

A. I. Nº - 206911.0001/17-4  
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. (SUPERMERCADO G. BARBOSA)  
AUTUANTE - JALDO VAZ COTRIM  
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE

Retificação da Resolução relativa ao Acórdão nº 0076-05/18, de 19 de abril de 2018, para fim de exclusão da indicação para interposição do Recurso de Ofício, de acordo com o art. 164, § 3º, do RPAF/99.

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACORDÃO JJF Nº 0076-05/18-A

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** ATIVO FIXO. Infração insubstancial. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração insubstancial. **c)** SAÍDAS SUBSEQUENTES. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. Infração 3 subsistente em parte. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração 4 procedente. **b)** RECOLHIMENTO A MENOR. **b.1)** DESENCONTRO DO VALOR ENTRE O RECOLHIDO E O ESCRITURADO. Infração 5 insubstancial. **b.2)** ALÍQUOTA DIVERSA. SAÍDAS ESCRITURADAS. DIFERENÇAS DE ALÍQUOTAS. Infração 6 subsistente em parte. **b.3)** DIFAL. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Infração 7 subsistente em parte. **b.4)** DIFAL. ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO. Infração 8 subsistente. 3. MULTAS. **a)** MULTA PERCENTUAL. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração 9 subsistente em parte. **b)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Infração 10 subsistente em parte. **c)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração procedente em parte. Preliminar de decadência acolhida para o período de janeiro a setembro de 2012, nas infrações 1, 2, 3, 5, 6 e 7, consoante ao art. 150, § 4º do CTN. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 28/09/2017, para exigir ICMS no valor de R\$110.141,08, em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 (01.02.01) – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. ICMS no valor de R\$1.095,09 e multa de 60%. Meses de março e novembro de 2012.

INFRAÇÃO 2 (01.02.02) – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$494,77 e multa de 60%. Meses de junho de 2012, janeiro e julho de 2013.

INFRAÇÃO 3 (01.02.26) – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. ICMS no valor de R\$15.625,78 e multa de 60%. Meses de março a maio, agosto a dezembro de 2012. Janeiro a março, maio, junho, agosto, outubro a dezembro de 2013.

INFRAÇÃO 4 (02.01.03) – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$25.686,71 e multa de 60%.

Meses de janeiro a dezembro de 2012 e de janeiro a dezembro de 2013.

INFRAÇÃO 5 (03.01.01) – Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. ICMS no valor de R\$3.505,96 e multa de 60%. Mês de janeiro de 2012.

INFRAÇÃO 6 (03.02.02) – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$2.249,86 e multa de 60%. Meses de janeiro a dezembro de 2012 e de janeiro a dezembro de 2013.

INFRAÇÃO 7 (03.02.06) – Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. ICMS no valor de R\$35.978,92 e multa de 60%. Meses janeiro a dezembro de 2012 e janeiro a dezembro de 2013.

INFRAÇÃO 8 (06.02.01) – 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. ICMS no valor de R\$1.504,80, e multa de 60%. Meses de janeiro, abril, maio, julho a setembro e novembro de 2012.

INFRAÇÃO 9 (07.01.03) – Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Multa no valor de R\$20.203,42, referente aos meses de janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013.

INFRAÇÃO 10 (16.01.01) – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$1.834,02, relativa aos meses de janeiro a dezembro de 2012 e de janeiro a dezembro de 2013.

INFRAÇÃO 11 (16.01.02) – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$1.961,75, relativa aos meses de janeiro a dezembro de 2012, e de janeiro a dezembro de 2013.

O autuado ingressa com defesa, fls. 31 a 49, e de inicio demonstra a tempestividade de sua impugnação, bem como uma síntese da autuação. Coloca em relevo a preliminar de decadência parcial do crédito tributário, considerando que tomou ciência do Auto de Infração impugnado em 02/10/2017 e o período da infração de 1/2012 a 12/2013.

