerando-se que o lançamento ocorreu em 27/06/2013 com a lavratura do auto de infração, a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 2008, findando-se em 31/12/2012, incorrendo, assim, a alegada decadência.

No mérito, passo a proferir meu voto levando em conta o que consta nos autos e as várias informações fiscais e manifestações defensivas, senão vejamos.

Infração 1 - 06.02.01

A autuação está fundamentada na 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 próprio estabelecimento.

O lançamento foi impugnado com base na alegação de que houve equívoco por parte da fiscalização ao aplicar a alíquota interna sobre todos os produtos, aduzindo que existem vários produtos adquiridos com alíquotas diferenciadas, como é o caso de materiais de informática, cujo ICMS devido internamente é de 7%. Além disso, que a quase totalidade das mercadorias referidas no item em questão não foram destinadas a uso e consumo do seu estabelecimento, mas integraram o próprio processo de comercialização dos produtos por ela vendidos, se tratando de insumos, a exemplo de embalagens (sacolas, bandejas, filme, saco estrela, entre outros) que são utilizados para acondicionar as mercadorias vendidas pela loja, integrando o produto final.

O autuante presta informação fiscal concordando com a defesa, informou que foi corrigida a planilha de cálculo do diferencial de alíquotas, atendendo o previsto no art. 69, parágrafo único, inciso I, alínea "a" e o art. 72, do RICMS/97, e que nos valores apurados foram abatidos os valores pagos, constante no sistema de arrecadação da SEFAZ, cópias anexadas aos autos, concluindo pela redução do débito para o valor de R\$ 9.886,91.

Cientificado deste novo resultado, o sujeito passivo acolheu os valores apurados pelo autuante, exceção do valor de R\$ 230,35, referente ao período de dezembro de 2009, para o qual, sustenta que o referido período foi devidamente quitado, conforme consta no RAICMS juntado ao processo, onde o recolhimento do diferencial de alíquota no valor de R\$ 1.147,26.

Além disso, sustenta que o período de janeiro a junho de 2008 foi atingido pela decadência, questão que já foi trata na análise da preliminar de mérito.

Portanto, para o deslinde da questão resta apenas examinar se é devido o valor de R\$ 230,35, alegado pelo autuado como recolhido.

Considerando que alegação defensiva de que o referido valor foi pago no mês de dezembro de 2009, o processo foi baixo em diligência para que fosse intimado o autuado a apresentar a memória de cálculo que resultou no recolhimento do diferencial de alíquota no montante de R\$1.147,26 e lançado no RAICMS, conforme documento à fl.1.474, de modo que seja conferido se realmente o valor de R\$ 230,35, referente às Notas Fiscais n^{os} 5705; 5707; 5708 e 5760, foi incluído no referido valor.

Constato que o autuante atendendo a diligência solicitada pelo órgão julgador, informou que o autuado foi intimado a apresentar a memória de cálculo do recolhimento referente ao mês de dezembro de 2009, sendo atendido com a juntada das respectivas notas fiscais, mas não foi

comprovado o recolhimento do valor de R\$ 230,35.

Sendo assim, não tendo o autuado logrado êxito na comprovação de sua alegação, acolho o resultado apurado pelo autuante para concluir pela subsistência parcial deste item da autuação para o valor de R\$ 9.886,91.

Data Ocor.	Data Venc.to.	B.Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Fls. 1422/3
31/01/2008	31/01/2008	1.098,24	17	60	186,70
28/02/2008	28/02/2008	1.155,76	17	60	196,48
31/03/2008	31/03/2008	1.162,76	17	60	197,67
30/04/2008	30/04/2008	773,47	17	60	131,49
31/05/2008	31/05/2008	263,00	17	60	44,71
30/06/2008	30/06/2008	374,71	17	60	63,70
31/08/2008	31/08/2008	8.048,41	17	60	1.368,23
30/09/2008	30/09/2008	5.514,24	17	60	937,42
31/10/2008	31/10/2008	3.443,59	17	60	585,41
30/11/2008	30/11/2008	3.156,00	17	60	536,52
31/12/2008	31/12/2008	7.011,41	17	60	1.191,94
31/01/2009	31/01/2009	1.980,88	17	60	336,75
28/02/2009	28/02/2009	1.941,00	17	60	329,97
31/03/2009	31/03/2009	10.378,41	17	60	1.764,33
30/04/2009	30/04/2009	2.248,00	17	60	382,16
31/05/2009	31/05/2009	7.464,59	17	60	1.268,98
31/08/2009	31/08/2009	-	17	60	0,00
30/09/2009	30/09/2009	-	17	60	0,00
31/10/2009	31/10/2009	-	17	60	0,00
30/11/2009	30/11/2009	788,82	17	60	134,10
31/12/2009	31/12/2009	1.355,00	17	60	230,35
TOTAL					9.886,91

Infração 2 – 07.01.02

Trata da acusação de falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, no período de janeiro de 2008 a junho de 2009.

