

A. I. N° - 206912.0061/12-9
AUTUADO - REDE BRASIL DISTRIBUIDORA E LOGÍSTICA LTDA. (GÓIAS ATACADO
DISTRIBUIDOR)
AUTUANTES - VLADIMIR MIRANDA MORGADO e JOÃO KOJI SUNANO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/11/2016

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0188-01/16

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES SUBSEQUENTES. VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NO ESTADO DA BAHIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTARIA INTESTADUAL. **a)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ICMS. **a1)** PROTOCOLO ICMS 16/85. O autuado é sujeito passivo por substituição tributária, responsável pela retenção e recolhimento do imposto exigido, até maio 09, em face da vigência do Protocolo ICMS 05/09, a partir de 01.06.2009. Infração em parte subsistente. **a2)** PROTOCOLO ICMS 19/85. Acolhidas parcialmente as arguições do autuado. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor exigido. Infração em parte subsistente. **a3)** CONVÊNIO ICMS 76/94. Em sua cláusula primeira elege como responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, nas operações interestaduais, na qualidade de sujeito passivo por substituição, apenas o estabelecimento industrial ou importador, e não o contribuinte remetente, atacadista. Infração não caracterizada. **a4)** PROTOCOLO ICMS 11/91. Confirmada a condição de sujeito passivo por substituição tributária do remetente. Exigência reduzida, após ajustes feitos pela fiscalização. Infração subsistente em parte. **a5)** PROTOCOLO ICMS 14/06. Confirmada a condição de sujeito passivo por substituição tributária do remetente. Exigência reduzida, após ajustes efetuados pelo Fisco. Infração subsistente em parte. **a6)** PROTOCOLO ICMS 15/85. Confirmada a condição de sujeito passivo por substituição tributária do remetente. Exigência reduzida, após ajustes feitos pela fiscalização. Infração subsistente em parte. **a7)** PROTOCOLO ICMS 17/85. O autuado é sujeito passivo por substituição tributária, responsável pela retenção e recolhimento do imposto exigido, até maio 09, em face a vigência do Protocolo ICMS 07/09, a partir de 01.06.2009. Infração em parte subsistente. **a8)** PROTOCOLO ICMS 18/85. O autuado é sujeito passivo por substituição tributária, responsável pela retenção e recolhimento do imposto exigido, até maio 09, em face a vigência do Protocolo ICMS 07/09, a partir de 01.06.2009. Infração em parte subsistente. **a9)** CONVÊNIOS ICMS 03/99 E 110/07. Confirmada a condição de sujeito passivo por substituição tributária do remetente (cláusula segunda). Exigência reduzida, após ajustes feitos pela fiscalização. Infração subsistente em parte. **a10)** PROTOCOLO ICMS 26/04. Atribuiu responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS,

nas operações interestaduais com rações para animais domésticos, na qualidade de sujeito passivo por substituição, apenas ao estabelecimento industrial ou importador, e não o contribuinte remetente. Infração não caracterizada. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. **b1)** PROTOCOLO ICMS 16/85. O autuado é sujeito passivo por substituição tributária, responsável pela retenção e recolhimento do imposto exigido, até maio 09, em face a vigência do Protocolo ICMS 05/09, a partir de 01.06.2009. Infração em parte subsistente. **b2)** PROTOCOLO ICMS 19/85. Acolhidas parcialmente as arguições do autuado. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor exigido. Infração em parte subsistente. **b3)** CONVÊNIO ICMS 76/94. Em sua cláusula primeira, elege como responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, nas operações interestaduais, na qualidade de sujeito passivo por substituição, tão apenas o estabelecimento industrial ou importador, e não o contribuinte remetente, atacadista. Infração não subsistente. **b4)** PROTOCOLO ICMS 11/91. Confirmada a condição de sujeito passivo por substituição tributária do remetente. Exigência reduzida, após ajustes feitos pela fiscalização. Infração subsistente em parte. **b5)** PROTOCOLO ICMS 17/85. O autuado é sujeito passivo por substituição tributária, responsável pela retenção e recolhimento do imposto exigido, até maio 09, em face a vigência do Protocolo ICMS 07/09, a partir de 01.06.2009. Infração em parte subsistente. **b6)** PROTOCOLO ICMS 18/85. O autuado é sujeito passivo por substituição tributária, responsável pela retenção e recolhimento do imposto exigido, até maio 09, em face a vigência do Protocolo ICMS 07/09, a partir de 01.06.2009. Infração em parte subsistente. **b7)** CONVÊNIOS ICMS 03/99 E 110/07. Confirmada a condição de sujeito passivo por substituição tributária do remetente (cláusula segunda). Exigência reduzida, após ajustes feitos pela fiscalização. Infração subsistente em parte. Rejeitado pedido de nulidade. Afastada a arguição de decadência. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/06/2013, refere-se à exigência de ICMS no valor de R\$771.656,78, em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A falta de retenção do imposto se refere a operações de circulação com isqueiros, aparelhos de barbear, cargas ("refis") de lâminas de barbear e lâminas de barbear avulsas (Cláusulas primeira, terceira, quarta e quinta do Protocolo ICMS 16/85), discriminadas nos demonstrativos anexos, parte integrante do presente lançamento. Período Janeiro 2008 a outubro 2010. ICMS no valor de R\$77.225,36 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 2: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A falta de retenção do imposto se refere a operações de circulação com "compacts discs" (CDs) e "digital vídeo discs" (DVDs), (Cláusulas primeira, terceira, quarta e quinta do Protocolo ICMS 19/85), discriminadas nos demonstrativos anexos, que são parte integrante do presente lançamento. Período Janeiro 2008 a novembro 2010. ICMS no valor de R\$4.123,47 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 3: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A falta de retenção do imposto se refere a operações de circulação com ceras, colas, corantes, lustradores de móveis (Cláusulas primeira, terceira, quarta e quinta do Convênio ICMS 74/94), discriminadas nos demonstrativos anexos, que são parte integrante do presente lançamento. Período Janeiro 2008 a outubro 2010 ICMS no valor de R\$61.416,09 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 4: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A falta de retenção do imposto se refere a operações de circulação com bebidas energéticas (Cláusulas primeira, quarta e quinta do Protocolo ICMS 11/91), discriminadas nos demonstrativos anexos, parte integrante do presente lançamento. Período Janeiro 2008 a outubro 2010. ICMS no valor de R\$49.036,91 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 5: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A falta de retenção do imposto se refere a operações de circulação com bebidas alcoólicas (Cláusulas primeira, terceira e sexta do Protocolo ICMS 14/06), discriminadas nos demonstrativos anexos, parte integrante do presente lançamento. Período Julho 2011 a novembro 2012. ICMS no valor de R\$493.828,16 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 6: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A falta de retenção do imposto se refere a operações de circulação com filmes fotográficos (Cláusulas primeira, terceira, quarta e quinta do Protocolo ICMS 15/85), discriminadas nos demonstrativos anexos, que são parte integrante do presente lançamento. Período Janeiro/março, junho/agosto, outubro e dezembro 2008; setembro e outubro 2009. ICMS no valor de R\$200,05 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 7: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A falta de retenção do imposto se refere a operações de circulação com lâmpadas (Cláusulas primeira, terceira, quarta e quinta do Protocolo ICMS 17/85), discriminadas nos demonstrativos anexos, que integram o presente lançamento. Período Janeiro 2008 a janeiro 2010, março, junho/dezembro 2010; janeiro, fevereiro, abril/dezembro 2011; janeiro, março, maio/outubro 2012. Valor de R\$13.358,77 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 8: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A falta de retenção do imposto se refere a operações de circulação com pilhas (Cláusulas primeira, terceira, quarta e quinta do Protocolo ICMS 18/85), discriminadas nos demonstrativos anexos, parte integrante do presente lançamento. Período Janeiro/dezembro 2008; fevereiro/dezembro 2009; janeiro/dezembro 2010; janeiro/março, junho, agosto/dezembro 2011; janeiro, março/novembro 2012. ICMS no valor de R\$26.203,84 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 9: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A falta de retenção do imposto se