Defende, nesse compasso, a aplicação da regra contida no art. 150, § 4º do CTN que prevê a contagem do prazo decadencial de 5 (cinco) anos a partir da ocorrência do fato gerador. Coloca em destaque recente julgado do Auto de Infração nº 279757.0085/15-0, pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, Acordão CJF nº 0265-11/16, no qual foi reconhecida a decadência do lançamento do crédito tributário pela aplicação do mencionado dispositivo, em detrimento do inciso I, do art. 107-A do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB (vigente à época dos fatos geradores), em caso idêntico ao presente, com uma empresa do mesmo grupo empresarial do autuado.

Ressalta a mudança de posicionamento no âmbito do CONSEF, em razão da Súmula Vinculante nº 08 do STF, publicada em 20/06/2008, a qual fixou o entendimento de que as normas tributárias atinentes ao prazo decadência, somente podem ser veiculadas por lei complementar. Transcreve trechos da mencionada decisão deste CONSEF, inclusive com citações da jurisprudência do STJ.

No mérito, aponta que na infração 1 a fiscalização não considerou os valores estornados no livro Registro de Apuração do ICMS, conforme planilha constante do CD em anexo, referente à utilização de crédito fiscal de mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento.

Na infração 2, também não foi observado pela fiscalização os valores estornados no Livro Registro de Apuração do ICMS, conforme planilha constante do CD em anexo.

Na infração 3 aponta que o equívoco da fiscalização foi não ter observado produtos estornados no livro Registro de Apuração pelas Notas Fiscais, planilha constante do CD em anexo. As mesmas razões são apontadas para a infração 4.

Nas infrações 5, 6, 7 e 8, o erro da fiscalização consiste em ter incluído na autuação valores alcançados pela decadência, conforme planilha constantes do CD anexo (doc. 03).

Na infração 9 a fiscalização não observou que não se aplica Antecipação Tributária nas operações internas (compra, devolução e transferências), conforme planilha constante do CD em anexo.

Quanto às infrações 10 e 11, a fiscalização não considerou que havia notas fiscais escrituradas no livro Registro de Entradas, consoante planilha constante do CD em anexo.

Requer o deferimento do pedido de diligencia, sob o argumento de que os fundamentos de defesa e os documentos anexados são suficientes para a sua deliberação.

Invoca o princípio da verdade material, e em sua homenagem, bem como ao princípio da ampla defesa, requer a diligencia fiscal na ASTEC, nos termos do Art. 137, I, “a” do RPAF/99, a ser realizada por auditor fiscal estranho ao feito. Apresenta quesitos, às fls. 48 do PAF e requer o provimento integral a presente impugnação administrativa.

Auditor fiscal lotada na INFRAZ de origem, em vista de afastamento temporário do autuante, presta a informação fiscal, fls. 70 a 85, e sustenta que o lançamento está sujeito às regras do art. 173, I do CTN, com relação ao pedido de decadência. Pugna pelo não provimento do pedido, pois além de citar a jurisprudência, os lançamentos se referem a tributo lançado de ofício, apurado pelo agente fiscal sem a colaboração do contribuinte, ou seja, são valores não apurados nem quitados antecipadamente pelo contribuinte, de modo que neste caso, o prazo decadencial começou a contar a partir de 01/01/2013.

Na infração 1 reconhece a procedência parcial das alegações da Autuada, constantes na peça defensória acostada às fls. 39 do PAF, porquanto, efetivamente, os valores creditados decorrentes das entradas de mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente da autuada foram devidamente estornados no LRA, atinente ao mês de novembro/2012;

Nesse diapasão, mesmo expurgados os valores comprovadamente estornados no LRA, remanescem ainda, aqueles alusivos ao mês de março/2012, no valor de R\$347,66.

