

A. I. Nº - 0181843027/16-1
AUTUADO - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA
AUTUANTE - NILZA DAS DORES CORDEIRO PIRES
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 03.07.2017

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0089-02/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL INDEVIDO. a) AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Acatada a preliminar de decadência. Infração improcedente. **b)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIA COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Acatada a preliminar de decadência. Infração improcedente. **c)** LANÇAMENTO DE DOCUMENTO EM DUPLICIDADE. primeiro registro em duplicidade foi fulminado pela decadência e quanto ao outro, não foi possível detectar o segundo registro do crédito. Infração improcedente. **d.1)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. Verifico que há notas fiscais com uva, maçã e pera com créditos pelas entradas e se as saídas são isentas tal crédito não pode ser mantido, e ao se conferir o registro no livro de entradas, constata-se o lançamento de tais créditos. Infração procedente. **d.2)** O benefício fiscal não se aplica apenas ao pescado enlatado ou cozido, ou pescado seco ou salgado, o que não é o caso demonstrado, pois são de pescados congelados, e logo, é devido o estorno de crédito. No entanto, observo que parte desta infração foi atingida pela decadência, permanecendo apenas os lançamentos de setembro a dezembro. Infração parcialmente procedente. **e)** IMPOSTO NÃO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. A título de exemplo, que a nota fiscal nº 6288 está com crédito zero, referente aquisição de hortigranjeiros, mas foi lançada com crédito à página 1023 do processo, no livro de entradas. No entanto, parte do lançamento foi atingida pela decadência, restando apenas os valores de setembro a dezembro, no total de R\$652,94. Infração 6 procedente em parte. **f)** CRÉDITO FISCAL SUPERIOR AO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. Tomando-se como exemplo a nota fiscal, nº 16.375, foi mesmo creditado a maior que o valor destacado. No entanto, parte desta infração também foi atingida pela decadência. Infração parcialmente procedente. **g).** ANTECIPAÇÃO PARCIAL PAGA. AQUISIÇÕES EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. CRÉDITO UTILIZADO A MAIOR. Lançamento atingido totalmente pela decadência. Infração improcedente. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Lançamento atingido totalmente pela decadência. Infração improcedente. 3.**

ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. MERCADORIAS ADQUIRIDAS EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. **a.1)** FALTA DE RECOLHIMENTO. O impugnante não trouxe comprovação do recolhimento. Parte do lançamento fulminado pela decadência. Infração 10 procedente em parte. **a.2)** RECOLHIMENTO A MENOS. A responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade solidária do contribuinte substituído nas entradas decorrentes de operações ou prestações interestaduais junto a contribuinte substituto, por força de convênio ou protocolo, que não possua inscrição ativa neste Estado. O demonstrativo aponta os valores devidos, sendo que por conta da decadência, restam os valores de novembro e dezembro. Infração parcialmente procedente em parte. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. **b.1)** FALTA DE RECOLHIMENTO Bastaria ao impugnante apresentar a lista de notas fiscais com o cálculo correspondente e o comprovante de pagamento. Não comprovou pagamento. No entanto a decadência vitimou os meses de março a agosto, restando somente os lançamentos de setembro e outubro de 2011. Infração procedente em parte. **b.2)** RECOLHIMENTO A MENOS. O impugnante não logrou apresentar comprovação do recolhimento integral. Infração 13 procedente. **3. OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. FALTA DE REGISTRO DE ENTRADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. MULTA. a)** Houve lançamento apenas em 28/02 /2011 e portanto caiu inteiramente pela decadência. Infração 14 improcedente. **b)** ARQUIVO ELETRÔNICO. FALTA DE ENTREGA. A infração não decorreu da falta de entrega da EFD e sim por apresentá-la sem conter nos arquivos as operações realizadas. Configurada a infração, que decaiu de janeiro a agosto, restando o valor de R\$5.520,00. Infração procedente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 21/09/2016, quando foi lançado ICMS e multa no valor total de R\$80.143,84 em decorrência das seguintes infrações à legislação deste imposto:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. As notas fiscais foram apresentadas e estão registradas, sendo lançado o valor de R\$653,79. Acrescido de multa de 60%. VII, a;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por substituição tributária sendo lançado o valor de R\$60,85, acrescido de multa de 60%, VII, a;
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade. Sendo lançado o valor de R\$173,43 acrescido da multa de 60%;

4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, conforme art. 14, I, b, Sendo lançado o valor de R\$1.018,08 acrescido da multa de 60%. Utilizou VII a;
5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Sendo lançado o valor de R\$14.652,94 acrescido da multa de 60%. Utilizou VII a;
6. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento fiscal, sendo lançado o valor de **(R\$1.018,08 corrigir)** acrescido da multa de 60%. Utilizou VII a;
7. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado em documento fiscal, Sendo lançado o valor de R\$10.297,02 acrescido da multa de 60%. Utilizou VII a;
8. Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidades da Federação, sendo lançado o valor de R\$2.516,35, acrescido de multa de 60%. VII, a;
9. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, sendo lançado o valor de R\$27,87, acrescido de multa de 60%. II, f;
10. Deixou de recolher o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, sendo lançado o valor de R\$5.684,27 acrescido de multa de 60%. II, d;
11. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, sendo lançado o valor de R\$8.406,77 acrescido de multa de 60%. II, d;
12. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, sendo lançado o valor de R\$8.342,04 acrescido de multa de 60%. II, d;
13. Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, sendo lançado o valor de R\$8.844,10 acrescido de multa de 60%. II, d;
14. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo lançado multa de R\$21,75. IX;
15. Deixou de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal digital EFD ou entregou asem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, sendo lançado valor de R\$16.560,00. XIII-A.

O contribuinte ingressou com defesa tempestiva, às fls.1260/17 quando diz que a autuante, não cumpriu o prescrito no inciso III do art. 39 do RICMS, porquanto que não existe clareza quanto aos fatos por ela relatados, em consonância com as planilhas elaboradas, o enquadramento legal, infrações aplicadas e os fatos verdadeiros constantes da documentação apresentada pela autuada.

Aduz que o § 1º do art. 39 do Decreto nº 7629/99 exige que a Auditora lavre o Auto de Infração no estabelecimento do infrator, o que não foi efetuado. A Autuada somente tomou conhecimento do Auto de Infração quando da sua assinatura. É, portanto, caso de nulidade da autuação, nos termos do § 1º do art. 18 do citado regulamento, pelos vícios insanáveis constantes no auto de infração acima citado.

Que se verifica, igualmente, que a autuante, em seus demonstrativos, não informa a que infração esses demonstrativos se refere. Muito mais grave ainda, é o fato de que, nas infrações tipificadas no processo em apreço, não consta o indicativo em que a autuante se baseou para caracterizar as

infrações referidas, já que os “demonstrativos”, além de não fazerem referência a que infração corresponde, nelas também, não consta em que demonstrativo são referidas.

Que a clareza e precisão a que se exige no Processo Administrativo fiscal, sobre o que consta do auto de infração lavrado pela autuante deixa a desejar, ensejando CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA da autuada, a qual, por não saber a que período fiscal ou contábil a infração se refere, tendo a autuante passado por cima da legislação tributária pertinente, ou seja, exigindo da autuada, o pagamento de tributo sem indicar o período supostamente infringido conforme acima demonstrado e comprovado no próprio processo administrativo fiscal citado, é um fato inadmissível, porque não previsto em lei. Portanto, caso de NULIDADE DA AUTUAÇÃO, nos termos do § 1º do art. 18 do citado regulamento, pelos vícios insanáveis constantes no auto de infração acima citado, a que ora requer a sua aplicação por esse douto Conselho de Fazenda, o qual jamais deixou de aplicar a legislação no objetivo de se praticar JUSTIÇA.