refere a operações de circulação com óleos antiferrugem, óleos para máquinas de costura, querosenes e silicones (Cláusulas primeira, terceira, quinta e sexta do Convênio ICMS 03/99, além das cláusulas primeira, sétima, oitava, nona e demais do Convênio ICMS 110/07), discriminadas nos demonstrativos anexos, que são parte integrante do presente lançamento. Período Janeiro/fevereiro, abril, outubro/dezembro 2008; janeiro, março/ agosto 2009; janeiro, fevereiro, junho, agosto/dezembro 2010; janeiro, fevereiro, abril, junho, setembro/novembro 2011; janeiro/dezembro 2012. ICMS no valor de R\$2.300,20 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 10: Deixou de proceder a retenção do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A falta de retenção do imposto se refere a operações de circulação com rações para animais (Cláusulas primeira a quinta do Protocolo ICMS 26/04), discriminadas nos demonstrativos anexos, que são parte integrante do presente lançamento. Período outubro, dezembro 2011; janeiro/dezembro 2012. ICMS no valor de R\$2.465,64 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 11: Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A retenção a menor do imposto se refere a operações de circulação com isqueiros, aparelhos de barbear, cargas ("refis") de lâminas de barbear e lâminas de barbear avulsas (Cláusulas terceira e quarta do Protocolo ICMS 16/85), discriminadas nos demonstrativos anexos, que são parte integrante do presente lançamento. Período Janeiro/dezembro 2008; janeiro/agosto 2009; janeiro/maio; outubro/dezembro 2012. ICMS no valor de R\$20.202,16 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 12: Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A retenção a menor do imposto se refere a operações de circulação com ceras, colas, corantes, lustradores de móveis (Cláusulas terceira, quarta e quinta do Convênio ICMS 74/94), discriminadas nos demonstrativos anexos, integrantes do presente lançamento. Período Janeiro/dezembro 2008; janeiro, março e abril 2009; janeiro/junho 2010; janeiro/maio e junho/ dezembro 2012. ICMS no valor de R\$8.173,13 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 13: Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A retenção a menor do imposto se refere a operações de circulação com "compacts discs" - CDs e "digital vídeo discs" - DVDs (Cláusulas terceira e quarta do Protocolo ICM 19/85), discriminadas nos demonstrativos anexos, que são parte integrante do presente lançamento. Período Janeiro / agosto 2009; janeiro/maio e outubro/dezembro 2012. ICMS no valor de R\$2.527,01 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 14: Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A retenção a menor do imposto se refere a operações de circulação com lâmpadas (Cláusulas terceira e quarta do Protocolo ICM 17/85), discriminadas nos demonstrativos anexos, que são parte integrante do presente lançamento. Período Janeiro/dezembro 2008; fevereiro/junho 2009; janeiro/maio e outubro/dezembro 2012. ICMS no valor de R\$3.387,53 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 15: Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A retenção a menor do imposto se refere a operações de circulação com pilhas (Cláusulas terceira e quarta do Protocolo ICM 18/85), discriminadas nos demonstrativos anexos, que são parte integrante do presente lançamento. Período Janeiro/dezembro 2008; janeiro/junho 2009; janeiro/maio e outubro/dezembro 2012. ICMS no valor de R\$6.554,27 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 16: Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade

de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A retenção a menor do imposto se refere a operações de circulação com óleos antiferrugem, óleos para máquinas de costura, querossenes e silicones (Cláusulas primeira, sétima, oitava, nona e demais do Convênio ICMS 110/07), discriminadas nos demonstrativos anexos, que são parte integrante do presente lançamento. Período Janeiro/maio e outubro/dezembro 2012. ICMS no valor de R\$97,30 - Multa de 60%;

INFRAÇÃO 17: Procedeu a retenção a menor do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações interestaduais realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. A retenção a menor do imposto se refere a operações de circulação com bebidas energéticas (Cláusulas quarta e quinta do Protocolo ICMS 11/91), discriminadas nos demonstrativos anexos, parte integrante do presente lançamento. Período Janeiro/maio e outubro/dezembro 2012 ICMS no valor de R\$556,83 - Multa de 60%;

O contribuinte apresentou impugnação às fls. 743 a 759 (volume III), inicialmente, descreve as infrações, a multa aplicada e suscita a decadência do período de janeiro a julho de 2008, considerando que a notificação do auto de infração ocorreu via correio, em julho de 2013.

Discorre sobre modalidade de lançamento tributário, expressos nos artigos 147 e 150 do CTN, aduzindo que o prazo decadencial começa a fluir a partir do fato gerador da obrigação tributária, à vista do disposto no art. 150, §4º, do CTN. Reproduz posicionamentos do STJ (REsp 694678, data do julgamento 14.06.05, DJ 27.06.05 e EDcl no AgRg no AG 438857 / DF, Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, DJ 23.09.2002 p. 288).

Pede a nulidade do Auto de Infração, em face do lançamento do crédito sem a observância de todos os lançamentos fiscais, aplicação errônea do "IVA" quando da data da ocorrência do fato gerador, venda realizada no balcão - lançamento de produtos inexistentes nas notas fiscais citadas - existência de pagamentos do ICMS ST desconsiderados - divergência entre a quantidade e valores apontados nas notas fiscais.

Diz que o contribuinte para se defender pode apresentar documentos por amostragem, pois lhe compete aferir, ainda que por relance, o vício no Auto de Infração. Já a autoridade administrativa, por sua vez, para lançar o tributo, deve basear sua conclusão na análise primorosa de todas as hipóteses que entendeu desconsiderar. Tendo essa premissa como norte, observa-se a relação de amostragem das cobranças advindas do presente Auto, que não condizem com a realidade. No caso, a fiscalização, considerou para levantamento do débito fiscal várias notas fiscais que não foram transportadas pela autuada, um vez que tais operações ocorreram através de vendas de balcão, em que o próprio adquirente retirou e transportou as mercadorias constantes da nota fiscal. Anexa, por amostragem, as Notas Fiscais nºs 683.323, 619.262, 633.080, 674.665.

Diz que em várias notas fiscais não constam os produtos mencionados no lançamento fiscal. Cita os documentos de números 100867; 780641 (ap bic comfort 2 for women 12x2), 971587 (carga mach 3 2x1); explica que as demais notas fiscais com erros foram anexadas aos autos, não obstante possuir a fiscalização elementos para tal análise.

Salienta que em alguns dos lançamentos o ICMS/ST foi recolhido, cuja demonstração foi feita também por amostragem através das notas fiscais nºs 900943, 925796, 946648 (em anexo).

Firma a existência de divergências de valores e quantidade dos produtos entre as notas fiscais e o levantamento fiscal. Destaca que na Nota Fiscal nº 10525 consta o produto LAMP ELET DULUX VALUE 220X15W OSRAM, na quantidade de 10, cujo valor unitário é de R\$ 3,61. (cópia anexa).

Declara que os "IVA,s" adotados pela fiscalização não correspondem ao aplicado em cada ano, porque deveria ser aplicado um para 2008, outro para 2011. Reclama que a fiscalização desconsiderou os erros apontados, vez que tais informações encontram-se no *sped fiscal* e, tais arquivos, foram objeto de análise e confrontação dos dados pelo Auditor Fiscal, caracterizando erro no levantamento fiscal, implicando cerceamento de defesa e insegurança na determinação da infração.

Colaciona julgado administrativo tributário do Estado de Goiás, que aponta nulidade dos autos

tendo em vista a ausência de demonstrativos, que prejudicam a interpretação do resultado do trabalho fiscal, causando insegurança e cerceamento de defesa do contribuinte.

Reitera a improcedência da exigência.

Alega a sua ilegitimidade passiva, uma vez que a condição de substituto tributário é imposta ao industrial ou ao importador, por expressa previsão do Convênio ICMS 81/93, dos protocolos ICM 11/91 (bebida); ICM 16/85 (lamina, isqueiro, aparelho de barbear); ICM 17/85 (lâmpada); ICM 18/85 (pilha); protocolo ICM 18/95 (compacts disc, digital vídeo discs); Convenio ICMS 74/94 (ceras, colas, corantes, ilustradores de moveis); protocolo ICM 14/06 (bebidas alcoólicas); ICM 15/85 (filmes fotograficos); Convenios ICMS 03/99 e 110/2007 (óleos – antiferrugem, para máquinas e silicones, querossenes); Protocolo ICMS 26/04 (rações para animais)

Explica que todas as normas tidas por violadas – convênios e protocolos – estipulam que o contribuinte substituto do ICMS será o industrial, ou o importador das mercadorias que mencionam e que somente eles são contribuintes responsáveis pelo recolhimento (operação própria) e retenção (operação futura de contribuinte alheio) do tributo devido nas vendas das mercadorias, objeto da infração.

Afirma que não é industrial, nem importador das mercadorias, mas um distribuidor, realizando circulação posterior àquele que industrializou ou que, antes, importou os produtos. Em sendo assim, nos termos do Convenio ICMS 81/93, sendo substituído tributariamente, não tem qualquer responsabilidade pelo crédito tributário, devendo ser perquirido o substituto. Reafirma a sua ilegitimidade passiva.

Questiona o efeito confiscatório da multa, contestando a sua aplicabilidade, quando se iguale ao principal do tributo (A.D.I 551). Diz que o STF já foi instigado a se manifestar sobre essa espécie de multa, que exorbita o próprio valor do tributo devido e não pago.

Aduz que, ainda que se considere o levantamento do tributo como sendo ato válido, a parte do auto de infração que impôs a incidência de multa desproporcional, deve ser anulada, pois tem nítida essência confiscatória, o que equivaleria, no campo penal, à possibilidade de haver pena de morte para o delito de homicídio, tendo assim a aplicação, exata da lei de talião, do código de Hamurabi.

Firma que a multa no percentual de 100% do tributo, supostamente inadimplido, afronta a Carta da República e cria uma pena desproporcional. Conclui que, ainda que se julgue procedente o lançamento fiscal, a multa desproporcional cominada deve ser extirpada.

Pede a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O Auditor Fiscal presta Informação (fls.996/1022 - volume IV), ressalvando que não houve impugnação no mérito, ainda assim, as razões serão contrariadas ponto a ponto.