Na infração 2, reconhece a procedência parcial das alegações da Autuada, constantes em sua peça defensória acostada às fls. 40 do PAF, porquanto, efetivamente os valores creditados decorrentes das entradas de mercadorias adquiridas para uso e consumo do estabelecimento, foram devidamente estornados no LRA, alusivas aos meses de janeiro/2013 e julho/2013.

Contudo, mesmo expurgados os valores comprovadamente estornados no LRA, remanescem ainda, aqueles alusivos ao mês de junho/2012, haja vista, o não acatamento das alegações defensivas da Autuada de que o período retrocitado teria sido tragado pelo fenômeno da Decadência.

Diante do exposto, expurgados os valores cobrados indevidamente, remanesce um crédito fiscal de ICMS em favor da Fazenda Pública Estadual, alusivo à Infração 2 no valor de R\$438,13;

Na infração 3, reconhece a procedência parcial das alegações constantes na peça defensória acostada às fls. 40 do PAF, porquanto, efetivamente os valores creditados decorrentes das entradas de mercadorias, cujas saídas são beneficiadas pelos institutos da Isenção ou Redução da Base de Cálculo em 100%, foram devidamente estornados no LRA, alusivos aos meses de outubro/2012 a dezembro/2012;

Todavia, mesmo expurgados os valores comprovadamente estornados no LRA, remanescem ainda, aqueles alusivos aos meses de março/2012 a maio/2012 e agosto/2012 a setembro/2012, haja vista, o não acatamento das alegações defensivas, de que o período teria sido tragado, pelo

fenômeno da Decadência.

Entretanto, refuta as alegações genéricas, interpostas e contidas no DOC. 03, acostado sob a forma de Mídia Gravada (CD), pugnando pela inobservância por parte do Autuante sobre o disposto na Súmula nº 166 do STJ, que lhe parece inadequada, posto que trata que “*NÃO CONSTITUI FATO GERADOR DO ICMS O SIMPLES DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE*”.

Logo, se existe a vedação quanto ao uso dos créditos sobre as entradas de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, independentemente da origem e a Autuada se apropriou de tais, o remédio jurídico-fiscal adequado para elidir tempestivamente tal procedimento, seria, a seu ver, a promoção dos competentes estornos de crédito, fato esse que não foi alegado ou comprovado, e não uma mera e conflitante ilação quanto ao procedimento do contribuinte.

Procede aos acertamentos do direito, pertinentes e materialmente comprovados pela Suplicante, através da confecção de novos demonstrativos de débito, intitulados como “Anexo 09 – CORRIGIDO”, em substituição ao originário Anexo 09.

Diante do exposto, expurgados os valores cobrados indevidamente, remanesce ainda, um crédito fiscal de ICMS em favor da Fazenda Pública Estadual, alusivo à Infração 3 no valor de R\$3.703,91;

Nas infrações 4 e 5, refuta as alegações constantes às fls. 41 do PAF, pugnando pela aplicação do instituto da Decadência parcial, abarcando o período de 01/2012 a 09/2012.

Reafirma em sua totalidade, a manutenção da cobrança alusiva à Infração 4 no valor de R\$25.686,71; e a manutenção da cobrança alusiva à Infração 5 no valor de R\$3.505,96;

Na infração 6, pelas mesmas razões, reafirma em sua totalidade, a manutenção da cobrança relativa à Infração 6 no valor de R\$2.249,86;

Na infração 7, reafirma em sua totalidade a manutenção da cobrança alusiva à Infração 7 no valor de R\$35.978,92;

Na infração 8, pugna pela manutenção da cobrança no valor de R\$1.504,80.

Quanto à infração 9, mantém a cobrança dos valores da multa fixa aplicada sobre o valor do ICMS devido, incidente sobre as entradas de mercadorias enquadradas no Regime de Antecipação Tributária, cujas saídas foram tributadas normalmente pela Suplicante, por conta da inobservação ao disposto na lei tributária.