A Autuada requer que esse douto Conselho de Fazenda, que aplique a DECADÊNCIA, extinguindo o crédito tributário, relativo aos lançamentos efetuados pela autuante, tendo como fato gerador todo o período anterior à 27/06/2011, nos termos do inciso V do art. 156 c/c o § 4º do art. 150 da Lei nº 5.172 de 25.10.1966, bem como, da jurisprudência pátria exarada pelas Cortes máximas do nosso direito, tais como, o Superior Tribunal de Justiça - STJ e, igualmente, o Supremo Tribunal Federal – STF, em suas decisões relativas à essa matéria, naquilo que beneficia a autuada, como norteia os princípios gerais do direito.

Doutrinariamente, a decadência é conceituada como o perecimento do direito pelo não exercício dentro de determinado prazo. Além disso, não comporta suspensão nem interrupção, é irrenunciável e deve ser pronunciado de ofício.

Assim, no lançamento em questão, ocorre a apuração e o prévio recolhimento do tributo pelo devedor, sem qualquer intervenção prévia da autoridade administrativa. Uma vez efetivada a apuração do montante devido, pode o fisco homologar o que fora declarado, ficando o declarante (sujeito passivo) no aguardo desta ulterior homologação. Esta poderá ser expressa, mediante uma fiscalização através da qual o fisco certificará a legalidade e a exatidão das apurações e recolhimentos realizados. No entanto, em não havendo esta fiscalização pessoal, há que se observar também o lapso temporal para sua realização (homologação tácita), que será de cinco anos dispostos no §4º do artigo 150 do CTN.

Que não sendo acatada a preliminar acima arguida, em contestando o mérito diz que, na Infração 01, a autuante apresenta demonstrativo, incluindo valores de créditos fiscais suposta e indevidamente utilizados pela autuada. Todavia, não indica em que lugar da documentação fiscal e contábil da impugnante consta esta utilização indevida. Que os créditos utilizados pela autuada foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal referente aos mesmos, juntados ao presente processo. Verificando o Livro Registro de Apuração da autuada, não consta a utilização desse crédito fiscal de ICMS dos valores no demonstrativo, elaborado pela autuante, relativo a esta infração. Como se falar em tal infração? Portanto, inexistente.

Que na Infração 02 a autuada entende ser de direito, o crédito por ela utilizado nos termos do que dispõe a legislação pertinente conforme comprova a documentação fiscal em anexo. Equivoca-se, portanto, a autuante quando afirma que a autuada “Utilizou indevidamente de crédito fiscal...”, inclusive, consta dos seus relatórios e do auto de infração acima citado, cobrança de suposta utilização de crédito fiscal relativo a mercadorias enquadradas na ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA OU MESMO SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, sendo esta permitida no dispositivo legal retrocitado, conforme comprovam as notas fiscais e planilhas em anexo, bem como, sempre efetuou o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, conforme pode ser comprovado pelos próprios dados de arrecadação constante dos arquivos da SEFAZ e documentos em anexo. Portanto, não deve prosperar esta infração para que não haja cobrança indevida à autuada. Improcede esta infração.

Na Infração 3, a autuante apresenta demonstrativos incluindo valores de créditos fiscais, suposta e indevidamente utilizados pela autuada. Todavia, não indica em que lugar da documentação fiscal e contábil da impugnante consta esta utilização indevida. Os créditos utilizados pela autuada foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal referente aos mesmos, juntados ao presente processo. Verificando o livro Registro de Apuração da autuada, não consta a utilização de crédito fiscal de ICMS dos valores nos demonstrativos, elaborados pela autuante, relativo a esta infração. Como se falar em tal infração? Portanto, inexistente.

Esta infração está à mercê de um melhor esclarecimento, precisão e clareza por parte da autuante nos termos do que dispõe o RPAF/BA, a fim de que a autuada possa se defender. Não houve por parte da autuada utilização de qualquer crédito relativo à mercadorias beneficiadas com isenção ou redução de base de cálculo, sem que não fosse aquelas previstas em lei. Pela sua total improcedência.

Que nas Infrações 04 e 05, a autuante apresenta demonstrativos incluindo valores de créditos fiscais, suposta e indevidamente utilizados pela autuada. Todavia, não indica em que lugar da documentação fiscal e contábil da impugnante consta esta utilização indevida. Os créditos utilizados pela autuada foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal referente aos mesmos, juntados ao presente processo. Verificando o livro Registro de Apuração da autuada, não consta a utilização de crédito fiscal de ICMS dos valores nos demonstrativos, elaborados pela autuante, relativo a esta infração. Como se falar em tais infrações? Portanto, inexistente.

Estas infrações estão à mercê de um melhor esclarecimento, precisão e clareza por parte da autuante nos termos do que dispõe o RPAF/BA, a fim de que a autuada possa se defender. Não houve por parte da autuada utilização de qualquer crédito relativo a mercadorias beneficiadas com isenção ou redução de base de cálculo, sem que não fossem àquelas previstas em lei. Pela sua total improcedência.

Nas Infrações 06 e 07 a autuante informa na autuação que a autuada se aproveitou de crédito fiscal de ICMS supostamente indevido, relativo a imposto não destacado em documentação fiscal, ou mesmo, em valores superiores aos neles destacados. Ora, os créditos utilizados pela autuada foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal referente aos mesmos, juntados ao presente processo. Não houve qualquer utilização indevida de crédito fiscal como quer crer a autuante, por parte da autuada, em qualquer documento fiscal ou contábil da ora impugnante. Pela improcedência desta infração porque não comprovada pela autuante em sua autuação.

Na Infração 08, nos demonstrativos apresentados pela autuante, apresentam, de forma equivocada, lançamentos a maior de crédito de ICMS, segundo essa, utilizados indevidamente pela autuada. Todavia, não indica, com precisão, em que lugar da documentação fiscal e contábil da impugnante consta os valores por ela citados já que a autuada não os localizou. Os créditos utilizados pela autuada foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal referente aos mesmos, juntados ao presente processo.

Alega que verificando o livro Registro de Apuração da autuada, não consta a utilização de crédito fiscal de ICMS dos valores nos demonstrativos elaborados pela autuante, relativo a esta infração. Como se falar em tal infração? Portanto, inexistente. Pela improcedência desta infração porque não comprovada pela autuante, notadamente pelo fato de que a documentação (comprovantes de pagamentos da SEFAZ e cópias do livro Registro de Apuração de ICMS) juntada ao presente processo pela impugnante prova que os recolhimentos estão corretos, porque dentro do que prescreve a lei.

Na Infração 09, equivoca-se a autuante quando afirma que a autuada estava omissa no que se refere ao recolhimento de ICMS relativo a operações escrituradas nos livros fiscais próprios; as destinadas ao ativo fixo, bem como, àquelas destinadas ao consumo do próprio estabelecimento,

conforme consta das infrações acima referidas. Como se pode verificar dos registros fiscais da autuada, constata-se que o imposto já fora pago de forma correta e em sua totalidade, conforme comprovam os documentos constantes do presente processo (DAE e Notas Fiscais), nos termos da legislação pertinente. Os valores recolhidos foram os efetivamente devidos, conforme consta dos arquivos da Secretaria da Fazenda e dos documentos ora juntados. Assim, pois, não deve prosperar esta autuação.