Sobre a preliminar de decadência do direito de lançar em relação aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e julho de 2008 (art. 150, §4º, do CTN), argui que se fosse pertinente, não atingiria os fatos geradores ocorridos após agosto de 2008, de modo que a autuação subsistiria, ainda que, por extremo absurdo, prevalecesse a tese da autuada. Aduz, todavia, que todo o período de 2008 passa incólume à argumentação de decadência, conforme passa a expor.

Sublinha que o prazo a que se refere o dispositivo transscrito é para homologar e não para lançar, atividades distintas a serem desempenhadas pelo Poder Público. Salvo, em havendo má-fé do contribuinte, tem a entidade tributante cinco anos, contados do fato gerador para conferir se o pagamento foi efetuado acertadamente ou não. Se correto, extinto estará o crédito tributário; se não correto, tem o fisco o direito de efetivar o lançamento de ofício, uma outra atividade administrativa, em idêntico prazo de cinco anos, contados, nessa situação, do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, conforme estipula o art. 173, I, do CTN.

Afirma que todos os fatos geradores ocorridos em 2008, sem exceção, poderiam ser objeto de autuação, dentro do quinquênio, contados a partir de 01/01/2009, de modo que o direito do Estado lançar estaria prejudicado se fosse efetivado depois de 31/12/2013. E este foi manejado muitos

meses antes, conforme se vê no próprio PAF. Conclui que este é o entendimento majoritário do STJ, representados na decisão do REsp 973189-MG.

Esclarece, por outro lado, que tal raciocínio, não tivesse pertinência jurídica, outro não menos importante se constrói: o prazo de 5 anos para o lançamento, seria aplicável para os casos em que o sujeito passivo, ao apurar e declarar determinados valores de imposto a recolher, deixasse de pagá-los ou os pagasse a menor. Mas só aqueles valores declarados. Jamais tal raciocínio poderia trespassar tal montante, fruto de irregularidades detectadas, somente quando o fisco, ao analisar os fatos imponíveis, descobre que outros valores não declarados (muito menos pagos) também são devidos. Este é o entendimento esposado pelo STJ, refletido na ementa extraída do julgamento realizado para o AgRg no Ag de Instrumento 756159-RS (também descrito).

Todavia, as alegações até agora fornecidas pela auditoria partem do pressuposto de inexistir na legislação baiana dispositivo que fixe um outro marco inicial para contagem do prazo decadencial. Relembra que, a teor do art. 150, §4º, do CTN, atrás transcrito, dúvidas não há de que o prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, só será observado se a lei ordinária não fixar um outro prazo para a homologação.

Diz que pelo princípio federativo consagrado na Constituição de 1988, nomeadamente no art. 25, os Estados-membros gozam de autonomia legislativa para fazerem valer suas prerrogativas de auto-organização e auto governo, inclusive no campo tributário, com fulcro, é claro, nas normas gerais estatuídas em lei complementar e nos limites de sua competência. Transcreve o texto constitucional: “*Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição*”.

Destaca que a lei tributária de normas gerais – o Código Tributário Nacional – abriu a possibilidade de a lei do ente federativo respectivo estipular uma outra contagem de prazo para aplicação dos efeitos decadenciais. A Bahia assim procedeu ao editar o seu Código Tributário Estadual, aprovado pela Lei nº 3956/81. Precisamente em seu art 107-A, reproduz, toda evidência que o prazo para lançar tributos decaia em cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador.

Friza que, além das correntes de pensamentos existentes no STJ, divididas internamente quanto à fixação do marco inicial para cômputo do prazo decadencial, a legislação do Estado da Bahia estipulou um outro prazo, aplicando-se a ressalva contida na parte inicial do §4º do art. 150 do CTN, de modo que caem por terra todos os esforços da autuada em demonstrar que o lapso decadencial se computa a partir da ocorrência de cada fato gerador e não do exercício seguinte.

Afirma, por fim, que agiu acertadamente ao incluir no lançamento de ofício irregularidades derivadas de fatos geradores a partir de 01/01/2008, todas elas ainda pendentes de pagamento e de extinção do crédito tributário. Haveria equívoco, sim, se fossem incluídas pendências detectadas em 31/12/2007 para trás. Estas, irremediavelmente decaíram.

Discorre ainda o Auditor Fiscal acerca da ilegitimidade passiva, questionada pelo contribuinte, sob a alegação de lhe faltar a condição de substituto tributário, com arrimo nos acordos interestaduais, nos quais não consta, pelo ramo de atividade que exerce, qualquer imputação da sua responsabilidade.

Explica que, de fato, o autuado não exerce atividade industrial, de importação ou figurou como arrematante em leilão de mercadorias, mas também, é fato, o contribuinte exerce atividades comerciais de distribuidor atacadista, como mesmo confessou (fl. 756).

Assevera que na condição de distribuidor, o autuado realiza operações com clientes comerciantes instalados por todo o Estado da Bahia, realizando, na condição de atacadista, vendas em grandes quantidades, para pessoas jurídicas, destinatários revendedores de mercadorias, qualificáveis como varejistas. Isto é facilmente atestado pela análise dos demonstrativos juntados na autuação, em meio físico ou em mídia eletrônica, ou até mesmo nas notas fiscais eletrônicas apensadas pelo sujeito passivo, em todos elas constando como destinatários das mercadorias pessoas jurídicas sediadas em território baiano.

Salienta que da leitura dos trechos dos protocolos e convênios citados na impugnação, a indicação de responsável pela substituição recai sobre o industrial, importador ou, em alguns casos, o arrematante. Porém, as cláusulas transcritas pela autuada revelam apenas parcialmente as pessoas jurídicas enquadráveis como substituto tributário.

Na realidade, diz, o contribuinte se esqueceu de mencionar em todos os acordos interestaduais que serviram de suporte para a autuação, a existência de cláusulas complementares, indicando também à responsabilidade por substituição do distribuidor atacadista, quando realizada uma operação interestadual. Nesse sentido, transcreve a cláusula terceira do Protocolo ICMS 14/06 alusivo a bebidas alcoólicas quentes, que tem idêntico comando ao que consta nas cláusulas segundas do Protocolo ICM 16/85 (isqueiros e lâminas de barbear), do Protocolo ICM 17/85 (lâmpadas elétricas), do Protocolo ICM 18/85 (pilhas e baterias elétricas), e primeira, segunda e terceira do Convênio ICMS 81/93 (normas gerais), aplicáveis aos acordos celebrados após 1993, vale dizer, Convênio ICMS 03/99 (combustíveis e lubrificantes).

Acrescenta que tais regras enunciam limpidamente que, em relação às operações com as mercadorias atrás listadas, além de figurarem como sujeitos passivos primários, o industrial, o importador e o arrematante, qualifica-se como substituto secundário o remetente distribuidor atacadista, desde que efetuada uma operação interestadual, tenha sido feita anteriormente ou não a retenção do imposto. Este é exatamente o caso aventado no presente lançamento.

Conclui que o autuado, como distribuidor atacadista, realizou operações interestaduais com as mercadorias apontadas nos convênios e protocolos mencionados, tornando-se responsável por substituição, passando à condição de devedor do ICMS perante o Estado de destino.

Chama atenção para o fato de o contribuinte alegar que não é substituto tributário para reter o ICMS em determinadas operações, mas, em outras, é ele próprio quem espontaneamente promove a tributação antecipada, conforme se pode constatar dos demonstrativos apensados aos autos, designadamente na coluna “retido item”. Ademais, várias das infrações identificadas aludem à retenção a menor, o que induz – evidentemente – à particularidade da própria empresa ter efetuado a retenção (em parte).

Sublinha que as alegações de nulidade envolve vários fatores: 1) em virtude do lançamento do crédito tributário ter sido feito “sem a devida observância de todos os lançamentos fiscais”; 2) pela aplicação errônea do “IVA”, quando da data da ocorrência do fato gerador; 3) pela não consideração das vendas realizadas em balcão; 3) pela inserção de produtos inexistentes, nos respectivos documentos fiscais; 4) pela não consideração dos recolhimentos já efetuados a título de substituição tributária e, por fim, 5) caracterizada pela divergência entre a quantidade e valores apontados nas notas fiscais.

Registra que apesar de não se conseguir detectar o real significado da expressão referida na defesa, registrada entre aspas no parágrafo anterior, o contribuinte se deu ao trabalho de enumerar as supostas inobservâncias identificadas na autuação, que será rebatida uma a uma.

Em primeiro lugar, acerca da aplicação equivocada de “IVA” (fl. 751), quando da ocorrência dos fatos geradores, imagina que o autuado quis dizer MVA – margem de valor agregado, terminologia oficialmente adotada na LC 87/96 e largamente utilizada nas peças processuais, de modo que a alegação foi interpretada desta forma.

Diz que o autuado afirmou, mas não apontou quais as MVAs e em quais períodos houve a aplicação desacertada, de sorte que pouco se tem a dizer a esse respeito. Independente disto, reviu as margens e construiu os demonstrativos de débito adiante arrolados.