Todavia, reconhece a pertinência das alegações quanto à improriedade da inclusão de Notas Fiscais oriundas do Estado (operações internas) na base de cálculo da multa formal aplicada, por conta da inobservância do sujeito passivo, quanto à aplicação do Regime de Antecipação Tributária, sobre as entradas de mercadorias constantes nos Anexos 11 e 12.

Desse modo, foram produzidos novos Demonstrativos de Débito, intitulados como “Anexos 11 – CORRIGIDO e 12 – CORRIGIDO”, em substituição aos originários Anexos 11 e 12, respectivamente.

Diante do exposto, remanesceu ainda um crédito tributário em favor da Fazenda Pública Estadual, referente à Infração 9 no valor de R\$19.752,81;

Na infração 10, reconhece a pertinência das alegações constantes no Doc. 03, acostado ao processo sob a forma de Mídia Gravada (CD), dando conta do registro nos livros próprios, de parte das notas fiscais.

Na esteira do imperativo acertamento do direito, informa que foram expurgados os valores referentes aos documentos comprovadamente escriturados e produzidos novos Demonstrativos de Débito, intitulados como “Anexos 17 – CORRIGIDO e 18 – CORRIGIDO”, em substituição aos originários Anexos 17 e 18, respectivamente.

Diante do exposto, reafirma a cobrança parcial da cobrança alusiva à Infração 10 no valor de

R\$886,23.

Na infração 11, reconhece a pertinência das alegações constantes no Doc. 03, acostado ao processo sob a forma de Mídia Gravada (CD), dando conta do registro nos livros próprios, de parte das notas fiscais.

Informa que foram expurgados os valores referentes aos documentos comprovadamente escriturados e produzidos novos Demonstrativos de Débito, intitulados como “Anexos 15 – CORRIGIDO e 16 – CORRIGIDO”, em substituição aos originários Anexos 15 e 16, respectivamente.

Reafirma a cobrança parcial da cobrança alusiva à Infração 10 (sic) no valor de R\$1.783,06.

Diante do exposto, remanesceu um crédito tributário de ICMS em favor da Fazenda Pública Estadual, no montante de R\$5.838,05, a serem acrescidos dos consectários legais pertinentes.

O sujeito passivo ao ser intimado quanto ao teor da informação fiscal, manifesta-se, fls. 94 a 114, e ressalta que o auditor fiscal não acatou a alegação defensiva concernente à decadência em relação às infrações 1 a 11, posição que contraria o posicionamento no âmbito do CONSEF, que se deve à aplicação da Súmula Vinculante nº 08 do STF (publicada em 20/06/2008). Ademais, a PGE vem recomendando que não mais venha a ser aplicado nos julgamentos com data posterior à expedição da Súmula Vinculante nº 08, ou seja, dia 12/06/2008, a regra do inciso I do art. 107-A do COTEB. Reitera o seu requerimento no sentido de que seja reconhecida a decadência parcial dos valores cobrados no Auto de Infração, excluindo-se os valores relativos aos períodos de 01/2012 a 09/2012.

Quanto à infração 3, pede a aplicação da Sumula nº 166 do STJ, por ausência de fato gerador do ICMS, por inexistência de mercancia e consequente circulação de mercadoria nas transferências, ou simples remessa de bens de estabelecimento (filial), situado no Estado da Bahia para outro estabelecimento (filial) do mesmo contribuinte/empresa localizado no Estado de Sergipe. Cita a doutrina e a jurisprudência.

Destaca que o auditor fiscal reconheceu a improcedência das infrações 9, 10, e 11.

A final, reitera o integral provimento à impugnação administrativa, a fim de que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

## VOTO

Inicialmente verifico que o lançamento tributário preenche todas as formalidades necessárias para a sua validade, tais como as previstas nos arts. 39 a 47, que constituem o Capítulo III, “DO AUTO DE INFRAÇÃO”, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99). E por estar em consonância com essas normas legais, apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais. Ademais, os princípios do contraditório e da ampla defesa foram observados, sendo que o sujeito passivo foi intimado e teve ciência de todos os atos processuais que ocorreram na presente lide e pode se manifestar nos prazos legais que lhe foram concedidos, tudo em conformidade com a legislação que rege o processo administrativo fiscal.

Portanto, por ter o lançamento atendido em sua formalidade aos requisitos legais para o seu ingresso no mundo jurídico, passo à apreciação das preliminares de mérito quanto à decadência da constituição do crédito tributário para em seguida abordar as questões de mérito trazidas à lide.

Quanto à preliminar de decadência, observo que o Auto de Infração foi lavrado em 28/09/2017, tendo sido o contribuinte cientificado em 02/10/2017, pelo que o defensor clama pela declaração de decadência, vez que o período autuado compreende do mês de janeiro de 2012 ao mês dezembro de 2013, nos termos do Art. 150, § 4º do CTN, Lei nº 5.172/66.

Como se tratam de várias infrações, no total de 11, a apreciação do pedido de decadência será analisada em cada uma antes da apreciação do mérito, mas saliento que consoante o Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, 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 tributável (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.

As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150 § 4º do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao art. 173, inciso I do mesmo Código.

Nessa esteira, ainda quando o contribuinte tenha 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 ocorrido o fato gerador. 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. Dependerá da análise de cada caso concreto.

Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, 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 de 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.

Dessa forma, em cada infração, será analisada a aplicação do Art. 150, § 4º, ou do art. 173, I do CTN, à luz do Incidente de Uniformização PGE 2016.194710-0, emanado pela Procuradoria Fiscal do Estado da Bahia.

Ressalto que tendo sido lavrado o Auto de Infração em 28/09/2017, com ciência pelo contribuinte em 02/10/2017, os fatos geradores ocorridos de janeiro a setembro de 2012, serão apreciados quanto à incidência do disposto no art. 150, § 4º do CTN, em cada infração, posto que para estes meses o fisco teria até o dia 01/10/2017, como prazo final para lançar e constituir o crédito tributário a favor da Fazenda Pública. Logo, serão legítimos e não atingidos pelo prazo decadencial, com a aplicação do art. 150, § 4º do CTN, os lançamentos cujos fatos geradores sejam a partir de 03/10/2012 (inclusive).

Nas situações em que cabe a aplicação do art. 173, I do CTN, os fatos geradores ocorridos em 2012 não foram alcançados pela decadência, haja vista que o lançamento poderia ter sido efetuado até 31/12/2017, e o Auto de Infração foi cientificado em 02/10/2107.

No mérito o sujeito passivo impugna as infrações que serão analisadas de per si, quanto aos fatos e fundamentos de direito que as fundamentam, bem como quanto às razões de defesa apresentadas pelo sujeito passivo por meio de seu preposto, como segue.

A infração 1 decorreu da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de março e de novembro de 2012.

O auditor fiscal que prestou a informação fiscal, de pronto reconhece as razões da defesa quanto ao mês de novembro de 2012, pela improcedência da autuação.

Resta portanto a apreciação relativa ao mês de março de 2012, mas tratando-se de crédito fiscal, a infração encontra-se neste mês fulminada pela decadência, nos termos do art. 140, § 4º do CTN.

Infração improcedente.

A infração 2 também refere-se à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Nesta infração foram acatadas as alegações da defesa no que concerne aos valores creditados decorrentes das entradas de mercadorias adquiridas para uso e consumo, pois foram devidamente estornados no LRA, alusivas aos meses de janeiro de 2013 e julho de 2013. Assim, resta a apreciação do mês de junho de 2012, no valor de R\$ 438,13, que em verdade foi alcançado pela decadência nos termos do art. 150§ 4º do CTN.

Infração improcedente.

Na infração 3, referente a crédito fiscal indevido referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, nos meses de outubro a dezembro de 2012 e foram efetivamente estornados no livro Registro de Apuração, como destaca o auditor fiscal.