Nas Infrações 10 e 12, conforme comprovam os documentos em anexo, a autuada não só efetuou os lançamentos contábeis e fiscais nos livros fiscais próprios, bem como, efetuou os recolhimentos de todos os tributos devidos. Não há que se falar de falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS, como quer crer a autuante em sua autuação. Os documentos de arrecadação provam que todos os recolhimentos foram efetuados dentro do que prescreve a legislação que regulamenta a matéria. Portanto, não há o que se falar desta infração, a qual é indevida.

Nas Infrações 11 e 13, a autuante, ao proceder a fiscalização relativa a esta infração, não atentou para a efetivação correta dos cálculos, tendo-se em vista que a responsabilidade tributária da autuada é supletiva ou seja, deveria a autuante ter lavrado o auto contra a empresa remetente da mercadoria tendo em vista os acordos e protocolos existentes entre os entes federados e, cobrado desta última(autuada), somente após esgotados todos os meios persuasórios conforme o previsto na legislação que regulamenta a matéria é que se poderia solicitar à autuada, o recolhimento do tributo devido.

Desta forma, está a autuante ferindo as normas regulamentares, em especial, o dispositivo no RICMS/BA, no qual está prevista a obrigatoriedade do pagamento de ICMS sujeito à substituição tributária total, quando há convênios, acordos e/ou protocolos entre entes federados, como é o caso, pela empresa remetente das mercadorias. Bem assim, não há que se falar em recolhimento de Antecipação Parcial, haja vista que todos os recolhimentos foram efetuados dentro do que prescreve a legislação que regulamenta a matéria.

Assim, pois, por não ter provado a autuante que tomou as medidas necessárias e legais (cobrado inicialmente da origem), está proibida de autuar da destinatária das mercadorias, pela supletividade, atribuindo-se o direito à autuada de recolher o imposto e, se devido, em última fase de cobrança, de forma espontânea, nunca autuada. É o que prevê a norma regulamentar deste estado, relativo ao período fiscalizado.

Que na Infração 14, mais uma vez equivocou-se a autuante na sua afirmação relativa à esta infração. Conforme os documentos em anexo, a autuada não só efetuou os lançamentos contábeis e fiscais nos livros fiscais próprios, bem como, recolheu o ICMS devido. Não há que se falar de aquisição de mercadorias tributável sem o devido registro fiscal. Portanto, não há que se falar desta infração, a qual é indevida.

Na Infração 15, a impugnante apela e requer a esse Colendo Conselho de Fazenda que, tendo em vista não ter qualquer prática de dolo, fraude ou simulação, bem como não houve falta de recolhimento de tributo, conforme consta do processo (não informado pela autuante nesta infração em decorrência deste fato), ainda, que não houve intimação para a apresentação da EFD pela autuante, o CANCELAMENTO desta multa-penalidade, nos termos do dispositivo legal (art. 42-XIII-A, "L" da Lei 7014/96) e do RPAF/BA. Inclusive porque as EFDs referentes à esta infração foram todas transmitidas, conforme documentos em anexo, bem como, caso assim não o seja possível, que determine a redução da referida multa, pelos fatos acima.

Ante ao exposto, Requer, que esse douto Conselho de Fazenda do Estado da Bahia, em apreciando os fatos e fundamentos acima citados, inicialmente acate as PRELIMINARES acima arguida e, data vênia, em assim não entendendo que julgue, no mérito, IMPROCEDENTE o presente auto de infração porque os fatos e fundamentos apresentados pela autuante, não podem prosperar ante a legislação pertinente, totalmente contrária às suas argumentações e documentação apresentada pela autuada e constante do processo em apreço, verídicas e sólidas

no sentido de embasar a verdade dos fatos. A argumentação e os fundamentos da impugnante são claros, precisos e consistentes, o que torna o processo em apreço, IMPROCEDENTE de fato e de direito no seu todo.

Desta forma, caso não seja esse, data vênua, o entendimento pelos Nobres Julgadores desse Colendo Conselho de Fazenda do Estado da Bahia, em última análise, quanto aos fatos e fundamentos apresentados pela autuada-impugnante em suas razões de impugnação acima, determine, em diligência, o REEXAME da fiscalização, porque assim o exige, objeto do auto de infração acima referido relativo ao período fiscalizado, a fim de que se constate a verdade material apresentada pela impugnante, divergentes do constante do processo administrativo fiscal acima citado.

Finalmente, mais uma vez, requer que esse douto Conselho de Fazenda, acate as PRELIMINARES acima arguida nos termos regulamentares e, em assim não entendendo, data vênua, pela IMPROCEDÊNCIA da autuação por ser da mais lúdima e salutar.

A informação fiscal foi apresentada fls. 1283/300 e diz que as alegações não procedem. Os documentos de folhas 1 a 11 (Auto Infração) informam com clareza as infrações cometida pela Autuada e os enquadramentos legais. Quanto às planilhas, elas foram elaboradas com base nos livros e documentos fiscais apresentados pela Autuada. A Autuada requer a nulidade da autuação, nos termos do § 1º do art. 18 do RPAF/BA com base nas alegações por ela (Autuada) apresentada. Além das alegações contidas no item alega a Autuada que os fatos e fundamentos do processo são divergentes, contraditórios e imprecisos. Que a Autuante, em seus demonstrativos, não informa a que infração esses demonstrativos se referem, e que nas infrações tipificadas no processo não consta o indicativo em que a Autuante se baseou para caracterizar as referidas infrações.

Que as alegações não procedem pois os demonstrativos são claros e em consonância com as infrações tipificadas no presente processo, ou seja, os demonstrativos seguem as sequencias das infrações contidas no Auto de Infração. A Autuada recebeu os demonstrativos e a via do Auto de Infração, conforme comprovam os documentos de folhas 1253 a 1254.

Os demonstrativos referentes a cada infração (demonstrativos de débitos), as fotocópias e vias dos documentos fiscais anexados a cada demonstrativo, os documentos de folhas 994 a 1206 (Livros Registros de Entrada de Mercadorias), os documentos de folhas 1207 a 1232 (Livros Registros de Apuração do ICMS) e documento de folhas 1 a 11 (Auto Infração), demonstram com clareza e precisão as infrações e a que período se refere. Informaremos com maiores detalhes, quando da análise do Mérito. Conforme documento de folhas 1253 e 1254 a Autuada recebeu os demonstrativos o e Auto de Infração.

A Autuada requer ao CONSEF a decadência, extinguindo o crédito tributário relativo aos lançamentos efetuados, tendo como fato gerador todo o período anterior a 27/06/2011. A alegação não procede. O exercício inicia-se em 01/01/2011 e seu término em 31/12/2011. A lavratura do presente Auto de Infração ocorreu em 29/06/2016. Dispõe o Art. 965 do Decreto nº 6.284/97, que o prazo decadencial começa a contar do primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento poderia ser efetuado.

Que na Infração 01, o demonstrativo de débito (doc. Fls. 17), e fotocópias dos livros Registro de Entrada de Mercadorias (docs. Fls. 994 a 1206) e Apuração do ICMS (docs. fls. 1207 a 1232). O demonstrativo de folhas 17 indica a data do registro, número do documento fiscal e o ICMS creditado, lançado pela Autuada no seu livro Registro de Entrada de Mercadorias (docs. Fls. 994 a 1206). Os documentos de folhas 1207 a 1232 (livro Registro de apuração do ICMS) comprovam que a Autuada cometeu a infração. A legislação não permite a utilização do crédito fiscal e a Autuada, quando da Defesa, não apresentou nenhuma documentação fiscal, conforme comprovam os documentos de folhas 1260 a 1279.

Reporta-se ao demonstrativo de débito (doc. fls. 18), vias das notas fiscais (docs. fls. 19 a 20) e cópias dos livros Registro de Entrada de Mercadorias (docs. fls. 994 a 1206) e Apuração do ICMS

(docs. fls. 1207 a 1232). Alega a Autuada, entender ser de direito, o crédito por ela utilizado nos termos do que dispõe a legislação pertinente conforme comprova a documentação fiscal em anexo. Equivoca-se, portanto, a Autuante quando afirma que a autuada “Utilizou indevidamente de crédito fiscal...”, inclusive, consta dos seus relatórios e do auto de infração acima citado, cobrança de suposta utilização de crédito fiscal relativo a mercadorias enquadradas na ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA OU MESMO SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, sendo esta permitida no dispositivo legal retrocitado, conforme comprovam as notas fiscais e planilhas em anexo, bem como, sempre efetuou o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, conforme pode ser comprovado pelos próprios dados de arrecadação constante dos arquivos da SEFAZ e documentos em anexo e que, portanto, não deve prosperar esta infração para que não haja cobrança indevida à Autuada.

Que a Autuada, quando da Defesa, não apresentou nenhuma documentação fiscal, conforme comprovam os documentos de folhas 1260 a 1279. As infrações não se referem a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição. A legislação não permite a utilização de crédito fiscal de ICMS referente às aquisições de mercadorias com pagamento de imposto por substituição tributária.

O Demonstrativo de débito (doc. fls. 21), vias das notas fiscais (doc. Fls. 22 e 23) e fotocópias dos Livros Registro de Entrada de Mercadorias (docs. Fls. 994 a 1206) e Apuração do ICMS (docs. fls. 1207 a 1232). Alega a Autuada, que a Autuante apresenta demonstrativos incluindo valores de créditos fiscais, suposta e indevidamente utilizados por ela. Todavia, não indica em que lugar da documentação fiscal e contábil da impugnante consta esta utilização indevida.

Afirma que os créditos utilizados pela Autuada foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal referente aos mesmos, juntados ao presente processo. Afirma, também, que verificando o seu livro Registro de Apuração, não consta a utilização de crédito fiscal de ICMS dos valores nos demonstrativos, elaborados pela Autuante, relativo a esta infração.

Afirma, ainda, que não houve, por parte da Autuante, precisão e clareza e que não houve por parte da Autuada utilização de qualquer crédito relativo a mercadorias beneficiadas com isenção ou redução de base de cálculo, sem que não fosse aquelas previstas em lei. As alegações não procedem. Vejamos:

Aduz que a Autuada, quando da Defesa, não apresentou nenhuma documentação fiscal, conforme comprovam os documentos de folhas 1260 a 1279. Afirma a Autuada, que verificando o seu Livro Registro de Apuração de ICMS, não constatou a utilização de crédito fiscal de ICMS nos valores constantes dos demonstrativos elaborados pela Autuante relativo a esta infração. Os valores registrados no livro Registro de Apuração de ICMS, referente às operações de entrada, representam os valores totalizados das operações de entrada (por CFOP) e não por valores por documentos fiscais. Esse procedimento ocorre no Livro Registro de Entrada.

Que a infração não se refere à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias beneficiadas com isenção ou redução de base de cálculo e sim utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento (s) fiscal (is) em duplicidade. O demonstrativo de débito (doc. Fls. 21) informa a data de registro referente a cada nota fiscal, escriturada em duplicidade, no livro de registro de Entrada de Mercadorias (docs. Fls. 994 a 1206), apresentado pela Autuada.

Nas Infrações 04 e 05, utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto o impugnante diz que as alegações não procedem. Logo após o texto da infração, está o artigo do RICMS-BA referente a isenção. DEC 6.284/97.

Art. 14. São isentas do ICMS as operações com hortaliças, frutas, animais, produtos agropecuários e produtos extrativos animais e vegetais:

I - nas saídas internas e interestaduais efetuadas por quaisquer estabelecimentos, exceto se destinados a industrialização, dos seguintes produtos hortícolas e frutícolas em estado natural, resfriados ou congelados (Conv. ICM 44/75 e Convs. ICMS 94/05):

b) flores e frutas, exceto amêndoas e nozes;

Os documentos de folhas 1 e 11 (Auto Infração) demonstram com clareza a infração cometida. No demonstrativo de débito (docs. Fls. 24), recebido pela Autuada, conforme comprova documentos de folhas 1253 a 1254, constam os artigos acima citados.

Na Infração 05, informa o demonstrativo de débito (doc. fls. 29 a 38), vias das notas fiscais (doc. fls. 39 a 314) e fotocópias dos livros Registro de Entrada de Mercadorias (docs. fls. 994 a 1206) e Apuração do ICMS (docs. fls. 1207 a 1232). Que a Autuada, quando da Defesa, não apresentou nenhuma documentação fiscal, conforme comprovam os documentos de folhas 1260 a 1279. Logo após o texto da infração, está os artigos do RICMS-BA referente a redução da base de cálculo. DEC 6.284/97.

Art. 78-A. É reduzida em 100% (cem por cento) a base de cálculo das operações internas com arroz e feijão.

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

VII - das operações internas com óleo refinado de soja (NBM/SH 1507.90.10) ou de algodão (NBM/SH 1512.29.10), calculando-se a redução em 29,41% (vinte e nove inteiros e quarenta e um centésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 12% (doze por cento);

XXX - das operações internas com sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho em 100% (cem por cento);

XXXI - das operações internas com vinagre, charque e margarina, de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 7% (sete por cento).

XXXVI - das operações internas com pescado, exceto crustáceo, molusco e rã, em 100% (cem por cento), observada a vedação ou estorno do crédito fiscal, nos termos dos arts. 97 e 100, sendo que o benefício previsto neste inciso não se aplica:

Nota: O inciso XXXVI foi acrescentado ao caput do art. 87 pela Alteração nº 100 (Decreto nº 10984, de 26/03/08, DOE de 27/03/08), efeitos a partir de 27/03/08.

a) à operação que destine o pescado à industrialização;

b) ao pescado enlatado ou cozido;

c) ao pescado seco ou salgado.

Diz que os documentos de folhas 1 e 11 (Auto Infração) demonstram com clareza a infração cometida. No demonstrativo de débito (docs. fls. 29 a 38), recebido pela Autuada, conforme comprova documentos de folhas 1253 a 1254, constam os artigos acima citados.

Que nas Infrações 06 e 07, as alegações defensivas não procedem. Vejamos - A Autuada, quando da Defesa, não apresentou nenhuma documentação fiscal, conforme comprovam os documentos de folhas 1260 a 1279. Na Infração 06 – Demonstrativo de débito (docs. fls. 315 a 318), vias das notas fiscais (docs. fls. 319 a 404) e fotocópias dos livros Registro de Entrada de Mercadorias (docs. fls. 994 a 1206) e Apuração do ICMS (1207 a 1232). As vias das notas fiscais anexadas ao presente processo (docs. Fls. 319 a 404) comprovam que nas mesmas não há destaque do ICMS, entretanto, consta ICMS creditado, quando do lançamento das referidas notas fiscais no livro Registro de Entrada de Mercadorias (docs. fls. 994 a 1206). No demonstrativo de débito (docs. fls. 315 a 318) está indicado a data de registro, número das notas fiscais e valor do ICMS creditado.

Na Infração 07, o Demonstrativo de débito (docs. fls. 405 a 408), vias das notas fiscais (docs. fls. 409 a 554) e fotocópias dos livros Registro de Entrada de Mercadorias (docs. fls. 994 a 1206) e Apuração do ICMS (docs. Fls. 1207 a 1232). As vias das notas fiscais anexadas ao presente processo (docs. Fls. 409 a 554) comprovam que os valores do ICMS nelas destacados são inferiores ao ICMS creditado no Livro Registro de Entrada de Mercadorias (docs. Fls. 994 a 206). No demonstrativo de débito (docs. fls. 405 a 408) está indicado a data de registro, número das notas fiscais, valor do ICMS creditado e o valor do ICMS destacado nas referidas notas fiscais.

Na Infração 08, alega a Autuada que nos demonstrativos apresentados pela Autuante, estes apresentam, de forma equivocada, lançamentos a maior de crédito de ICMS, segundo essa (Autuante), utilizados indevidamente pela Autuada. Todavia, não indica, com precisão, em que lugar da documentação fiscal e contábil da impugnante consta os valores por ela citados já que a

autuada não os localizou. Afirma que os créditos utilizados pela Autuada foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal referente aos mesmos, juntados ao presente processo.

Afirma, também, que verificando o livro Registro de Apuração da autuada, não consta a utilização de crédito fiscal de ICMS dos valores nos demonstrativos elaborados pela Autuante, relativo a esta infração. Requer a improcedência desta infração porque não comprovada pela Autuante, notadamente pelo fato de que a documentação (comprovantes de pagamentos da SEFAZ e cópias do livro de Apuração de ICMS) juntada ao presente processo pela impugnante prova que os recolhimentos estão corretos, porque dentro do que prescreve a lei.

As alegações não procedem. Vejamos:

Na Infração 08, utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior. Demonstrativo de débito (docs. Fls. 555), demonstrativo de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial por mês de pagamento (docs. fls. 556 a 557), cópias dos DAE de recolhimento (558 a 587), demonstrativo de ICMS Antecipação Tributária (docs. Fls. 588 a 589) fotocópias dos livros Registro de Apuração do ICMS (590 a 615).

No demonstrativo de débito (doc. fls. 555) está indicado com clareza a infração, “Auditoria de indevida de crédito fiscal – ICMS parcial utilizado a maior na coluna Outros Créditos no livro Registro de apuração do ICMS”. Na coluna VALOR LANÇADO constam os valores lançados pela Autuada nos livros Registros de Apuração do ICMS (docs. Fls. 590 a 615). Na coluna CRÉDITO CORRETO, constam os valores que a Autuada deveria lançar na coluna Outros Créditos dos Livros Registro de Apuração do ICMS. O demonstrativo de folhas 556 a 557 – demonstrativo de ICMS parcial por mês de pagamento - e os documentos de folhas 558 a 587 (vias dos DAE de recolhimentos) comprovam esses valores.

Como se pode constatar, nos documentos de folhas 558 a 587 (vias dos DAEs de recolhimento), a Autuada identifica a Especificação da Receita como ICMS ANTECIPAÇÃO DE DESCRENCIADOS OU COMO ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL, entretanto, como comprova os demonstrativos de ICMS parcial por mês de pagamento (docs. 556 a 557), parte dos recolhimentos referem-se a mercadorias enquadrados no regime de antecipação tributária, o que não permite direito ao crédito fiscal de ICMS. A Autuada, quando da Defesa, não apresentou nenhuma documentação fiscal, conforme comprovam os documentos de folhas 1260 a 1279.

Alega a Autuada que se equivoca a Autuante quando afirma que a autuada estava omissa no que se refere ao recolhimento de ICMS relativo a operações escrituradas nos livros fiscais próprios; as destinadas ao ativo fixo, bem como, àquelas destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, conforme consta das infrações acima referidas. Afirma que se pode verificar nos registros fiscais da Autuada, e constata-se que o imposto já fora pago de forma correta e em sua totalidade, conforme comprovam os documentos constantes do presente processo (DAEs e Notas Fiscais), nos termos da legislação pertinente. Afirma, também, que os valores recolhidos foram os efetivamente devidos, conforme consta dos arquivos da Secretaria da Fazenda e dos documentos ora juntados. Assim, pois, não deve prosperar esta autuação. As alegações não procedem. Vejamos;

Na Infração 09, deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras Unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Demonstrativo de débito (doc. fls. 616), via da nota fiscal (doc. fls. 617) e fotocópias dos livros Registro de Entrada de Mercadorias (doc. fls. 994 a 1206) e de Apuração do ICMS (doc. fls. 1207 a 1232). Os documentos de folhas 1233 a 1248 (comprovante de recolhimento – Sistema INC), comprovam que não há recolhimento de ICMS diferencial de alíquota. Os documentos de folhas 1207 a 1232 (livro Registro de Apuração do ICMS) comprovam que não há valores lançados na Coluna Outros Débitos a título de diferença de

alíquota. A Autuada, quando da Defesa, não apresentou nenhuma documentação fiscal, conforme comprovam os documentos de folhas 1260 a 1279.

Nas Infrações 10 e 12, as alegações não procedem. Vejamos - Infração 10 - Demonstrativo de débito (docs. fls. 618 a 619), vias das notas fiscais (docs. fls. 620 a 655), demonstrativos de recolhimento do ICMS antecipação tributária (docs. fls. 709 a 710), cópia do livro Registro de Entrada de Mercadorias (docs. Fls. 994 a 1206) e comprovante de recolhimento (Sistema INC) (docs. fls. 1233 a 1248).

A Autuada indica no campo Informações complementares do DAE a que nota (s) fiscal (is) refere-se o recolhimento e no campo 4 o mês de referência. Os demonstrativos de débito (docs. fls. 618 a 619), as vias das notas fiscais (docs. fls. 620 a 655), demonstrativos de recolhimento do ICMS antecipação tributária (docs. fls. 709 a 710) e comprovante de recolhimento (Sistema INC) (docs. fls. 1233 a 1248) anexados ao presente processo comprovam que não houve recolhimento em relação as notas fiscais constantes no demonstrativo de folhas 618 a 619 referente aos meses de abril, junho, julho agosto, setembro e outubro.

Na Infração 12 a autuante diz que elaborou Demonstrativo de débito, (docs. 727 a 729), apresentou vias das notas fiscais (docs. fls. 730 a 813), demonstrativos de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial por mês de referência (docs. fls. 960 a 961), cópias dos DAEs de recolhimento (docs. fls. 962 a 991) , fotocópia dos livro Registro de Entrada de Mercadorias (docs. 994 a 1206) e comprovante de recolhimento (Sistema INC) (docs. fls. 1233 a 1248), anexados ao presente processo comprovam que não houve recolhimento em relação as notas fiscais constantes no demonstrativo de folhas 727 a 729 referente aos meses de março, julho, agosto, setembro e outubro de 2011.

Em relação às Infrações 11 e 13, a Autuada, negou o cometimento das infrações, mas suas alegações não procedem. Na infração 11, o demonstrativo de débito (docs. fls. 656 a 657), vias das notas fiscais (docs. fls. 658 a 708), demonstrativos de recolhimento do ICMS antecipação tributária (docs. fls. 709 a 710), demonstrativo de recolhimento ICMS Parcial por mês referencia (docs. fls. 960 a 961) cópias dos DAEs de recolhimento (docs. 962 a 991), cópia do livro Registro de Entrada de Mercadorias (docs. fls. 994 a 1206) e comprovante de recolhimento (Sistema INC) (docs. fls. 1233 a 1248).

A Autuada indica no campo Informações complementares do DAE a que nota (s) fiscal (is) refere-se o recolhimento e no campo 4 o mês de referência. Os demonstrativos de débito (docs. Fls. 656 a 657), as vias das notas fiscais (docs. Fls. 658 a 708), demonstrativos de recolhimento do ICMS antecipação tributária (docs. 709 a 710) ,demonstrativo de recolhimento ICMS Parcial por mês referencia (docs. fls.960 a 961) cópias dos DAEs de recolhimento (docs. 962 a 991), e comprovante de recolhimento (Sistema INC) (docs. fls. 1233 a 1248) anexados ao presente processo comprovam que houve recolhimento a menor em relação as notas fiscais constantes no demonstrativo de folhas 656 a 657 referente aos meses de janeiro, fevereiro, março, maio, novembro e dezembro. O recolhimento do ICMS antecipação tributária referente às aquisições dos produtos constantes nas notas fiscais (docs. fls. 658 a 708) é de responsabilidade da Autuada.

Na Infração 13, recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Demonstrativo de débito, (docs.813 a 817) vias das notas fiscais (docs. fls. 819 a 959), demonstrativos de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial por mês de referência (docs. fls. 960 a 961), cópias dos DAEs de recolhimento (docs. Fls. 962 a 991), fotocópia do livro Registro de Entrada de Mercadorias (docs. 994 a 1206) e comprovante de recolhimento (Sistema INC) (docs. fls. 1233 a 1248).

A Autuada indica no campo informações complementares do DAE a que nota (s) fiscal (is) refere-se o recolhimento e no campo 4 o mês de referência . O demonstrativo de débito (docs. fls. 813 a 817), as vias das notas fiscais (docs. fls. 819 a 959), demonstrativo de recolhimento do ICMS por mês de referência (docs. fls. 960 a 961) os DAEs de recolhimento (docs. fls. 962 a 991) e

comprovante de recolhimento (Sistema INC) (docs. fls. 1233 a 1248) anexados ao presente processo comprovam que houve recolhimento a menor em relação as notas fiscais constantes no demonstrativo de folhas 813 a 817 referente aos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, junho, novembro e dezembro de 2011.

Na Infração 14, alega a Autuada que mais uma vez equivocou-se a Autuante na sua afirmação relativa á esta infração. Afirma que conforme os documentos em anexo, a Autuada não só efetuou os lançamentos contábeis e fiscais nos livros fiscais próprios, bem como, recolheu o ICMS devido e que, portanto, não há que se falar de aquisição de mercadorias tributável sem o devido registro fiscal. As alegações não procedem. Vejamos, a Autuada, quando da Defesa, não apresentou nenhuma documentação fiscal, conforme comprovam os documentos de folhas 1260 a 1279.

Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço (s) sujeito (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Demonstrativo de débito (doc. fls. 991 A) via da nota fiscal (docs. fls. 992) e cópia do livro Registro de Entrada de Mercadorias (docs. fls. 994 a 1206). O livro Registro de Entrada de Mercadoria (docs. fls. 994 a 1206) comprova que a nota fiscal (docs. 992) não está registrada

Na Infração 15, o contribuinte apresentou a EFD, porém, não informou as operações realizadas (docs. fl. 993). CD contendo os arquivos apresentados pelo contribuinte (doc. fls. 993). A infração não foi por falta de entrega da EFD e sim por apresentar sem conter nos arquivos as operações realizadas. Em todo o período do processo de fiscalização, procedemos atendendo o que dispõe as normas em vigor, conforme comprovam os documentos de folhas 1 a 1257 e a Informação Fiscal que ora anexamos ao presente processo.

A fl. 1307 a autuante pugna pela manutenção do auto.

VOTO

Devo inicialmente apreciar a nulidade suscitada, por conta de que não existe clareza quanto aos fatos relatados, em consonância com as planilhas elaboradas, o enquadramento legal, infrações aplicadas e os fatos verdadeiros constantes da documentação apresentada pela autuada. Observo que as infrações estão perfeitamente descritas e os demonstrativos, embora não estejam identificados pelo número da infração, estão identificados pela motivação do lançamento, sendo perfeitamente identificável, além dos próprios valores que correspondem aos mesmos dos lançamentos efetuados, não sendo difícil a identificação. Eventual infração que não tenha propiciado ao contribuinte oportunidade de se defender, será anulada no julgamento, mas seguramente não acolho a nulidade total do lançamento como pedida na impugnação.

A impugnante requer também seja aplicada a decadência, extinguindo o crédito tributário, relativo aos lançamentos efetuados até 27/06/2011, nos termos do inciso V do art. 156 c/c o § 4º do art. 150 da Lei nº 5.172 de 25.10.1966, bem como, invoca a jurisprudência pátria exarada pelas Cortes máximas do nosso direito, tais como, o Superior Tribunal de Justiça - STJ e, igualmente, o Supremo Tribunal Federal – STF, em suas decisões relativas à essa matéria, naquilo que beneficia a autuada, como norteia os princípios gerais do direito.

Trata-se de tema espinhoso em que vem se debatendo este Conselho nos últimos anos e que culminou na revogação dos arts. 107-A e 107-B, § 5º, do COTEB, por meio da publicação da Lei nº 13.199, de 28/11/14, adotando-se alinhamento da legislação estadual com o CTN, com as reiteradas decisões de tribunais de justiça, que inclui inúmeros casos aqui no mesmo no Estado da Bahia. Assim com as recorrentes decisões do STJ e a interpretação construída na elaboração da Súmula Vinculada nº 8 do STF a PGE/PROFIS emitiu parecer em Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0, nos seguintes termos:

1 - Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se

como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

2 - O entendimento firmado deve ser aplicado apenas aos fatos geradores ocorridos posteriormente a 12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante nº 08 pelo STF. Antes desta data, como não havia provimento judicial definitivo e vinculante acerca da questão, não dispunha a Administração de substrato jurídico que lhe autorizasse negar aplicação à norma do art. 107-B, § 5º, do COTEB, então válida, vigente e eficaz.

3 - Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 150, 4º, do CTN, quando:

- a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento;*
- b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável;*
- c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.*

As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, 4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no art. 173, inc. 1, do mesmo Código. Nessa esteira, ainda quando tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, há casos específicos em que o prazo decadencial deverá ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador.

Assim o será, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas, que se poderá ter por caracterizada a hipótese de fraude ou simulação. De igual forma, quando se verifique o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos, a situação poderá se subsumir à hipótese de dolo, fraude ou simulação. Revela-se, portanto, a importância da análise do caso concreto, para fins de adequada definição do critério de contagem do prazo decadencial. Ademais, para identificação do marco temporal concernente à data em que "o lançamento poderia ter sido efetuado" (art. 173, I, CTN) -, é mister seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação.

Em resumo, a PGE entendeu não ser admissível litigar na esfera judicial, nos termos das normas previstas na nossa legislação estadual, concluiu ser forçosa a aplicação pela Administração Pública da exclusão dos lançamentos de ofício *que considerem o prazo previsto pelo art. 107-B, § 5º, do COTEB, se lavrados em data posterior à Súmula Vinculante nº 8 do STF, em 12 de julho de 2008, sugerindo o reconhecimento decadencial quanto aos lançamentos lavrados após a consolidação dessa mudança de entendimento do STF, em Julho de 2008.*

Assim, deve-se consideração com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e pago, integral ou parcialmente, em data posterior a 12 de junho de 2008, a regra do art. 150, § 4º, do CTN; com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e pago, integral ou parcialmente, em data anterior à 12 de junho de 2008, deve ser aplicada a regra do art. 107-B, §5º do COTEB.

Pelo entendimento jurisprudencial a regra esculpida no art. 173 I (primeiro dia do exercício subsequente àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado), deve ser aplicada nos casos em que é verificada a existência de débito declarado e não pago ou simplesmente ausência de declaração e pagamento ou ainda a existência de dolo, fraude ou simulação quanto a débito declarado e pago, integral ou parcialmente, visto que neste caso se dissimulou do fisco a obrigação de pagar corretamente o tributo.

As infrações descritas no processo em lide, acusam o contribuinte de haver utilizado crédito fiscal indevido por diferentes razões, falta de pagamento de parte do ICMS antecipação parcial e total, apurado pelo autuante, refazendo-se o cálculo do *quantum* a pagar, e tais lançamentos enquadram-se claramente na regra contida no § 4º, do art. 150 do CTN, visto não haver comprovação de dolo, fraude ou simulação. Não ocorreu também a existência de débito declarado e não pago.

No caso, o A.I. em exame foi lavrado em 21/09/2016, com ciência 26/09/2011, portanto data posterior à publicação da SV, e assim os fatos geradores anteriores a essa data 5 anos antes, ocorridos até 26/09/2011, foram atingidos pela decadência, incidindo a regra do art. 156, do CTN, que extingue os créditos tributários vitimados pelo instituto da decadência. Assim, foram totalmente atingidos pela decadência, as infrações 1,2,8 9, e 14, e parcialmente as infrações 3,5,6,7,10,11,12,15, e que serão apreciadas individualmente quanto aos valores remanescentes.

As infrações 1 e 2 atingidas totalmente pela decadência, são portanto, improcedentes.

Passaremos ao julgamento primeira infração que não decaiu totalmente, a infração 3. Esta decorreu de haver-se utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade, sendo lançado o valor de R\$173,43 acrescido da multa de 60%.

A autuante, na informação fiscal, afirma que a Defesa não apresentou nenhuma documentação fiscal, conforme comprovam os documentos de folhas 1260 a 1279. Diz que o demonstrativo de débito (doc. fls. 21) informa a data de registro referente a cada nota fiscal, escriturada em duplicidade, no livro de Registro de Entrada de Mercadorias (docs. fls. 994 a 1206), apresentado pela Autuada. Tais notas são de 04/03/ 2011 e 1/11/2011 – à fl. 1025, está a nota fiscal nº 57626, de março de 2011, e assim, o primeiro registro em duplicidade foi fulminado pela decadência e quanto ao outro, não foi possível detectar o segundo registro do crédito, que configuraria a duplicidade, à fl. 1164, verso, conforme indicado pela autuante no demonstrativo. Infração 3 improcedente.

Na infração 4, acusa-se de haver utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, e a infração 5 é referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto.

A defesa diz que os créditos utilizados pela autuada foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal referente aos mesmos, juntados ao presente processo. Que não houve por parte da autuada utilização de qualquer crédito relativo a mercadorias beneficiadas com isenção ou redução de base de cálculo, sem que não fossem aquelas previstas em lei.

Nas Infrações 4 e 5, o impugnante apenas diz que as alegações não procedem e que precisam de maiores esclarecimentos. A autuante diz que logo após o texto da infração, está o artigo do RICMS-BA referente a isenção;

Art. 14. São isentas do ICMS as operações com hortaliças, frutas, animais, produtos agropecuários e produtos extrativos animais e vegetais:

I - nas saídas internas e interestaduais efetuadas por quaisquer estabelecimentos, exceto se destinados a industrialização, dos seguintes produtos hortícolas e frutícolas em estado natural, resfriados ou congelados (Conv. ICM 44/75 e Convs. ICMS 94/05):

b) flores e frutas, exceto amêndoas e nozes;

Os documentos de folhas 1 e 11 (Auto Infração) demonstram com clareza a infração cometida. No demonstrativo de débito (docs. Fls. 24), recebido pela Autuada, conforme comprova documentos de folhas 1253 a 1254, constam os artigos acima citados.

Ou seja, acabou a exceção para saídas de maçãs, sendo portanto isentas. Verifico que há notas fiscais com uva, maçã e pera com créditos pelas entradas e se as saídas são isentas tal crédito não pode ser mantido, e ao se conferir o registro no livro de entradas, constata-se o lançamento de tais créditos.

A título de exemplo, no demonstrativo às fls. 24, observo que a nota fiscal nº 246, de 23/12/2011 está com crédito indevido de 296,16, de um total de R\$399,36 creditado. À fl. 1198, há o registro entradas com crédito total de R\$399,36. Nestas notas fiscais constam alho importado, com crédito de 103,20 e as demais maçãs, peras e uvas com crédito de 296,16. De fato, verifico que no art. 14, I, b o texto está do seguinte modo, quando trata de isenções:

- flores e frutas, exceto amêndoas e nozes; redação originária, efeitos até 28/12/99:) frutas, exceto amêndoas, nozes, pêras e maçãs (Conv. ICM 36/87):- nacionais ou provenientes da Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela;".

Desse modo, é certo que o crédito fiscal das frutas foi indevido, e a **infração 4 é procedente**.

Já na Infração 05, por utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, refere-se a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. O impugnante repete os mesmos argumentos da infração 4, e nega o cometimento. A impugnante diz que logo após o texto da infração, estão os artigos do RICMS-BA referentes à redução da base de cálculo, conforme DEC 6.284/97, art. 78- A e 87, XXXVI, que diz o seguinte:

Art. 78-A. É reduzida em 100% (cem por cento) a base de cálculo das operações internas com arroz e feijão.

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

XXXVI - das operações internas com pescado, exceto crustáceo, molusco e rã, em 100% (cem por cento), observada a vedação ou estorno do crédito fiscal, nos termos dos arts. 97 e 100, sendo que o benefício previsto neste inciso não se aplica:

- d) à operação que destine o pescado à industrialização;*
- e) ao pescado enlatado ou cozido;*
- f) ao pescado seco ou salgado.*

O mesmo fato descrito na infração 4 ocorre na infração 5, pois constato as notas fiscais de sardinha, salmão congelada, além de arroz, com 100 por cento de redução. O benefício fiscal não se aplica apenas ao pescado enlatado ou cozido, ou pescado seco ou salgado, o que não é o caso demonstrado, pois os créditos lançados são de pescados congelados, e logo é devido o estorno de crédito. No entanto, observo que parte desta infração foi atingida pela decadência, permanecendo apenas os lançamentos de setembro a dezembro, no total de R\$8.321,96. **Infração 5 procedente em parte.**

Na infração 6, acusa-se a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento fiscal. A impugnação afirma que os créditos utilizados pela autuada foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal referente aos mesmos, juntados ao presente processo e que não houve qualquer utilização indevida de crédito fiscal como quer crer a autuante.

A autuante rebate tal alegação, aduzindo que as vias das notas fiscais anexadas ao presente processo (docs. fls. 319 a 404) comprovam que nas mesmas não há destaque do ICMS, entretanto, consta ICMS creditado, quando do lançamento das referidas notas fiscais no livro Registro de Entrada de Mercadorias (docs. fls. 994 a 1206). No demonstrativo de débito (docs. fls. 315 a 318) está indicado a data de registro, número das notas fiscais e valor do ICMS creditado.

Compulsando os autos, verifico, a título de exemplo, que às fls. 315/318, a nota fiscal nº 6288 está com crédito zero, referente aquisição de hortigranjeiros, mas foi lançada em 28/11/2011, com crédito de R\$4,80, e à página 1023, no livro Registro de Entradas, consta o crédito lançado. No entanto, **parte do lançamento foi atingida pela decadência, restando apenas os valores de setembro a dezembro, no total de R\$652,94. Infração 6 procedente em parte**

Na infração 7, lançada por utilizar indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado em documento fiscal, no valor de R\$10.297,02, às fls. 405/408 consta o demonstrativo. A defesa utiliza os mesmos argumentos relativos à infração 6, refutando o lançamento. No entanto, tomando-se como exemplo a primeira nota fiscal, nº 16.375 de 12/03/2011, foi creditado R\$4.063,77, sendo que o crédito legal é de apenas R\$906,32 com diferença a maior de R\$3.157, 45. No verso da fl. 1029, consta o registro de entrada com o crédito indevido conforme o demonstrativo. No entanto, parte desta infração também foi atingida pela decadência, **restando os valores de setembro a dezembro, no valor de R\$6.880,28. Infração 7 procedente em parte.**

As infrações 8 e 9 foram integralmente atingidas pela decadência.

A infração 10, decorreu do recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, sendo lançado o valor de R\$5.684,27. O impugnante diz que efetuou os

recolhimentos de todos os tributos devidos e que não há que se falar de falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS, como quer crer a autuante.

A autuante rebate dizendo que o demonstrativo de débito está nas fls. 618 a 619, as vias das notas fiscais (docs. fls. 620/655), demonstrativos de recolhimento do ICMS antecipação tributária (docs. fls. 709 a 710), cópia do livro Registro de Entrada de Mercadorias (docs. fls. 994 a 1206) e comprovante de recolhimento (Sistema INC) (docs. fls. 1233 a 1248), e que a autuada indica no campo Informações complementares do DAE a que nota (s) fiscal (is) refere-se o recolhimento e no campo 4 o mês de referência. Os documentos anexados ao presente processo comprovam que não houve recolhimento em relação as notas fiscais constantes no demonstrativo de folhas 618 a 619 referente aos meses de abril, junho, julho agosto, setembro e outubro.

Compulsando os autos, verifico às fls. 618 demonstrativo com mercadorias tributáveis, e às fls. 1.233 o INC não aponta quaisquer recolhimentos de antecipação tributária. O impugnante não trouxe comprovação do recolhimento. Embora parte do lançamento esteja vitimado pela decadência, **remanescendo apenas os meses de setembro e outubro, fl. 1235**, não aparece qualquer pagamento, **restando o valor de R\$2.366.19. Infração 10 procedente em parte.**

Na infração 11, decorrente do recolhimento a menos do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, foi lançado o valor de R\$8.406,77. A defesa alega que a autuante, ao proceder a fiscalização relativa a esta infração, não atentou para a efetivação correta dos cálculos, tendo-se em vista que a responsabilidade tributária da autuada é supletiva ou seja, deveria a autuante ter lavrado o auto contra a empresa remetente da mercadoria tendo em vista os acordos e protocolos existentes entre os entes federados e, cobrado desta última (autuada), somente após esgotados todos os meios persuasórios conforme o previsto na legislação que regulamenta a matéria é que se poderia solicitar à autuada, o recolhimento do tributo devido.

A autuante diz que a autuada indica no campo Informações complementares do DAE a que nota (s) fiscal (is) refere-se o recolhimento e no campo 4 o mês de referência. Os demonstrativos de débito (docs. fls. 656 a 657), as vias das notas fiscais (docs. fls. 658 a 708), demonstrativos de recolhimento do ICMS antecipação tributária (docs. 709 a 710), demonstrativo de recolhimento ICMS Parcial por mês referência (docs. fls. 960 a 961) cópias dos DAEs de recolhimento (docs. 962 a 991), e comprovante de recolhimento (Sistema INC) (docs. fls. 1233 a 1248) anexados ao presente processo comprovam que houve recolhimento a menor em relação as notas fiscais constantes no demonstrativo de folhas 656 a 657 referente aos meses de janeiro, fevereiro, março, maio, novembro e dezembro. O recolhimento do ICMS antecipação tributária referente às aquisições dos produtos constantes nas notas fiscais (docs. fls. 658 a 708) é de responsabilidade da Autuada.

O impugnante não nega que as mercadorias estejam no regime de substituição tributária, mas apenas que não teria a responsabilidade pelo recolhimento, vez que seria dos contribuintes de origem, por conta de protocolo ou convênio, sem citá-los. Nos termos do art. 8º § 5º da Lei 7.014/96 A responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade solidária do contribuinte substituído nas entradas decorrentes de operações ou prestações interestaduais junto a contribuinte substituto, por força de convênio ou protocolo, que não possua inscrição ativa neste Estado. Às fls. 656/57, o demonstrativo aponta os valores devidos, sendo que por conta da decadência, **restam os valores de novembro e dezembro no valor de R\$1.096,75. Infração 11 procedente em parte.**

A infração 12, decorreu do fato do contribuinte deixar de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, sendo lançado o valor de R\$8.342,04 e a infração 13, por recolher a menos, sendo lançado o valor de R\$8.844,10. O impugnante diz que não há que se falar de falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS, como quer crer a autuante em sua autuação. Que os documentos de arrecadação provam que todos os recolhimentos foram efetuados dentro do que prescreve a legislação que regulamenta a matéria, contudo sem apresentá-los.

Bastaria ao impugnante apresentar a lista de notas fiscais com o cálculo correspondente e o comprovante de pagamento. De fato, às fls. 727 há demonstrativo da antecipação parcial e notas fiscais subsequentes como a NF nº 278500, cópia fl. 798 no mes de outubro com lançamento de R\$190,27 para aquisição de R\$1.902,65 em SP. No entanto a decadência vitimou os meses de março a agosto, restando **somente setembro e outubro de 2011**, com o valor de **R\$2.576,86. Infração 12 procedente em parte.**

O mesmo ocorreu com a defesa da infração 13, que lançou R\$8.846,10 onde o impugnante apresenta os mesmos argumentos, mas é certo que há demonstrativo de fls. 813/17 onde o mes de dezembro 2011, apresenta recolhimento de R\$1.176,62 contra apuração de R\$2.396,44 e caberia ao impugnante provar o contrário e não apenas negar o cometimento da infração. O impugnante não logrou apresentar comprovação do recolhimento integral. Assim acolho o lançamento da **infração 13 como inteiramente procedente.**

A infração 14, teve lançamento apenas em 28/02 /2011 e portanto caiu inteiramente pela decadência. **Infração 14 improcedente.**

Por fim, a infração 15 por ter deixado de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal digital EFD ou entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, sendo lançado valor de R\$16.560,00. A impugnante alega não ter qualquer prática de dolo, fraude ou simulação, bem como não houve falta de recolhimento de tributo, ainda, que não houve intimação para a apresentação da EFD pela autuante e que inclusive porque as EFDs referentes à esta infração foram todas transmitidas, conforme documentos em anexo, bem como, caso assim não o seja possível, que determine o cancelamento, ou a redução da referida multa, pelos fatos acima.

A autuante diz que o contribuinte apresentou a EFD, porém, não informou as operações realizadas (docs. fl. 993). Há CD contendo os arquivos apresentados pelo contribuinte (doc. fls. 993). A infração não decorreu da falta de entrega da EFD e sim por apresenta-la sem conter nos arquivos as operações realizadas. Configurada a infração, que decaiu de janeiro a agosto, restando o valor de R\$5.520,00. Infração 15 procedente em parte.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **0181843027/16-1** lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$31.756,66** acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, incisos, II, “d” e “f” e VII “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$5.520,00** prevista no inciso XIII-A do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – JULGADOR