A infração foi enquadrada nos artigos Art. 371; art. 125, inciso II, alínea “b”, combinado com o art. 61, do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto 6.284/1997, que rezam *in verbis*:

Art. 371. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125.

(....)

Art. 125. O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:

II - na entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 7º e 8º:

(....)

b) tratando-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação pela legislação estadual interna, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subseqüentes;

Portanto, com base na legislação acima, o autuado é sujeito passivo por substituição nas operações objeto da lide, eis que as mercadorias estão enquadradas no regime de substituição tributária.

Os valores lançados no demonstrativo de débito foram apurados com base na planilha às fls.118 a 140, e cópias de notas fiscais às fls.165 a 847, na qual, encontram-se discriminadas as notas fiscais

que originaram o lançamento, e se referem em todas elas a produtos enquadrados no regime de substituição tributária, fato não negado pelo sujeito passivo.

Na defesa o autuado impugnou o lançamento com base nas seguintes premissas: equívoco na determinação da MVA de Bebidas; equívoco na determinação da MVA de frango; equívoco na determinação de Alíquota do macarrão; equívoco na determinação de Alíquota do aguardente; não observância de valores de substituição ICMS já recolhidos nas N.F.; recolhimento realizado integral em razão do descredenciamento da defendente durante o período de agosto a setembro de 2008; e não consideração de pagamentos realizados.

Verifico que nas informações fiscais e diligências produzidas pelo autuante, fls.1.327, 1.422 a 1.423, 1.586 e 1.640, foram atendidas as alegações acima apresentadas pelo sujeito passivo, inclusive com a redução do débito daquilo que foi considerado pertinente, e o autuado foi cientificado de todas as informações prestadas pelo autuante, e exerceu a ampla defesa. Assim, tomo para este voto a última manifestação do autuado de fls.1.630 a 1.631, pois remanesceu apenas as questões relacionadas com a alegação de que não foram considerados nos cálculos os valores da ST destacados pelos fornecedores.

A esta altura processual, considero esta questão superada, pois conforme confirmei, está correta a informação do autuante de que foram considerados todos os recolhimentos realizados, nada acrescentando à lide os documentos fiscais acostados às fls.1.632 a 1.637.

Vale consignar que as mercadorias são originárias de fornecedores que tem sua origem em Estados signatários de acordo de retenção prévia da ST, não estando inscrito o remetente neste Estado na condição do contribuinte ST, e não restando comprovado que foi feita a substituição tributária na origem, cabe ao destinatário, no caso o autuado, a obrigação de efetuar o pagamento antecipado, nos termos da legislação tributária.

Observo ainda que o autuado ao se defender considerou que o período anterior a agosto de 2008 está extinto pela decadência, questão esta já apreciada na análise da preliminar de mérito.

Nestas circunstâncias, concluo pela subsistência parcial deste item no valor de R\$ 20.259,92, conforme demonstrativo de débito abaixo.

Data Ocor.	Data Venc.to.	B. Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/01/2008	31/01/2008	-	17	60	-
28/02/2008	28/02/2008	3.513,12	17	60	597,23
31/03/2008	31/03/2008	2.097,94	17	60	356,65
30/04/2008	30/04/2008	4.136,88	17	60	703,27
31/05/2008	31/05/2008	5.908,76	17	60	1.004,49
30/06/2008	30/06/2008	8.474,76	17	60	1.440,71
31/07/2008	31/07/2008	10.568,24	17	60	1.796,60
31/08/2008	31/08/2008	4.760,24	17	60	809,24
30/09/2008	30/09/2008	2.570,76	17	60	437,03
31/10/2008	31/10/2008	3.993,94	17	60	678,97
30/11/2008	30/11/2008	12.425,35	17	60	2.112,31
31/12/2008	31/12/2008	13.292,94	17	60	2.259,80
31/01/2009	31/01/2009	11.718,24	17	60	1.992,10
28/02/2009	28/02/2009	15.475,88	17	60	2.630,90
31/03/2009	31/03/2009	7.361,35	17	60	1.251,43
31/05/2009	31/05/2009	9.732,24	17	60	1.654,48
30/06/2009	30/06/2009	3.145,35	17	60	534,71
TOTAL					20.259,92

Ante o exposto, voto PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração no valor de R\$ 30.146,83, conforme resumo comparativo abaixo:

INFRAÇÕES	VLS.INICIAIS	VLS.JULGADOS
01 - 06.02.01	14.154,41	9.886,91
02 - 07.01.02	30.417,94	20.259,92
TOTAIS	44.572,35	30.146,83

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **278906.1301/13-0**, lavrado contra **ODESINA PIMENTEL MOREIRA RIBEIRO E CIA. LTDA. (IGACENTER SUPERMERCADOS) - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$30.146,83**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores comprovadamente recolhidos conforme documentos às fls.1.578 a 1.580.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de janeiro de 2016.

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA – JULGADOR