Todavia, remanescem os demais valores alusivos aos meses de março/2012 a maio/2012, agosto/2012 e setembro/2012, a serem apreciados e de janeiro a março, maio, junho, agosto, outubro a dezembro de 2013. Constatou os meses de março a maio de 2012, agosto e setembro de 2012 foram alcançados pela decadência, consoante o art. 150, § 4º do CTN adrede examinado.

Quanto aos demais meses compreendidos na infração, quais sejam os de janeiro a dezembro de 2013, ficam mantidos, haja vista que não foram trazidas comprovações de que os créditos fiscais em comento não teriam sido utilizados pelo sujeito passivo.

Quanto à aplicação da Sumula nº 166 do STJ, nas transferências interestaduais há incidência do ICMS, tal como já apreciado no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.169506-0, cujo entendimento firmado é no sentido de que “*Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular*”, sendo que esse entendimento não alcança as transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular. De fato, a definição do tratamento tributário a tais operações demanda seja necessariamente analisado o impacto financeiro suportado pelos Estados de origem e de destino, em decorrência do regime de compensação de créditos e débitos do imposto. Esta questão não foi enfrentada pela Sumula 166 do STJ, bem como pela decisão lançada no RESP 1.125.133/SP, à luz das normas constitucionais que regem o pacto federativo, das quais se extrai fundamento de validade para as disposições do art. 13, § 4º da LC 87/96.

Infração procedente em parte, no valor de R\$1.387,06.

A infração 4 relativa à falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, cabe a aplicação do art. 173, I do CTN, pois não houve pagamento do imposto.

Dessa forma fica mantida a infração no valor originariamente exigido. Infração procedente.

A infração 5 por tratar de recolhimento a menor de ICMS no mês de janeiro de 2012, em decorrência de desencontro entre o valor recolhido e o escriturado na apuração do imposto, foi alcançada pela decadência, conforme o disposto no art. 150§ 4º do CTN. Infração improcedente.

A infração 6 refere-se ao recolhimento a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, também foi alcançado pela decadência com aplicação do art. 150, § 4º do CTN, no período de janeiro a setembro de 2012. Assim, resta a exigência dos valores relativos aos meses de outubro a dezembro de 2012 e de janeiro a dezembro de 2013, pois não houve a comprovação por parte do deficiente de que a infração não teria sido cometida.

Infração procedente em parte, no valor de R\$1.574,48.

A infração 7, aponta que houve o recolhimento a menor do ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, nos meses de janeiro a dezembro de 2012 e de janeiro a dezembro de 2013.

Cabe a aplicação do art. 150, § 4º do CTN, pois houve parte do recolhimento do ICMS nos meses de janeiro a setembro de 2012.

Diante deste fato, deve permanecer a exigência fiscal relativa aos meses restantes, quais sejam de outubro de 2012 a dezembro de 2013, haja vista que nada mais foi alegado pelo defendant, além do pedido de reconhecimento da decadência.

Infração procedente em parte no valor de R\$19.556,23, referente aos meses de outubro de 2012 a dezembro de 2013.

A infração 8 exige ICMS relativa à falta de recolhimento 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, e por não ter havido pagamento do imposto nos prazos regulamentares, deve ser aplicado o disposto no art. 173, inciso I do CTN, logo não ocorreu a decadência.

Em razão de o sujeito passivo não ter apresentado outras razões de mérito a serem apreciadas por este CONSEF, mantendo a procedência da autuação na sua íntegra.

Infração procedente.

A infração 9 decorreu de multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro a dezembro de 2012 e de janeiro a dezembro de 2013.

Como se trata de descumprimento de obrigação acessória, cabe a aplicação do art. 173, I, do CTN, e desta forma o período compreendido entre janeiro a setembro de 2012 não foi alcançado pela decadência.

No mérito, o autuante reconhece as alegações do autuado quanto à impropriedade da inclusão de Notas Fiscais oriundas do Estado (operações internas), na aplicação do Regime de Antecipação Tributária sobre as entradas de mercadorias constantes nos Anexos 11 e 12 do PAF. Em consequência, corrige os demonstrativos e informa que remanesce um crédito tributário a favor da Fazenda Pública no valor de R\$19.752,81, retificados nos Demonstrativos “Anexos 11 e 12 CORRIGIDOS”, que se encontram na mídia (CD) de fl. 86, no que acompanho.

Infração procedente em parte.

A infração 10 decorreu da multa de 1% sobre o valor comercial de mercadoria sujeita à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, tipificada no art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, reduzida retroativamente em obediência à Lei nº 13.461/2015, c/c Alínea “c” do inciso II, Art. 106 da Lei nº 5.172/66 (CTN).

Respeitante a descumprimento de obrigação acessória, cabe à aplicação do art. 173, I do CTN, sendo que os meses autuados no exercício de 2012 não foram alcançados pela decadência como pleiteado pelo defendant.

Em razão de a sociedade empresária ter comprovado que parte das notas fiscais foram registradas nos livros fiscais próprios, o auditor fiscal que prestou a informação fiscal corrigiu os demonstrativos 17 e 18 que se encontram na mídia de fl. 86, e reafirma a cobrança parcial no valor de R\$886,23, no que acompanho.

Infração procedente em parte no valor de R\$886,23.

A infração 11 resultou da aplicação de multa de 1% sobre o valor da mercadoria não tributável entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a

dezembro de 2012 e de janeiro a dezembro de 2013.

Em razão de descumprimento de obrigação acessória cabe a incidência do art. 173, I do CTN, e neste caso não foi fulminada pela decadência quanto ao período de janeiro a setembro de 2012.

Contudo, o auditor fiscal concorda que parte das notas fiscais objeto da autuação tinham sido devidamente registradas nos livros fiscais, e dessa forma as exclui da infração, quando elabora novos demonstrativos retificados, intitulados “Anexos 15 e 16 CORRIGIDOS”, que se encontram na mídia de fl. 86.

Após as correções o autuante mantém o valor da multa em R\$1.783,06, no que concordo.

Infração procedente em parte.

Ressalto que cabe a aplicação do disposto no art. 143 do RPAF/99: “*A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*”.

Cabe salientar que este órgão julgador não tem competência para apreciar questões de ilegalidade e de constitucionalidade de lei, nos termos do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99).

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração. Assim, o montante do débito é o seguinte:

INF	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO	MULTA	RESULTADO
01	1.095,09	0,00	60%	IMPROCEDENTE
02	494,77	0,00	60%	IMPROCEDENTE
03	15.625,78	1.387,06	60%	PROCEDENTE EM PARTE
04	25.686,71	25.686,71	60%	PROCEDENTE
05	3.505,96	0,00	60%	IMPROCEDENTE
06	2.249,86	1.574,48	60%	PROCEDENTE EM PARTE
07	35.978,92	19.556,23	60%	PROCEDENTE EM PARTE
08	1.504,80	1.504,80	60%	PROCEDENTE
09	20.203,42	19.752,81	-----	PROCEDENTE EM PARTE
10	1.834,02	886,23	-----	PROCEDENTE EM PARTE
11	1.961,75	1.783,06	-----	PROCEDENTE EM PARTE
<b>Total</b>	<b>110.141,08</b>	<b>72.131,38</b>		

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206911.0001/17-4, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. (SUPERMERCADO G. BARBOSA)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$49.709,28**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas percentuais no valor de **R\$19.752,81** e por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.669,29**, previstas nos incisos II, “d”, §1º, IX e XI, multa reduzida retroativamente em obediência à Lei nº 13.461/2015, c/c a alínea “c” do inciso II, art. 106 da Lei nº 5.172/66 (CTN), da mesma lei e artigo citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de setembro de 2018.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR