

**A.I. Nº** - 274.068.0005/15-8  
**AUTUADO** - ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI  
**AUTUANTE** - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET - 27.04.2016

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0050-04/16**

**EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIA COM IMPOSTO PAGO POR SUBSTITUIÇÃO. O direito de constituição do crédito tributário estava decaído. **Infração improcedente. b)** MERCADORIAS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. O direito de constituição do crédito tributário estava decaído quanto aos meses de janeiro e fevereiro de 2010. **Infração procedente em parte. c)** DOCUMENTOS FISCAIS FALSOS OU INIDÔNEOS. O direito de constituição do crédito tributário estava decaído. **Infração improcedente. d)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS JUNTOS A MICROEMPRESA, EMPRESA DE PEQUENO PORTE OU AMBULANTE. Restou demonstrado nos autos que a infração 4 é subsistente, ao passo que a infração 5 é improcedente, pois abarcada pela decadência. **e)** SEM A APRESENTAÇÃO DO COMPETENTE DOCUMENTO FISCAL. **Infração caracterizada. f)** FALTA DE ESTORNO. MERCADORIAS SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. O direito de constituição do crédito tributário estava decaído quanto ao mês de abril de 2010. **Infração procedente em parte. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS.** O direito de constituição do crédito tributário estava decaído relativamente aos fatos geradores ocorridos de janeiro a maio de 2010. **Infração 7 improcedente e infração 8 procedente em parte. 3. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO NO LIVRO FISCAL PRÓPRIO.** O direito de constituição do crédito tributário estava decaído relativamente aos meses de janeiro e abril. **Infração subsistente em parte. 4. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS.** O direito de constituição do crédito tributário estava decaído quanto ao mês de abril 2010. **Infração parcialmente subsistente. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. a)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. **Infrações não contestadas.** Com fulcro no art. 106, II, “c”, do CTN, a multa indicada na infração 11, equivalente a 10% do valor das mercadorias tributáveis não registradas, passa para 1%, uma vez que o inc. IX do art. 42 da Lei nº 7014/96 foi alterado pela Lei nº 13.461, de 10/12/15. **5. BASE DE CÁLCULO. DECRETO Nº**

7.799/00. REDUÇÃO INDEVIDA. **a)** SAÍDAS PARA PESSOAS CONTRIBUINTES DO IMPOSTO. FALTA DE ATINGIMENTO DO PERCENTUAL DE FATURAMENTO. **b)** SAÍDAS PARA NÃO CONTRIBUINTES ISENTOS E ESPECIAIS. **c)** SAÍDAS PARA CONTRIBUINTES DESABILITADOS. O direito de constituição do crédito tributário estava decaído quanto aos meses de janeiro a maio de 2010 e, portanto, as infrações não subsistem quanto a esses meses. No que tange aos demais meses as infrações são subsistentes. Acolhida a arguição de decadência. Inferida a solicitação de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 19/06/15, exige crédito tributário no valor de R\$55.545,29, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 1 - 01.02.05: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, no mês de janeiro e 2010. Valor do débito: R\$74,66. Multa de 60%.

Infração 2 - 01.02.26: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, no mês de janeiro, fevereiro e agosto de 2010. Valor do Débito: R\$1.538,70. Multa de 60%.

Infração 3 - 01.02.11: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos, nos meses de fevereiro e março de 2010. Valor do débito: R\$2.885,70. Multa de 100%. Consta que se trata de documentos fiscais considerados inidôneos, uma vez que o CNPJ 09.112.489/0017-25 foi baixado em 31/12/09, conforme certidão e baixa de inscrição.

Infração 4 - 01.02.69: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de mercadorias junto à microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, no mês de junho de 2010. Valor do débito: R\$518,50. Multa de 60%. Complementando a acusação, consta: *O contribuinte lançou indevidamente, no Livro de Apuração, crédito fiscal presumido (estabelecido no art. 96, inciso XXVIII do RICMS) de 10% sobre o valor das notas fiscais de entrada de empresas do Simples Nacional. Este crédito presumido só é admitido em operações internas de mercadorias produzidas por microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional, quando constar no respectivo documento a informação da alíquota e do imposto incidente sobre a operação conforme determinado pelos art. 23, parágrafos 1º, 2º e inciso II do parágrafo 4º da Lei Complementar 123/06 e art. 392 do RICMS.*

Infração 5 - 01.02.69 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de mercadorias junto à microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, nos meses de janeiro e março de 2010. Valor do débito: R\$1.017,42. Multa de 60%. Complementando a acusação consta: *O contribuinte lançou indevidamente, no Livro de Registro de Entrada, crédito fiscal presumido (estabelecido no art. 96, inciso XXVIII do RICMS) de 10% e 12% sobre o valor das notas fiscais de entrada de empresas do Simples Nacional. Este crédito presumido só é admitido em operações internas de mercadorias produzidas por microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional, quando constar no respectivo documento a informação da alíquota e do imposto incidente sobre a operação conforme determinado pelos art. 23 parágrafos 1º, 2º e inciso II do parágrafo 4º da Lei Complementar 123/06 e art. 392 do RICMS.*

Infração 6 - 01.02.42: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, no mês de junho de 2010. Valor do débito: R\$19,16. Multa de 60%.

Infração 7 - 02.01.03: Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro, fevereiro, abril e maio de 2010. Valor do débito: R\$97,79. Multa de 60%.

Infração 8 - 02.01.03: Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a agosto de 2010. Valor do débito: R\$2.759,67. Multa de 60%.

Infração 9 - 03.01.04: Recolhimento a menos de ICMS em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, nos meses de janeiro, abril e agosto de 2010. Valor do débito: R\$ 716,40. Multa de 60%. Consta que a soma do ICMS consignados nos cupons fiscais e nas notas fiscais é superior ao valor lançado e recolhido.

Infração 10 - 03.02.06: Recolhimento a menos ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de abril e agosto de 2010. Valor: R\$737,40. Multa de 60%.

Infração 11 - 16.01.01: Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro de 2011, março de 2012 e outubro de 2013. Indicada multa de R\$233,60, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias não registradas.

Infração 12 - 16.01.02: Entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro de 2011, maio e agosto de 2012, outubro de 2013 e abril de 2014. Indicada multa de R\$87,74, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias não registradas.

Infração 13 - 03.02.02: Recolhimento a menos ICMS em razão de utilização indevida do benefício de redução de base de cálculo, nos meses de janeiro a março e maio a julho de 2010. Valor do débito: R\$41.237,77. Multa de 60%.

Infração 14 - 03.02.06: Recolhimento a menos de ICMS em razão de utilização indevida do benefício de redução de base de cálculo, nos meses de abril e agosto de 2010. Valor: R\$291,50. Multa de 60%.

Infração 15 - 03.02.06: Recolhimento a menos de ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução de base de cálculo, no mês de agosto de 2010. Valor do débito: R\$12,55. Multa de 60%.

Infração 16 - 01.05.03: Falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, nos meses de abril e agosto de 2010. Valor do débito: R\$3.316,64. Multa de 60%.

O autuado apresenta defesa, fls. 159 a 169, na qual reconhece como procedentes as infrações 11, 12, 15 e 16 e impugna as demais conforme relatado a seguir.

Preliminarmente, suscita a ocorrência da decadência quanto aos fatos geradores ocorridos antes de 25/06/10, tendo em vista que a sua intimação acerca do lançamento se deu em 25/06/15.

Argumenta que a Lei nº 13.199, de 28/11/14, no seu art. 8º, revogou o art. 107-A do Código Tributário da Bahia, o qual estabelecia um prazo quinquenal genérico para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, destoando das regras gerais fixadas pelo Código Tributário Nacional. Destaca que se a modalidade de lançamento é por homologação e o contribuinte antecipa o pagamento, corretamente ou a menor, o termo inicial da contagem do prazo decadencial se dá na data de ocorrência do fato gerador. Caso não haja a antecipação do pagamento, o prazo inicial da decadência é contado a partir do primeiro dia do ano seguinte em

que o lançamento deveria ter sido efetuado, conforme o art. 173, inc. I, do CTN. Diz não haver dúvida que a contagem do prazo decadencial de tributo sujeito à homologação, como é o ICMS, é feita a partir da ocorrência do fato gerador. Sustenta que, seja na instância administrativa, seja na judicial, é incontroversa a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN, tendo em vista que houve o recolhimento a menor do ICMS, pois não se pode admitir que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo decadencial seja superior a cinco anos. Solicita que sejam excluídos da autuação os débitos referentes aos fatos geradores ocorridos antes de 25/06/10, uma vez que os mesmos já ultrapassaram o limite de cinco anos. Para embasar seus argumentos, transcreve dispositivos legais e cita doutrina e jurisprudência.

No mérito, quanto à infração 2, afirma que traz aos autos documento comprobatório de estorno promovido, o que torna improcedente a referida infração.

Relativamente à infração 3, diz que a acusação que lhe foi imputada não reflete a verdade material do caso, uma vez que em 2010, quando adquiriu as mercadorias, a empresa Bertin S/A atuava regularmente no ramo frigorífico (ver “Doc. 02” às fls. 179 a 183), pois a empresa: a) mantinha o seu estabelecimento comercial na Rodovia BR nº 158, Lote 01, Gleba Caju Bloco A, Zona Rural, no município de Santana do Araguaia-PA; b) possuía inscrição estadual regular no Estado do Pará, sob o nº 15.267.256-7; c) era regularmente inscrita no CNPJ sob o nº 09.112.489/0017-25.

Sustenta que o fato de não estar o alienante atualmente apto no cadastro de contribuintes do ICMS não respalda a aplicação da pena que lhe foi imposta. Destaca que a simples suspensão ou cancelamento de inscrição não gera, automaticamente, a glosa do crédito decorrente das operações realizadas anteriormente, pois esta glosa depende da publicação de edital pela Secretaria da Fazenda e da demonstração da não efetividade do negócio. Menciona que operações comprovadas não podem ser ignoradas e seu crédito glosado sob a afirmação de que o emitente das notas fiscais é inidôneo. Frisa que a consulta realizada no site do SINTEGRA (“Doc. 02”) demonstra que a empresa só foi considerada não habilitada em 19/04/12, portanto, após a comercialização das mercadorias que ocorreram em 2010. Requer que seja colacionada aos autos a cópia do Edital no qual a empresa fora enquadrada como inidônea pelo Estado do Pará.

No que tange às infrações 4 e 5, diz que a autuante se equivocou, pois, conforme o “Doc. 03” (fls. 185 a 191) o procedimento previsto no art. 96, inc. XXVIII, do RICMS-BA/97, foi devidamente respeitado, motivo pelo qual requer que essas duas infrações sejam julgadas improcedentes.

Quanto à infração 6, afirma que documentação anexada à defesa respalda a utilização do referido crédito e que justifica a improcedência da infração.

Relativamente à infração 9, diz que a acusação não procede, pois: a) escriturou regularmente todas as suas operações realizadas, conforme fotocópia do seu livro Registro de Apuração de ICMS referente aos meses de janeiro, abril e agosto (“Doc. 05” – fls. 199 a 201); b) declarou regularmente na DMA do mês de agosto de 2010 a apuração mensal do ICMS (“Doc. 06” – fl. 203); c) recolheu o ICMS devido no período de agosto de 2010, após as deduções dos créditos que fazia jus, conforme informado na DMA (“Doc. 07” – fl. 205). Diz que, portanto, o ICMS foi pago corretamente, não restando imposto remanescente a ser recolhido. Pede a realização de diligência para constar que não há imposto remanescente a ser recolhido.

Ao finalizar, solicita que seja reconhecida a decadência arguida e que, no mérito, sejam as infrações impugnadas julgadas improcedentes.

Ao prestar a informação fiscal (fls. 208 a 224), a autuante inicialmente faz uma síntese dos fatos e em seguida, rechaça a arguição de decadência conforme relatado a seguir.

Afirma que o previsto no art. 150, do CTN, tem validade para as situações em que a lei não estabelece o prazo de homologação. Diz que o próprio CTN, no art. 173, inc. I, estabelece que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Após fazer alusão ao disposto no art. 965 do RICMS/BA, aduz que o art. 52, da Lei nº 7.014/96, prevê que se aplica ao ICMS, no que couber, as normas contidas na Lei nº 3.956/81 e, de acordo com o art. 107-A, inc. I, dessa Lei 3.956/81, o direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Destaca que a revogação do art. 107-A da Lei 3.956/81, pela Lei 13.199/14 não retroage os efeitos para antes de 29/11/14. Menciona que a revogação do art. 107-A do COTEB decorrente do advento da Lei nº 13.199 de 29/11/2014, segundo entendimento firmado, tanto da PGE/PROFIS como neste CONSEF, é no sentido de que, por se tratar de norma jurídica de natureza material e não procedimental, ela não pode retroagir para surtir efeito em relação a fato gerador ocorrido sob a égide da legislação tributária vigente à época dos fatos. Pontua que decisões proferidas pelas Câmaras de Julgamento Fiscal têm firmado esse posicionamento, a exemplo dos Acórdãos CJFs nºs 0031-11/15 e 0050-12/15.

Frisa que como existe lei que estabelece o prazo de homologação, os fatos geradores ocorridos durante o exercício de 2010 só estariam decaídos em 01/01/16, porém, como o Auto de Infração foi lavrado em 2015, não houve decadência.

Ao adentrar no mérito, diz que na defesa não consta o documento citado pelo impugnante como sendo capaz de elidir a infração 2. Faz alusão ao disposto nos artigos 8º, IV, 142 e 143, do RPAF/99, e, em seguida, afirma que essa referida infração resta caracterizada.

Quanto à infração 3, explica que segundo o art. 92 do RICMS-BA/97, considera-se documento fiscal idôneo o que atenda a todas as exigências da legislação e seja emitido por contribuinte em situação regular perante o fisco. Destaca que, conforme a Certidão de Baixa de Inscrição no CNPJ, anexada à fl. 136 dos autos, a Bertine S. A. encontra-se baixada, perante o fisco federal, desde 2009 e, portanto, as Notas Fiscais nºs 8.735 e 9.624 são inidôneas. Aduz que não há razão para o acolhimento do pedido para que se anexe aos autos a cópia do Edital de cancelamento do emitente das notas fiscais, pois já consta nos autos a Certidão de Baixa de Inscrição.

Relativamente às infrações 4 e 5, transcreve o disposto no artigo 23, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar 123/06 e, mais adiante, diz que segundo esse dispositivo legal em alguns casos é possível o aproveitamento de crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas de empresas industriais optantes do Simples Nacional, pois, caso contrário, tais empresas não competiriam em igualdade de condições com as demais, desvirtuando o objetivo do Simples Nacional. Destaca que, no entanto, no § 4º do mesmo artigo e lei, encontram-se restrições para a apropriação do crédito fiscal em tais operações, conforme transcrição que faz. Faz alusão à Resolução nº 94/2011, do Comitê Gestor do Simples Nacional.

Pontua que cabe à microempresa ou empresa de pequeno porte efetuar, com base na sua movimentação comercial, a apuração do imposto e o destaque dos valores correspondentes às operações realizadas com empresas não optantes do Simples Nacional, sendo que somente as empresas vendedoras têm as informações necessárias para apurar, calcular e destacar o imposto a ser transferido na operação. Diz que, portanto, o destaque do imposto da operação é condição necessária para o aproveitamento do crédito fiscal pelo adquirente das mercadorias ou serviços.

Após transcrever o disposto no art. 96, XXVIII, do RICMS-BA/97, que trata da concessão de crédito presumido de ICMS, diz que no seu entendimento existe vedação ao direito ao crédito do imposto quando não houver informação da alíquota ou do valor do imposto nos documentos fiscais recebidos. Diz que, portanto, em relação às notas fiscais que não tiveram o destaque da alíquota ou eventualmente do valor do imposto a ser transferido a título de crédito fiscal pela microempresa ou empresa de pequeno porte, não há como o defendente aproveitar o crédito presumido em tela.

Prosseguindo, passa a analisar as notas fiscais trazidas no “Doc. 03”, concluindo que as Notas Fiscais nºs 34 (fl. 85), 32 (fl. 186), 453 (fl. 187), 423 (fl. 188), 443 (fl. 189) e 15.752 (fl. 191) não

constam nos anexos 4 e 5. Admite que a Nota Fiscal nº 73 (fl. 190) consta no anexo 4, porém, ressalta que esse documento fiscal não traz o destaque do ICMS, afrontando o disposto no inciso II do parágrafo 4º do artigo 23 da LC nº 123/06, bem como o art. 392, II, do RICMS-BA/97. Mantém a autuação quanto às infrações 4 e 5.

Relativamente à infração 6, diz que da análise dos documentos trazidos na defesa (“Doc. 04”), conclui que: a) a Nota Fiscal 13634 (fl. 193) refere-se a devolução da mercadoria da Nota Fiscal 1.849 que entrou em 01/06/10; b) a Nota Fiscal 13.636 (fl. 194) refere-se a devolução da mercadoria da Nota Fiscal 4.264 que entrou em 01/06/10; c) a Nota Fiscal 14.728 (fl. 195) refere-se a devolução da mercadoria da Nota Fiscal 2.729 que entrou em 29/06/10.

Explica que esse suposto estorno de débito seria devido por causa do estorno de crédito estabelecido no art. 6 do Dec. 7.799/00, que determina que o crédito não excederá a 10% do valor da operação utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais. Afirma que de acordo com Anexo 8 (fl. 37), a empresa não tem direito ao benefício estabelecido no Decreto nº 7.799/00 no mês de junho de 2010, pois não pagou o estorno de crédito naquele mês, conforme fl. 114.

Menciona que o defendente só faz jus ao uso do benefício estabelecido no Dec. nº 7.799/00 nos meses de abril e agosto de 2010, sendo que nesses meses não foi efetuado o referido estorno de crédito, tanto que essa irregularidade foi objeto da infração 16, da qual o autuado não recorreu. Mantém inalterada a exigência fiscal referente à infração 6.

Quanto à infração 9, afirma que esse item do lançamento se refere a recolhimento a menor do ICMS em função de divergência entre o imposto recolhido e o valor informado em documentos fiscais, sendo a soma do tributo constante nas notas e cupons fiscais superior ao valor lançado no livro Registro de Apuração de ICMS, conforme anexos 13, 14 e 15 (fls. 45 a 53 e 148). Diz que, no anexo 14, consta a soma do imposto destacado nas notas fiscais, ao passo que no anexo 15 foi consignada a soma do ICMS dos cupons fiscais. O montante das somas foi transferido para o anexo 13, onde é comparado o valor lançado no Registro de Apuração de ICMS. Sustenta que, portanto, foi informado nos documentos fiscais um valor, o qual foi lançado a menor no Registro de Apuração ICMS. Pontua que o defendente, em momento algum, contestou a soma dos anexos 14 e 15 ou comprovou que os valores lançados no livro Registro de Apuração de ICMS estariam corretos. Manteve a infração 9 em sua totalidade.

Quanto ao pedido de diligência, afirma que tal revisão não é necessária, pois constam nos autos todos os elementos necessários para conclusão da procedência das infrações.

Ao finalizar se arrazoado, a autuante sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

## VOTO

Preliminarmente, o autuado suscitou a decadência do direito de constituição do crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 25/06/10, tendo em vista que a sua intimação acerca do lançamento de ofício se deu naquela data.

Efetivamente, o disposto no art. 107-A, I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB), utilizando a permissão contida no art. 150, § 4º, do CTN, determinava que o início da contagem do prazo decadencial se dava a partir “do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

Todavia, o artigo 107-A e o §5º do art. 107-B do COTEB foram revogados pela Lei nº 13.199 de 28/11/14, DOE de 29 e 30/11/14, efeitos a partir de 29/11/14. Com essa revogação, a legislação tributária baiana passou a não mais fixar prazo para a homologação e, em consequência, a contagem do prazo decadencial passou a ser feito de acordo com o art. 150, §4º, do CTN, ou seja:

*Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da*

*autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

[...]

*§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

Por se tratar de norma jurídica de natureza material e não procedimental, a revogação do disposto no artigo 107-A e §5º do art. 107-B do COTEB aplica-se apenas aos créditos tributários constituídos a partir de 29/11/14.

O posicionamento defendido pela autuante na informação fiscal, assim como os acórdãos por ela citados, não se aplicam ao caso concreto em análise, haja vista que o presente Auto de Infração foi lavrado após o advento da Lei nº 13.199/14.

No presente lançamento tributário de ofício, as infrações atinentes a recolhimentos e menos de ICMS deixam evidente que no período abarcado pela decadência (janeiro a maio de 2010) em todos os meses o autuado efetuou pagamento do imposto, mesmo em valor menor que o devido.

Em face ao acima exposto e considerando que o Auto de Infração em comento foi lavrado em 19/06/15, aplica-se ao caso em tela a revogação do art. 107-A e §5º do art. 107-B do COTEB. Em consequência, encontra-se decaído o direito de constituição do crédito tributário referente a fatos geradores ocorridos antes de 19/06/10, nos termos do art. 150, §4º, do CTN.

Tomando por base o posicionamento acima, de pronto constato que as infrações 1, 3, 5 e 7 são totalmente improcedentes, uma vez que se encontram abarcadas pela decadência.

Antes de passar à análise das demais infrações, ressalto que como o ICMS é lançado no final de cada mês, a meu ver os débitos referentes ao mês de ocorrência de junho de 2010 ainda não estavam decaídos.

Quanto à infração 2, a qual trata de utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisições de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução de base de cálculo, o autuado alega ter trazido aos autos documento que comprova o estorno dos referidos créditos.

O direito de constituição do crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro e fevereiro de 2010 já está decaído, conforme posicionamento externado na apreciação da decadência arguida na defesa.

No que tange débito atinente ao mês de agosto de 2010, o argumento defensivo não elide a infração, uma vez que não foi trazido aos autos qualquer prova de que o autuado tivesse efetuado o estorno do crédito fiscal utilizado indevidamente. A ausência de estorno do crédito fica evidente nos documentos de fls. 199 e 203, referentes ao mês de agosto de 2010. Assim, a infração 2 subsiste parcialmente no valor de R\$528,80, no mês de ocorrência de agosto de 2010.

A infração 4 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a aquisições de mercadorias junto a microempresas, empresas de pequeno porte ou ambulantes.

O defendente afirma que tem direito ao crédito fiscal, pois a apropriação se deu conforme o previsto no art. 96, XXVIII, do RICMS-BA/97. Por seu turno, a autuante entende que a utilização do crédito fiscal é indevida, pois o art. 23, § 4º, II, da LC nº 123/06, condiciona o aproveitamento do crédito à existência de informação da alíquota ou do valor do imposto no documento fiscal.

Efetivamente o art. 96, XXVIII, do RICMS-BA/97, prevê a apropriação de crédito fiscal na situação descrita na infração em comento. Contudo, o art. 23, § 4º, II, da LC 123/06, condiciona a existência de informação acerca da alíquota ou do imposto no documento fiscal. Dessa forma, com base

nos princípios da hierarquia e da especialidade da lei, considero que a apropriação do crédito fiscal deve ser feita conforme o previsto na LC 123/06.

Considerando que as Notas Fiscais nºs 34, 32, 453, 423, 443 e 15.752, trazida na defesa, não estão relacionadas na infração em comento, esses documentos fiscais não se mostram capazes de elidir a autuação. A Nota Fiscal nº 73 (fl. 190) efetivamente está discriminada no Anexo 4, porém esse documentos fiscal não contém informação acerca da alíquota utilizada ou do imposto destacado na condição de empresa optante pelo Regime do Simples Nacional. Dessa forma, a infração 4 subsiste em sua totalidade.

No que tange à infração 6, o defendente afirma que a acusação que lhe foi imposta não procede e, como prova, apresenta os documentos fiscais que respaldariam estorno do débito ocorrido no mês de junho de 2010.

Como bem demonstrou a autuante na informação fiscal, os documentos trazidos na defesa não elidem a acusação, uma vez que são notas fiscais de devoluções de mercadorias que entraram no estabelecimento no mês de junho de 2010. Esses documentos não justificam, portanto, o estorno de débito efetuado no livro Registro de Apuração de ICMS, no mês de junho de 2010, no valor de R\$19,16. Desse modo, a infração 6 subsiste em sua totalidade.

Em relação à infração 8, o defendente se limita a arguir a decadência, não contestando a acusação que lhe foi imposta.

Seguindo o entendimento já externado neste voto na apreciação da arguição de decadência, os débitos referentes aos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a maio de 2010 já estavam fulminados pela decadência e, portanto, esses débitos ficam excluídos da autuação. Dessa forma, a infração 8 subsiste parcialmente no valor de R\$937,12, sendo: R\$193,91, no mês de junho de 2010; R\$43,95, no mês de julho de 2010; R\$699,26, no mês de agosto de 2010.

Na infração 9, o autuado foi acusado de ter recolhido a menos de ICMS em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos. Complementando essa acusação, consta que *“A soma do ICMS constante nos cupons fiscais e nas notas fiscais é superior ao valor lançado e recolhido. Tudo conforme anexos 13, 14 e 15, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte.”*.

Em sua defesa, o autuado sustenta que recolheu corretamente o ICMS devido, não restando imposto a recolher. Pede a realização de diligência para aferir a veracidade de seu argumento.

Não vislumbro a necessidade da realização de diligência, pois a matéria envolvida na presente infração é de fácil entendimento e os elementos constantes nos autos permitem a formação do convencimento dos julgadores. Assim, fica indeferida essa solicitação de diligência.

Quanto aos meses de janeiro e abril de 2010, seguindo o entendimento externado no início desse voto, o direito de constituição do crédito tributário já estava decaído. Assim, a exigência fiscal é improcedente no que tange a esses meses e, em consequência, ficam excluídos da autuação os valores correspondentes aos meses janeiro e abril de 2010.

Relativamente ao mês de agosto de 2010, o argumento defensivo não merece acolhimento, pois conforme consta na descrição do fato e no demonstrativo de fl. 45, a soma dos valores destacados nos documentos fiscais é superior ao que foi lançado no livro Registro de Apuração de ICMS. Portanto, o valor que foi recolhido é inferior ao que foi lançado pelo contribuinte. Assim, a exigência fiscal subsiste apenas quanto ao mês de agosto de 2010, no valor de R\$ 479,13.

Quanto à infração 10, o defendente se limita a arguir a decadência, não contestando a acusação que lhe foi imposta.

Seguindo o entendimento já externado neste voto na apreciação da arguição de decadência, o débito referente aos fatos geradores ocorridos no mês de abril de 2010 já estava fulminado pela



decadência e, portanto, esse débito fica excluído da autuação. Dessa forma, a infração 10 subsiste parcialmente no valor de R\$ 365,43, referente ao mês de ocorrência de agosto de 2010.

Quanto às infrações 11 e 12, as quais tratam de entradas de mercadorias tributáveis e não tributáveis, respectivamente, sem registro na escrita fiscal, o autuado expressamente reconhece a procedência da autuação. Assim, em relação a esses dois itens do lançamento não há lide e, portanto, as infrações 11 e 12 são subsistentes.

Contudo, apesar de a infração 11 restar devidamente caracterizada, a multa que foi originalmente indicada na autuação no valor de R\$233,60, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias não registradas, carece de retificação, pois, com fulcro no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, essa penalidade fica reduzida de 10% para 1%, uma vez que o inciso IX do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, foi alterado pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 11/12/15, passando a ter a seguinte redação:

*IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadorias ou serviços sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;*

Dessa forma, a infração 11 é subsistente, porém o valor da multa fica reduzido para R\$23,36, ficando o demonstrativo de débito da seguinte forma:

DATA OCORR.	B. CÁLCULO	MULTA	VALOR
28/22/11	1.431,75	1%	14,32
31/03/12	299,90	1%	3,00
31/10/13	604,34	1%	6,04
SOMATÓRIO			23,36

Relativamente às infrações 13 e 14, o defendente se limita a arguir a decadência, não contestando as acusações que lhe foram impostas.

Seguindo o entendimento já externado neste voto na apreciação da arguição de decadência, os débitos referentes aos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a maio de 2010 já estavam abarcados pela decadência e, portanto, os débitos correspondentes a esse período ficam excluídos da autuação. Dessa forma, as infrações em comento subsistem em parte, conforme demonstrado a seguir.

- Infração 13, procedente em parte no valor de R\$14.288,76, sendo: R\$7.470,67, no mês de junho de 2010; e R\$6.818,09, no mês de julho de 2010.

- Infração 14, procedente em parte no valor de R\$ 178,45, no mês de agosto de 2010.

O autuado reconhece como procedente a infração 15. Assim, em relação a esse item do lançamento não há lide e, em consequências, essa infração é procedente.

Quanto à infração 16, apesar de o autuado reconhece a procedência desse item do lançamento, observo que o direito de constituição do crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos no mês de abril de 2010 já estava decaído quando da lavratura do Auto de Infração. Dessa forma, de ofício, excluo da infração em tela o débito referente ao mês de abril de 2010, no valor de R\$126,87, de modo que a infração 16 subsiste em parte no valor de R\$3.189,77, referente ao mês de ocorrência de agosto de 2010.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para julgar as infrações 1, 3, 5 e 7 improcedentes, as infrações 2, 8, 9, 10, 13, 14 e 16 procedentes em parte e as infrações 4, 6, 11, 12 e 15 procedentes, retificando de ofício a multa indicada na infração 11. Deverá a repartição fazendária competente homologar os valores já recolhidos.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 274068.0005/15-8, lavrado

contra **ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$20.517,67**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, e VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, e da multa no valor de **R\$111,10**, prevista nos incisos IX e XI do mesmo artigo e lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de abril de 2016

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS DE CARVALHO – JULGADORA