Quanto às vendas realizadas em balcão, não vê nesta particularidade argumentos para a exclusão de tais operações do regime da substituição tributária para a frente. Afirma que as notas fiscais analisadas – todas elas – indicam que as vendas foram feitas para pessoas jurídicas instaladas na Bahia, em volume e habitualidade suficientes para configurar intuito comercial, na forma da definição do art. 4º da LC 87/96, de sorte que para as mercadorias enquadradas na sistemática da tributação antecipada cobrou-se a falta de retenção ou a retenção a menor, sendo indiferente se o

transporte foi regido pela cláusula CIF ou FOB. Diz que também é improcedente a afirmativa de que esta auditoria desconsiderou os pagamentos efetuados a título de ICMS-ST. Tanto isto não é verdade que, em vários momentos, se cobrou pagamento a menor do tributo devido por substituição tributária. Em outras palavras, os pagamentos realizados pelo autuado foram considerados, exigindo-se apenas a complementação, quando cabível. Neste sentido, as infrações 11 a 17 do presente Auto de Infração.

Por derradeiro, para enfrentar as poucas situações demonstradas de registros inexistentes de mercadorias ou divergência entre a quantidade e valores, apontados nos documentos fiscais, reanalisou as operações do contribuinte de interesse para a Bahia; desta feita, tomando-se como base as notas fiscais eletrônicas e não mais os arquivos SINTEGRA (à exceção do exercício de 2008, e de janeiro a agosto de 2009, período em que a empresa ainda não trabalhava com notas fiscais eletrônicas), aferindo-se os registros constantes das NF- e.

Informa que todas as NF- e apensadas pelo autuado não mais constam dos atuais levantamentos fiscais apresentados. Diz que mesmo as notas fiscais marcadas à lápis pela autuada nos demonstrativos e cujos respectivos documentos não foram apensados também não mais aparecem nos novos levantamentos, cujas cópias foram também disponibilizadas para o contribuinte. Aduz que foram corrigidas todas as anormalidades aprontadas pela impugnação, disponibilizando, em meio magnético, os arquivos que dão origem aos levantamentos, extraídos diretamente das notas fiscais eletrônicas emitidas pelo estabelecimento autuado.

Acosta novos demonstrativos nos autos, constando os valores a seguir:

Infração 1 – de R\$77.225,36 passa R\$63.831,84; Infração 2 – de R\$4.123,47 passa R\$553,22; Infração 3 – de R\$61.416,09 passa R\$29.787,49; Infração 4 fica mantida em R\$49.036,91; Infração 5 – de R\$493.828,16 passa R\$102.965,27; Infração 6 – de R\$200,05 passa R\$181,61; Infração 7 – de R\$13.358,77 passa R\$13.327,07; Infração 8 – de R\$26.203,84 passa R\$26.048,39; Infração 9 – de R\$2.300,20 passa R\$2.273,55; Infração 10 – de R\$2.465,64 passa R\$2.435,47; Infração 11 – de R\$20.202,16 passa R\$4.030,15; Infração 12 – de R\$8.173,13 passa R\$2.332,38; Infração 13 – de R\$2.527,01 passa R\$1.288,04; Infração 14 – de R\$3.387,53 passa R\$1.799,95; Infração 15 – de R\$6.554,27 passa R\$3.533,15; Infração 16 – de R\$97,30 passa R\$58,09 e Infração 17 fica mantida em R\$556,83;

Com relação à multa confiscatória, informa que a impugnação e mesmo o pronunciamento do STF não se coadunam com o caso em tela, posto que a sanção aplicada não corresponde ao montante do próprio tributo, girando o percentual em torno de 60%, que deflui do art. 42, II, e, da Lei Baiana do ICMS (Lei nº 7014/96). Lembra ainda que a legislação baiana prevê reduções substanciais de seu valor, caso haja o pagamento da dívida.

Frisa que as diversas contra-argumentações, ora explanadas, justificam a reabertura do prazo para o sujeito passivo se defender, no trintídio de lei, inclusive com a entrega dos dados da revisão fiscal, em meio eletrônico.

Em nova manifestação, o contribuinte, fls. 1371 a 1388 (volume V), argui que o ponto nodal da defesa foi a inexistência absoluta de débito tributário inadimplido. O esteio da acusação se encontra no fato de que o contribuinte autuado é substituído tributário, nas operações com os produtos, objeto do lançamento fiscal, como mandam vários convênios dos quais o Estado da Bahia faz parte e estabeleceu que o substituto tributário é aquele que tenha a condição de industrial, ou o importador, das mercadorias que mencionam. Alega que não é distribuidor, industrial ou importador.

Sustenta que os mencionados acordos criam uma possibilidade, e apenas uma, para dar caráter de substituto àquele comerciante que, antes, era só substituído. Isto, no caso de se realizar operações interestaduais de mercadorias, após a internação delas no território baiano, conforme consta na CLÁUSULA TERCEIRA, do PROTOCOLO ICMS 14/06, que transcreve:

Cláusula terceira No caso de operação interestadual realizada por distribuidor, depósito ou estabelecimento atacadista com as mercadorias a que se refere este protocolo a responsabilidade pela substituição tributária caberá ao remetente, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente,

observado o seguinte:

Diz que o pressuposto para que o distribuidor esteja na condição de substituto tributário, é que haja a operação interestadual e o mesmo o remetente da mercadoria, Não havendo operação interestadual, não há para o distribuidor, a condição de substituto tributário.

Repete que, se a operação for interna, dentro do mesmo estado que tiver recebido a mercadoria, não haverá nova incidência, estando adstrita a arrecadação pelo substituto industrial ou importador, independentemente de seu estado de origem.

Explica que recebeu as mercadorias no Estado da Bahia, por meio de sua filial, na condição de substituído tributário e, como, as revende aos “*clientes comerciantes instalados por todo estado da Bahia*”, não havendo, pois, a operação interestadual. Nesse caso, não existe a aplicação da cláusula terceira do Protocolo ICMS 14/06, ou outro acordo semelhante. Nesse caso, conclui, não há nova incidência tributária, pois todas as operações realizadas são internas, no estado da Bahia.

Reitera a nulidade do lançamento por cerceamento de defesa e insegurança na determinação da infração. Salienta que a própria autoridade lançadora admitiu, por conduta própria, a nulidade do auto de infração, pois, houve por bem aditar o levantamento fiscal, anteriormente feito, destacando trechos extraídos da Informação Fiscal manejada pelo Auditor Fiscal.

Aduz que o próprio fiscal admite que o Auto de Infração não foi realizado de forma escorreita, o que o eiva de nulidade. Acusa, tendo em vista a forma como foi realizada a autuação, que o dever de impessoalidade do administrador foi violado. Realizada a impugnação do auto de infração, verificada a correta atitude do administrado, a autoridade administrativa houve por bem alterar as bases de cálculo. Diz que tal conduta pode levar, como receia, a autuações no infinito, bastando a autoridade administrativa não se satisfazer com a defesa apresentada, para manter alteração de fundamento jurídico da conduta, o que ofende a segurança jurídica do cidadão.

Por fim, diz que a mudança ocorrida no auto de infração não deve ser tida como mero Auto Complementar’. Pontua que Auto de Infração Complementar não serve para nova qualificação jurídica da conduta, mas, para reparo fático naquilo que se observara, ou uma nova verificação de fato, não atestado anteriormente.

Tendo em vista a admissão de trabalho equivocado feito pela autoridade lançadora, requer a nulidade do auto de infração, para que não se ofender a segurança jurídica, a impessoalidade do administrador e o seu direito da ampla defesa. Repete as demais alegações quanto à decadência e pede a improcedência do Auto de Infração.

O Auditor Fiscal presta Informações Fiscais suplementares, fls. 1391 a 1397 (volume V).

Diz que o pedido de nulidade do auto de infração, em vista a redução do valor exigido se mostra inteiramente equivocada. Explica que a simples alteração de valores do *quantum debeatur* - em benefício do sujeito passivo - jamais poderá ter o condão de nulificar um lançamento efetuado em sólidas bases normativas. Informa que a modificação nos valores das infrações não provoca qualquer imprecisão. Na essência, as irregularidades encontradas continuam rigorosamente as mesmas, resumidas, por assim dizer, na falta de retenção de ICMS em operações destinadas para a Bahia envolvendo mercadorias sujeitas à tributação antecipada, previstas em diversos acordos interestaduais que contemplam o regime jurídico da substituição tributária. Desta premissa, explica que a auditoria não se desviou um milímetro sequer.

Ocorre que foi o contribuinte que não tratou convenientemente os dados que retrataram suas operações, distorcendo-os quando os encaminhou para o fisco baiano através do sistema SINTEGRA, sendo que de posse destas informações, o autuante aplicou as ferramentas disponíveis de auditoria e levantou o montante, inicialmente lançado. Assim, com estas informações constantes no SINTEGRA estavam desmesuradas, e isto ocorreu por iniciativa do próprio contribuinte, foram identificadas algumas anormalidades, evidente que os excessos quantitativos deveriam ser retirados, até porque a tarefa do lançador de tributos é apurar o quanto é devido pelo sujeito passivo, nos moldes prescritos pela legislação tributária.

Diz que, apesar de o valor resultante favorecer ao contribuinte, teve o fisco baiano o cuidado de devolver o prazo de trinta dias para que este novamente exercitasse livremente o seu amplo direito de defesa e manejasse soberanamente o contraditório, posto ser a instância administrativa o melhor local para se fazer os ajustes necessários e correção do lançamento, seja por iniciativa do órgão julgador, seja por iniciativa da própria autoridade lançadora, alertados ou não pelo contribuinte.

Sustenta que se o lançamento for nulo toda vez que o seu montante for minorado, resultará em temeridade muito grande. Isto porque, tal raciocínio poderia dar margem para que o contribuinte adotasse a "estratégia" de propositadamente deturpar os dados constantes das suas operações mercantis, nas fontes oficiais de informação (arquivos SINTEGRA, organizadores dos dados das NFes etc.) e, posteriormente, após lavrado o auto de infração, alegar nulidade do mesmo ao menor sinal de alteração de valor.

Assinala que o lançamento continua o mesmo, com as mesmas infrações, fundamentos normativos e capitulações legais; houve apenas ajustes nos montantes exigidos, justamente para se cobrar aquilo que o fisco apurou da análise das operações de circulação de mercadorias. Os julgados administrativos colacionados não se aplicam ao caso, sob exame.

Visando assimilar algumas das posições defendidas pelo sujeito passivo, afirma que a auditoria se valeu das técnicas de fiscalização para apurar os valores efetivamente devidos, sem desviar uma vírgula das infrações apontadas. Diz que efetuou levantamentos fiscais, demonstrativos das infrações cometidas e das omissões apuradas, dando acesso ao autuado de todas as planilhas explicativas das evasões detectadas, de forma a permitir a defesa do autuado e oferecer as condições para contestação dos valores que acabaram sendo expurgados da base reclamada.

Reitera que o autuado teve acesso a todas as planilhas explicativas das infrações, conhecidas e entendidas pela empresa, que construiu a partir delas, as suas argumentações. Aduz, ainda que houvesse discrepâncias quanto à irregularidade praticada e a tipificação legal, o que se admite apenas por amor ao debate, mesmo assim, a autuação restaria intocada, a teor do que preceitua o art. 18 do RPAF baiano. Transcreve o dispositivo.

Sobre a arguição de que o autuado não poderia figurar no pólo passivo da relação jurídico-tributária, no argumento que a regra estabelecida nos convênios e protocolos ao atribuir ao remetente a responsabilidade pela retenção do ICMS ao realizar operações interestaduais, mesmo que o imposto já tenha sido retido anteriormente, só teria aplicação "após a internação delas no território baiano", pondera, tal afirmativa não faz o menor sentido.

Explica que a substituição tributária clássica se presta para atribuir a um agente econômico (geralmente industrial ou importador) a responsabilidade pelo pagamento do tributo que, normalmente, seria devido pelos agentes econômicos postados à sua frente, dentro da cadeia produção/consumo de determinada mercadoria. Em outras palavras, explica a situação, valendo-se de um exemplo: O industrial "A", ao vender mercadoria para o atacadista "B" - que depois a revenderá para o varejista "C" que, por sua vez, a comercializará para o consumidor final -, já tributa antecipadamente o imposto incidente nos fatos geradores presumidos que "B" e "C" provavelmente realizarão no futuro.

Diz ainda que um primeiro substituto tributário, ao vender produtos para a autuada, calculou o imposto por substituição tributária incidente sobre toda a cadeia e o recolheu para o Estado em que se originou a operação, isto é, Goiás. Partindo-se do pressuposto de que todo o ciclo de produção e consumo da mercadoria iniciasse e terminasse dentro do território goiano. Todavia, se o contribuinte substituído, o autuado, no caso a "Rede Brasil Logística", efetua uma operação interestadual destinando mercadorias para um varejista situado na Bahia, uma nova substituição tributária deverá ser feita, pois o imposto cobrado por antecipação e incidente sobre o fato gerador presumido e futuro a ser realizado pelo varejista baiano deverá ser recolhido para o erário da Bahia, tendo em vista o princípio da origem. Conclui que o ente tributante beneficiário do ICMS será aquele que deu origem ao fato gerador.

Friza que o ICMS-ST inicialmente recolhido pelo industrial para o Estado de Goiás será devolvido, através de mecanismos de compensação ou resarcimento, pois os supostos fatos geradores que presumivelmente ocorreriam dentro do território goiano acabaram de fato ocorrendo na Bahia. A devolução deste imposto se impõe para evitar o "*bis in idem*". Este é o real significado da cláusula que atribui ao remetente uma nova retenção caso seja realizada uma operação interestadual, vale dizer, garantir o imposto ao ente tributante em que se originou o fato gerador, mesmo que tenha havido retenção anterior. Irrelevante, no caso em tela, seja a operação de venda ou transferência, bastando que haja previsão de haver tributação no acordo interestadual.

Reitera os demais pontos de vista já explanados, nas informações fiscais. Pede o encaminhamento dos autos para julgamento.

Considerando a publicação da Lei Estadual nº 13.199, de 28.1.2014 (com efeitos a partir de 29/11/14), que revogou os dispositivos previstos nos artigos 107-A e o § 5º do artigo 107-B, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e, sendo assim, a legislação baiana deixou de prever, expressamente, o prazo decadencial, havendo que se buscar no Código Tributário Nacional (CTN), as regras que disciplinam o instituto da decadência em relação aos tributos sujeitos a homologação, como ocorre no caso presente;

considerando as alegações do autuado de que ocorreu a decadência do direito de o Estado constituir crédito tributário relativamente aos débitos do exercício de 2008, com fulcro no artigo 150, § 4º, do CTN, haja vista que o auto de infração foi lavrado em 27/06/13 (intimação do sujeito passivo, em 10/07/13);

considerando a necessidade de promover a segurança jurídica nos julgamentos exarados pelo Conselho de Fazenda Estadual, o órgão julgador decidiu, na sessão de julgamento do dia 16/12/14, converter o presente processo administrativo fiscal à PGE/PROFIS para que o Procurador Assistente de Procuradoria, caso reconheça a presença de qualquer dos pressupostos legais, promova a instauração do procedimento de uniformização previsto no Decreto nº 11.737/09, emita parecer manifestando o entendimento da entidade a respeito da matéria, retro aludida.

Encaminhado o PAF para o Núcleo de Consultoria e Assessoramento da PGE/PROFIS, que entendeu pela não instauração do procedimento de uniformização administrativa, emite Parecer o Procurador da PGE/PROFIS, no sentido de anuir com os termos da Informação Suplementar de fls. 1391/1397.

Diz que é desarrazoado o pedido de nulidade dos autos, uma vez que as depurações feitas do levantamento original decorreram de erros de registro no SINTEGRA praticados pelo próprio sujeito passivo; aduz que os argumentos sobre o ICMS-ST não tem apoio na lógica da substituição tributária, uma vez que o autuado, com sede no Estado de Goiás, recebeu os produtos já com o imposto retido, o que encerra a tributação pelo ICMS até o consumidor final, dentro do Estado do substituto. Em tendo realizado operação interestadual para o Estado da Bahia, deve ser feita nova substituição tributária, pois ocorrerá nesse Estado, a continuação da cadeia de circulação econômica do bem, sendo devido o imposto, segundo o princípio da origem do Estado, onde ocorreu o fato gerador, conforme dispõem as cláusulas quinta e décima primeira do Convênio ICMS 16/85.

Sobre a decadência, enfim, arrimado na jurisprudência sedimentada na Súmula 08 do STF, também não merece melhor sorte o autuado, tendo em vista que as infrações se referem à não pagamento antecipado do imposto, o que impede a aplicação do art. 150 do CTN pela impossibilidade de se homologar o que não foi pago. .

Concluiu pela inaplicabilidade da tese de decadência, opinando pela manutenção do lançamento.

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla as 17 infrações descritas e relatadas na inicial dos autos que serão objeto da apreciação nas linhas que seguem.

As exigências dizem respeito à falta de retenção ou a retenção feita a menor com a consequente falta de recolhimento do ICMS-ST, em operações destinadas ao Estado da Bahia e envolvendo mercadorias sujeitas à tributação antecipada, previstas em diversos acordos interestaduais que as sujeitam ao regime jurídico da substituição tributária.

Nas razões, fls. 743 a 759 (volume III), e demais contestações, o contribuinte, preliminarmente, apresentou considerações acerca da decadência do lançamento de ofício, no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2012; nulidade dos autos por ilegitimidade passiva, por cerceamento ao seu direito à ampla defesa e o efeito de confisco em relação à multa aplicada. Tais matérias serão apreciadas de início.

A tese de decadência defendida pela empresa repousa nas regras expressas nos artigos 147 e 150 do CTN, aduzindo que o prazo começa a fluir a partir do fato gerador da obrigação tributária, à vista do disposto no art. 150, §4º, do CTN. Colando aos autos posicionamentos da jurisprudência do STJ (REsp 694678, julgamento 14.06.05, DJ 27.06.05 e EDcl no AgRg no AG 438857 / DF, DJ 23.09.2002).

Além de todas as questões já aduzidas pelos Auditores responsáveis pela autuação, durante a Informação Fiscal, ressalto que essa matéria tem sido objeto de debate, nesse Conselho de Fazenda, tendo gerado controvérsias, sobretudo, a partir da edição da Súmula Vinculante nº 08 do STF, que, de ofício, provocou a Procuradoria Estadual para que este Órgão Jurídico se pronunciasse acerca da contagem inicial do prazo de decadência relativo ao ICMS.

A Procuradoria Geral do Estado, após detida análise do quanto esposado na citada Súmula do STF e em relação ao ICMS neste Estado, opina de que os processos deveriam ser analisados de acordo com o entendimento anteriormente adotado pela PGE/PROFIS, afastando a questão relativa aos prazos decadenciais, conforme arguida pelo impugnante,

Dessa forma, a incidência da regra do art. 150 e seu § 4º pressupõe as situações em que o sujeito passivo lança o valor do imposto ou antecipa o pagamento. No presente caso, a empresa não lançou e nem recolheu o valor do imposto, lançado de ofício. Sendo assim, não se pode falar em lançamento por homologação, já que o pagamento do tributo exigido não foi antecipado. Foi ele lançado, vale repetir, de ofício.

No caso em concreto, quando da ciência ao autuado da lavratura do Auto de Infração, ocorrida em 10/07/2013, não havia sido extinto o direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores do período retro referido (janeiro a dezembro de 2008), o qual se extinguiria no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, consoante previsto no art. 107-A, I, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), então vigente, o que vale dizer que o termo final do prazo decadencial para o aludido período seria 31/12/2013.

A legislação baiana, vigente à época dos fatos geradores, estabelecia marco temporal diferenciado para contagem do prazo decadencial, ancorada no permissivo normativo constante no art. 150, § 4º, c/c o art. 173, I, do CTN. Ressalte-se que, com o advento da Lei nº 13.199, de 29/11/14, foi revogado o art. 107-A, da Lei nº 3.956/81. Porém, da leitura do artigo 105 (a legislação tributária aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros e aos pendentes, assim entendidos aqueles cuja ocorrência tenha tido início mas não esteja completa nos termos do artigo 116) e 106 (a lei aplica-se a ato ou fato pretérito: I- em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa; II - tratando-se de ato não definitivamente julgado: a) quando deixe de defini-lo como infração; b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo; c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática), ambos do CTN, fica claro que a nova alteração (Lei nº 13.199/14), que alterou a linde temporal para contagem do prazo decadencial, não pode ser aplicada aos fatos ou atos pretéritos, mas tão-somente em situações ocorridas após a sua edição.

A norma em discussão não se trata de norma meramente interpretativa, vez que constitutivo de um novo marco temporal, delimitador de direito potestativo do Estado da Bahia para efetuar o

lançamento tributário, como também por não se tratar de norma tributária de natureza penal mais benigna ao contribuinte, por não se tratar de comando legal atinente a qualquer penalidade, mas, balizador do poder de lançar do sujeito ativo da relação obrigatorial tributária.

Dessa forma, não poderá retroagir para surtir efeito em relação a fato gerador constituído sob a égide da legislação tributária, então vigente, conforme consta de diversos Pareceres da Procuradoria Geral desse Estado (PGE/PROFIS) e em conformidade com a jurisprudência desse Conselho, como pode ser extraído, entre outros, dos acórdãos CJF Nº 0378-12/15, CJF 0371-12/15, CJF Nº 0228-11/15.

Cabível ainda a ressalva que, nos itens em discussão, a exemplo de "*deixou de recolher ICMS ...*", não se pode dizer que o autuado tenha feito recolhimento antecipado do imposto e, em consequência, não há que se falar em "*lançamento por homologação*", previsto no art. 150, §4º, do CTN. Também por isso, a contagem do prazo decadencial enquadra-se no art. 173, I do CTN.

Posto isso, concluo que não ocorreu a decadência suscitada pelo autuado, em relação ao valores levantados no período janeiro a dezembro de 2008, haja vista que com a lavratura do Auto de Infração foi efetivado o devido lançamento do crédito tributário e, na data da ciência ao autuado, não houve transcurso do prazo que autorizasse o instituto da decadência, adotando-se qualquer marco legal.

Com relação à arguição de nulidade dos autos em face da alegação do autuado que não poderia ocupar o pólo passivo da relação tributária em cheque, por lhe faltar a condição de substituto tributário, sua apreciação dar-se-á quando das discussões de mérito, tendo em vista a natureza jurídica do questionamento, no caso em concreto.

No que se refere à alegação de nulidade em decorrência dos diversos procedimentos que teriam implicado erro no levantamento fiscal, incorrendo em cerceamento de defesa e insegurança na determinação da infração, rejeito o entendimento versado pela impugnação, uma vez que o presente Auto de Infração contém os elementos orientadores para a lavratura do Auto de Infração previstos no art. 39, RPAF BA, Regulamento de Processo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Mesmo o julgado administrativo tributário no Estado de Goiás, que aponta nulidade dos autos, em face à ausência de demonstrativos, que prejudicaram a interpretação do resultado do trabalho fiscal, causando insegurança e cerceamento de defesa do contribuinte, não poderia ser invocado, considerando que, no caso em concreto, as peças que modificaram a exigência inicial foram entregues formalmente ao autuado, não incorrendo em prejuízo ao direito à ampla defesa do contribuinte. Observo diversamente.

Justamente em contrário do entendimento do sujeito passivo, os ajustes, as correções, as revisões que foram procedidas nos valores exigidos. inicialmente, com base nos documentos trazidos nos autos ou pela correta aplicação da legislação pertinente ao caso em análise, além da exclusão de lançamentos em duplicidades, tal dinâmica, contando com o acompanhamento e participação do contribuinte autuado, comprova plena e claramente o respeito aos direitos do contribuinte à ampla defesa, ao contraditório, e em perfeita harmonia com a busca da verdade material, princípios caros ao direito tributário. Toda modificação fundamentada adequadamente, nos termos da lei, devidamente lastreada em comprovações inequívocas, a com a entrega ao defensor de todos os novos demonstrativos elaborados e com a regulamentar reabertura de prazo de defesa.

Na existência de possíveis lacunas e a fim de garantir o perfeito sentido da autuação, o processo administrativo fiscal - PAF foi encaminhado em diligência fiscal diante da Procuradoria Geral do Estado - PGE/PROFIS, em privilégio à verdade real dos fatos, significando que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos, tais como esses fatos o são na realidade no direito, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos, devendo ser carreadas aos autos as provas dos fatos levantados; dever que compete à Administração Tributária, mas também ao contribuinte, que tem o direito e o dever de trazer ao PAF todos os elementos e dados à respeito da matéria discutida, porquanto o que está em debate é a legalidade da tributação e a verdade fática fiscal. Portanto, não há falar em nulidade, nos presentes autos.

No mérito, examinando as peças processuais que amparam as infrações, verifico que os Auditores Fiscais elaboraram os demonstrativos que instruíram a exigência inicial, em relação aos 17 itens contidos nos autos, acostando os respectivos anexos, fls. 45 (volume I) a 734 (volume III). Após as razões, destacando-se os argumentos pertinentes às infrações, os fatos arguidos, os documentos e provas apresentados, o lançamento de ofício foi modificado para fazer as adequações e os ajustes que se fizeram necessárias, de acordo com os novos levantamentos sintetizados na Informação Fiscal, fls. 1008/1022 (Volume IV), além dos demonstrativos analíticos discriminando as diversas operações com falta de recolhimento ou recolhimento a menos ICMS-ST, fls. 1037/1367 (volumes IV e V), além das cópias em meio eletrônico, através de mídia de CD, entregue ao contribuinte, fl.1368, conforme recibo de fl.1369 (volume V), reduzindo os valores exigidos, inicialmente, conforme descrito abaixo:

*INFRAÇÃO 1 - R\$63.831,34
INFRAÇÃO 2 - R\$553,22
INFRAÇÃO 3 - R\$29.787,49
INFRAÇÃO 4 - R\$49.036,91
INFRAÇÃO 5 - R\$102.965,27
INFRAÇÃO 6 - R\$181,61
INFRAÇÃO 7 - R\$13.327,07
INFRAÇÃO 8 - R\$26.048,39
INFRAÇÃO 9 - R\$2.273,55
INFRAÇÃO 10 - R\$2.435,47
INFRAÇÃO 11 - R\$4.030,15
INFRAÇÃO 12 - R\$2.332,28
INFRAÇÃO 13 - R\$1.288,04
INFRAÇÃO 14 - R\$1.799,95
INFRAÇÃO 15 - R\$3.533,15
INFRAÇÃO 16 - R\$58,09
INFRAÇÃO 17 - R\$556,83*

Outrossim, mesmo após as providências retro mencionadas, o autuado, irresignado, apresentou razões defensivas argumentando a ausência da condição de substituto tributário, sob o juízo que o envio de mercadorias por meio de sua filial na Bahia, e a revenda para seus clientes instalados no Estado da Bahia, na configura operação interestadual.

Argumenta ainda que o Auto de Infração não foi realizado de forma escorreita e as mudanças ocorridas com alteração das bases de cálculos e o fundamento jurídico da conduta. Ressalva que a mudança no Auto de Infração não pode ser tida como "*mero auto complementar*".

O presente lançamento fiscal é decorrente da falta de retenção e recolhimento do ICMS pelo autuado, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, referentes às vendas realizadas a contribuintes localizados neste Estado.

Ressalto que o contribuinte autuado encontra-se localizado no Estado de Goiás (município de Anápolis) e não possui inscrição no Estado da Bahia, na condição de contribuinte substituto. A Lei do ICMS do Estado da Bahia (Lei nº 7.014/96) estabelece no seu artigo 10 que nas operações interestaduais, a adoção do regime de substituição tributária dependerá de acordo específico para este fim celebrado entre a Bahia e as unidades da Federação interessadas.

Tal regra foi recepcionada a partir do *caput* do art. 9º da LC nº 87/96. E por força da cláusula oitava do Convênio ICMS 81/93 aplicam-se as normas da legislação do Estado destinatário das mercadorias.

Nesse sentido, incabível a justificativa do autuado de que o Auto de infração deva ser anulado, tendo em vista que as mudanças ocorridas com alteração das bases de cálculos representam alteração no fundamento jurídico e insegurança na exigência.

Observo justamente em contrário do entendimento do sujeito passivo. Os ajustes, as correções, as revisões que foram procedidas nos valores exigidos. inicialmente, com base nos documentos trazidos nos autos, nos novos arquivos SINTEGRA encaminhados pelo próprio autuado ou pela correta aplicação da legislação pertinente ao caso em análise, além da exclusão de lançamentos

em equívocos, tal dinâmica, contando com o acompanhamento e participação do contribuinte autuado, comprova plena e claramente o respeito aos direitos do contribuinte à ampla defesa, ao contraditório, e em perfeita harmonia com a verdade material, princípios caros ao direito tributário. Toda modificação fundamentada adequadamente, nos termos da lei, devidamente lastreada em comprovações inequívocas, a com a entrega ao defensor de todos os novos demonstrativos elaborados e com a regulamentar reabertura de prazo de defesa. Não se trata, em absoluto, de nenhum *"auto de infração complementar"*.

Incompreensível ainda a alegação da defesa de que não ostenta a condição de sujeito passivo por substituição tributária, por não ter praticado operações interestaduais, o que somente ocorreria *"após a internação delas (mercadorias) no território baiano"*.

Em regra geral, o ICMS substituição tributária deve ser recolhido na operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária pela operação posterior, quando destinada a contribuinte do ICMS estabelecido em Unidade Federada signatária do Convênio ou Protocolo que estabeleceu a aplicação desse regime à determinada mercadoria.

Nas operações interestaduais, além dos substitutos naturais (indústria ou importador), assumem a condição de substituto tributário, inclusive quanto ao diferencial de alíquotas, qualquer contribuinte (atacadista ou varejista) estabelecido em Unidade Federada signatária de convênio ou protocolo que o estabeleça como responsável e efetue remessa de mercadorias previstas no aludido Acordo.

Nesse sentido, a cláusula quinta do Convenio ICMS 81/93, que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal, prevê que a substituição tributária não se aplica às transferências para outro estabelecimento atacadista do sujeito passivo por substituição. O Parágrafo único da mesma cláusula, indica, contudo, que o sujeito passivo por substituição é aquele definido como tal no protocolo ou convênio que trata do regime de substituição tributária aplicável à mercadoria.

Examinando o texto de cada Acordo Interestadual que determinou a inclusão expressa do remetente (e não somente o industrial ou importador), na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, nas operações colhidas no presente Auto de Infração, verifico que o contribuinte autuado deve ser validamente identificado como responsável tributário, nos itens e nas operações a seguir descritas:

Na infração 1, a exigência tem fundamento no Protocolo ICMS 16/85 (cláusula segunda), que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com lâmina de barbear, aparelho de barbear descartável e isqueiro, com validade até maio de 09, em face da vigência do Protocolo ICMS 05/09, a partir de 01.06.2009 e importa R\$20.635,90.

Ainda, nesta infração, observo que após revisão, os fiscais majoraram alguns meses (jan, fev, abr, mai, ago, set de 2008 e jan de 2009), no entanto, mantendo os lançamentos conforme indicado na lavratura da autuação. Quanto aos demais meses que houveram redução e que foram mantidos (mar, jun, jul, out, nov, dez de 2008 e fev, mar, mai de 2009), mantendo as deduções. Percebo que foi incluído o mês de abr/2009 (não lançado na autuação), o que, não acato nos termos do art. 146 do CTN que da previsão da imodificabilidade do lançamento tributário relativamente notificado o sujeito passivo. Assim, este primeiro item, fica conforme o demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 1				
OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO	MULTA
31/01/2008	09/02/2008	5.316,99	5.316,99	60%
28/02/2008	09/03/2008	2.743,44	2.743,44	60%
31/03/2008	09/04/2008	1.187,85	1.187,85	60%
30/04/2008	09/05/2008	1.761,88	1.761,88	60%
31/05/2008	09/06/2008	1.147,96	1.147,96	60%
30/06/2008	09/07/2008	1.313,94	1.228,35	60%

31/07/2008	09/08/2008	1.761,20	1.761,20	60%
31/08/2008	09/09/2008	1.427,39	1.417,56	60%
30/09/2008	09/10/2008	833,84	833,84	60%
31/10/2008	09/11/2008	2.875,14	1.254,18	60%
30/11/2008	09/12/2008	184,33	89,93	60%
31/12/2008	09/01/2009	858,7	430,64	60%
31/01/2009	09/02/2009	120,73	120,73	60%
28/02/2009	09/03/2009	288,01	268,97	60%
31/03/2009	09/04/2009	1.225,46	601,16	60%
31/05/2009	09/06/2009	476,10	471,22	60%
TOTAL		23.522,96	20.635,90	

Na infração 11, a exigência tem os mesmos fundamentos que à primeira infração: retenção e recolhimento a menor, no entanto, com a redução feita pelo fiscal, de fl. 1017, que totaliza R\$3.432,80, conforme o demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 11				
OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO	MULTA
31/01/2008	09/02/2008	336,03	87,57	60%
28/02/2008	09/03/2008	341,29	94,05	60%
31/03/2008	09/04/2008	272,23	72,34	60%
30/04/2008	09/05/2008	401,8	116,58	60%
31/05/2008	09/06/2008	457,76	131,47	60%
30/06/2008	09/07/2008	413,79	119,25	60%
31/07/2008	09/08/2008	335,05	99,48	60%
31/08/2008	09/09/2008	472,68	160,92	60%
30/09/2008	09/10/2008	573,35	195,67	60%
31/10/2008	09/11/2008	421,61	140,18	60%
30/11/2008	09/12/2008	331,3	88,75	60%
31/12/2008	09/01/2009	295,4	99,52	60%
31/01/2009	09/02/2009	501,85	422,17	60%
28/02/2009	09/03/2009	467,93	422,58	60v
31/03/2009	09/04/2009	557,37	499,97	60%
30/04/2009	09/05/2009	541,87	336,32	60%
31/05/2009	09/06/2009	430,91	345,98	60%
TOTAL		6.721,31	3.432,80	

A infração 2 tem fundamento no Protocolo ICMS 19/85 (cláusula primeira), que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com discos fonográficos, fitas virgens ou gravadas resta procedente em parte, com as alterações promovidas pelos Auditores, responsáveis pela ação fiscal e importa R\$553,22 (fl. 1010). A infração 13 tem os mesmos fundamentos e a retenção e recolhimento a menor totaliza R\$1.228,04 (fls. 1018/1019).

A infração 4 tem fundamento no Protocolo ICMS 11/91 (cláusula terceira), que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com cerveja, refrigerantes, água mineral ou potável e gelo, importando, após os ajustes promovidos pelos Auditores, responsáveis pela ação fiscal, o valor R\$49.036,91 (fl.1012). Na infração 17, a exigência tem os mesmos fundamentos e a retenção e recolhimento a menor totaliza R\$556,83, (fl.1021).

A infração 5 tem fundamento no Protocolo ICMS 14/06 (cláusula terceira), que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com bebidas quentes, importando, após os ajustes promovidos pelos Auditores, responsáveis pela ação fiscal, o valor R\$102.965,27 (fls.1012/1013).

A infração 6 tem fundamento no Protocolo ICMS 15/85 (cláusula segunda), que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com filme fotográfico e cinematográfico e "slide", importando, após os ajustes promovidos pelos Auditores, responsáveis pela ação fiscal, o valor R\$181,61 (fls.1013).

A infração 7 encontra fundamento no Protocolo ICMS 17/85 (cláusula segunda), que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com lâmpada elétrica, com validade até maio de 09, em face da vigência do Protocolo ICMS 07/09 (01.06.2009) e importa R\$729,47, de fl. 1013. Ressalto que em relação aos meses que foram majorados (fev, mar e mai de 2009) mantém-se conforme o

lançamento da autuação nos termos do art. 146 do CTN já exposto, de acordo com o demonstrativo abaixo.

DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 7				
OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO	MULTA
31/01/2008	09/02/2008	19,97	16,12	60%
28/02/2008	09/03/2008	132,42	132,42	60%
31/03/2008	09/04/2008	101,73	101,73	60%
30/04/2008	09/05/2008	38,47	38,47	60%
31/05/2008	09/06/2008	131,19	131,19	60%
30/06/2008	09/07/2008	39,64	39,64	60%
31/07/2008	09/08/2008	106,21	106,21	60%
31/08/2008	09/09/2008	32,37	32,37	60%
30/09/2008	09/10/2008	19,83	19,83	60%
31/10/2008	09/11/2008	156,73	26,59	60%
30/11/2008	09/12/2008	32,20	0,00	60%
31/12/2008	09/01/2009	8,07	4,23	60%
31/01/2009	09/02/2009	17,72	13,89	60%
28/02/2009	09/03/2009	6,16	6,16	60%
31/03/2009	09/04/2009	21,24	21,24	60%
30/04/2009	09/05/2009	5,18	0,00	60%
31/05/2009	09/06/2009	39,38	39,38	60%
TOTAL		908,51	729,47	

Na infração 14, a exigência tem os mesmos fundamentos do item 7 (anterior): retenção e recolhimento a menor que totaliza R\$1.393,20. Os valores foram extraídos do demonstrativo (abaixo) acostado aos autos (fl. 1019), após ajustes promovidos pelos Auditores, responsáveis pela ação fiscal.

DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 14				
OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO	MULTA
31/01/2008	09/02/2008	75,78	66,92	60%
28/02/2008	09/03/2008	97,03	81,55	60%
31/03/2008	09/04/2008	68,72	64,06	60%
30/04/2008	09/05/2008	95,23	81,98	60%
31/05/2008	09/06/2008	130,43	113,10	60%
30/06/2008	09/07/2008	88,26	71,71	60%
31/07/2008	09/08/2008	72,67	62,99	60%
31/08/2008	09/09/2008	88,37	76,67	60%
30/09/2008	09/10/2008	70,27	65,71	60%
31/10/2008	09/11/2008	80,36	71,88	60%
30/11/2008	09/12/2008	79,28	67,98	60%
31/12/2008	09/01/2009	87,29	78,22	60%
31/01/2009	09/02/2009	113,97	83,58	60%
28/02/2009	09/03/2009	104,50	87,66	60%
31/03/2009	09/04/2009	76,21	53,28	60%
30/04/2009	09/05/2009	170,46	129,31	60%
31/05/2009	09/06/2009	199,49	136,60	60%
TOTAL		1.698,32	1.393,20	

A infração 8 encontra fundamento no Protocolo ICMS 18/85 (cláusula segunda), que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com pilha e baterias elétricas, com validade até maio de 09, em face da vigência do Protocolo ICMS 07/09 (01.06.2009) e importa R\$14.576,68, de fls. 1014/10/15. Destaco que quanto aos meses majorados (fev, mar e mai de 2009) mantendo o lançamento da autuação inicial, nos termos do art. 146 do CTN e em relação aos demais meses acato as deduções postas pelos fiscais, conforme o demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 8				
OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO	MULTA
31/01/2008	09/02/2008	2.081,63	2.041,26	60%
28/02/2008	09/03/2008	1.653,30	1.653,30	60%
31/03/2008	09/04/2008	8.087,13	8.075,85	60%

30/04/2008	09/05/2008	498,13	482,99	60%
31/05/2008	09/06/2008	475,92	475,92	60%
30/06/2008	09/07/2008	537,02	470,96	60%
31/07/2008	09/08/2008	297,50	297,50	60%
31/08/2008	09/09/2008	331,00	331,00	60%
30/09/2008	09/10/2008	395,89	285,64	60%
31/10/2008	09/11/2008	242,97	108,10	60%
30/11/2008	09/12/2008	140,13	73,49	60%
31/12/2008	09/01/2009	142,66	68,23	60%
28/02/2009	09/03/2009	33,34	33,34	60%
31/03/2009	09/04/2009	63,29	63,29	60%
30/04/2009	09/05/2009	40,21	20,07	60%
31/05/2009	09/06/2009	95,74	95,74	60%
TOTAL		15.115,86	14.576,68	

Na infração 15, a exigência tem os mesmos fundamentos: retenção e recolhimento a menor totaliza R\$3.237,12. Observa-se, também a mesma situação em relação ao mês de out/2008, pois mantendo o lançamento conforme a inicialmente e, não, a majoração realizada pelos autuantes, que promulgo nos termos do art. 146 do CTN já exposto. Assim, os valores extraídos do demonstrativo acostado aos autos (fl. 1020), após ajustes promovidos pelos Auditores, responsáveis pela ação fiscal é o seguinte:

DEMONSTRATIVO DA INFRAÇÃO 15				
OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO	MULTA
31/01/2008	09/02/2008	218,67	190,08	60%
28/02/2008	09/03/2008	188,95	153,97	60%
31/03/2008	09/04/2008	173,51	150,04	60%
30/04/2008	09/05/2008	159,13	139,99	60%
31/05/2008	09/06/2008	230,14	209,97	60%
30/06/2008	09/07/2008	191,00	177,22	60%
31/07/2008	09/08/2008	193,51	176,49	60%
31/08/2008	09/09/2008	265,15	246,98	60%
30/09/2008	09/10/2008	175,47	153,47	60%
31/10/2008	09/11/2008	302,24	302,24	60%
30/11/2008	09/12/2008	211,20	161,40	60%
31/12/2008	09/01/2009	258,41	228,18	60%
31/01/2009	09/02/2009	393,09	333,59	60%
28/02/2009	09/03/2009	217,79	185,07	60%
31/03/2009	09/04/2009	133,17	108,73	60%
30/04/2009	09/05/2009	199,39	146,44	60%
31/05/2009	09/06/2009	228,40	173,26	60%
TOTAL		3.739,22	3.237,12	

A infração 9 encontra fundamento nos Convênios ICMS 03/99 e 110/07 (cláusula segunda), que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, e outros produtos, importando a exigência de R\$2.273,55, fls. 1015/1016.

A infração 16 tem os mesmos fundamentos: retenção e recolhimento a menor que totaliza R\$93,18. Destaco que a soma (R\$58,09) indicada no demonstrativo acostado aos autos (fl.1020) desta infração não está correta, no entanto, após ajustes verificação corrijo o total conforme o valor indicado corretamente e promovidos pelos Auditores, responsáveis pela ação fiscal.

Por conseguinte, devem ser excluídos do levantamento fiscal, os valores contidos nos itens 3 e 12, com fundamento no Convênio ICMS 74/94, que dispõe sobre o regime de substituição tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química, tendo em vista que a sua cláusula primeira elege como responsável pela retenção e recolhimento do ICMS, nas operações interestaduais, na qualidade de sujeito passivo por substituição, tão apenas o estabelecimento industrial ou importador, e não o contribuinte remetente, atacadista.

Devem também ser excluído, os valores exigidos na infração 10, fundada no Protocolo ICMS 26/04, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com rações para animais

domésticos, cuja responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS foi atribuída apenas ao contribuinte industrial ou importador.

Posto isso, a exigência do ICMS-ST em face às infrações e nos termos das situações e fundamentos legais retro anunciadas resta caracterizada em parte, de acordo com o quadro resumo abaixo anunciado:

INF.	AUTO INFRAÇÃO	INF.FISCAL	JULGAMENTO	RESULTADO
1	77.225,36	63.831,84	20.635,90	PROC. PARCIAL
2	4.123,48	553,22	553,22	PROCEDENTE
3	61.416,09	29.787,49	0,00	IMPROCEDENTE
4	49.036,91	49.036,91	49.036,91	PROCEDENTE
5	493.828,10	102.965,27	102.965,27	PROC. PARCIAL
6	200,05	181,61	181,61	PROC. PARCIAL
7	13.358,77	13.327,07	729,47	PROC. PARCIAL
8	26.203,84	26.048,39	14.576,68	PROC. PARCIAL
9	2.300,20	2.273,55	2.273,55	PROC. PARCIAL
10	2.465,64	2.435,47	0,00	IMPROCEDENTE
11	20.202,18	4.030,15	3.432,80	PROC. PARCIAL
12	8.173,13	2.332,38	0,00	IMPROCEDENTE
13	2.527,01	1.288,04	1.288,04	PROC. PARCIAL
14	3.387,53	1.799,95	1.393,20	PROC. PARCIAL
15	6.554,27	3.533,15	3.237,12	PROC. PARCIAL
16	97,39	58,09	93,18	PROC. PARCIAL
17	556,83	556,83	556,83	PROCEDENTE
TOTAL	771.656,78	304.039,41	200.953,78	

Do exposto, o presente Auto de Infração É PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$200.953,78.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206912.0061/12-9, lavrado contra **REDE BRASIL DISTRIBUIDORA E LOGÍSTICA LTDA. (GÓIAS ATACADO DISTRIBUIDOR)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento no valor de **R\$200.953,78**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "e", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20.12.11.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de outubro de 2016.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR