

A. I. Nº - 206911.3000/16-0
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - JALDO VAZ COTRIM
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13.08.2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0113-05/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ISENTA. Não foi objeto de impugnação. Infração subsistente. **2. RECOLHIMENTO A MENOS. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA.** Declarada a em relação ao período de 01/2011 a 05/2011. Crédito extemporâneo deve atender art. 315 RICMS/12. Impossibilidade de compensação no bojo do lançamento de ofício. Acatada parte de correções sugeridas pela defesa. Infração subsistente em parte. **3. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA.** Declarada em relação ao período de 01/2011 a 05/2011. Crédito extemporâneo deve atender art. 315 RICMS/12. Impossibilidade de compensação no bojo do lançamento de ofício. Acatada parte de correções sugeridas pela defesa. Infração subsistente em parte. **4. MULTA. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.** Declarada em relação ao período de 01/2011 a 05/2011. Acatada parte de correções sugeridas pela defesa. Infração subsistente em parte. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 29/06/2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$105.239,16, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 01.02.03 – Utilização indevida de crédito fiscal em relação à aquisição de mercadorias isentas do ICMS. No valor de R\$6.691,54, referente ao período de novembro e dezembro de 2011;

Infração 02 - 02.01.03 – Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributadas como não tributadas. No valor de R\$53.613,22, referente ao período de janeiro a dezembro de 2011;

Infração 03 - 03.02.02 – Recolheu a menos o ICMS em razão da aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação para as saídas da mercadoria. No valor de R\$28.484,45, referente ao período de janeiro a dezembro de 2011;

Infração 04 - 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. No valor de R\$16.449,95, referente ao período de janeiro a dezembro de 2011.

Constata-se, que tempestivamente, a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 24 a 41, quando apresentou o arrazoadado de defesa relatado a seguir.

A defesa inicia discorrendo sobre a tempestividade da presente impugnação administrativa e sintetiza as infrações objeto da autuação.

Em seguida arguiu preliminar de decadência em relação ao período de 01/2011 a 05/2011,

considerando que tomou ciência do Auto de Infração ora impugnado em 30/06/2016.

Diz que o Auto de Infração ora impugnado englobou, nas Infrações 02, 03 e 04, período alcançado pela decadência, razão pela qual uma parte do débito não poderia ter sido cobrada no presente procedimento.

Assevera que no momento em que o Auto de Infração ingressou no mundo jurídico (30/06/2016, data da ciência da ora Impugnante), já havia ocorrido a perda do direito do Fisco de rever o lançamento por homologação relativamente aos fatos geradores anteriores a 30/06/2011, em razão do disposto no §4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN. E ressalta ser este o entendimento pacificado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça - STJ, cujos mais recentes acórdãos estabelecem a perfeita distinção entre o direito de rever a constituição do crédito feita pelo contribuinte (art. 150, §4º, CTN) e o direito de constituir o crédito tributário (art. 173, I, CTN), afirmando que, nos tributos cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, CTN).

Afirma que o ICMS possui natureza jurídico-tributária, sendo a ele aplicados todos os princípios tributários previstos na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional - CTN. Dizendo no mesmo sentido, cita a alínea “b” do inciso III do artigo 146 da Constituição Federal que dispõe que cabe à Lei Complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributária.

Remata não restar dúvida que deve ser reconhecida a decadência do direito à cobrança do ICMS em relação aos fatos geradores anteriores ao prazo de 5 (cinco) anos, na forma do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional - CTN, devendo ser cancelada parte do Auto de Infração ora impugnado, pois cobra valores referentes a fatos geradores **anteriores a 06/2011**, alcançados pela decadência, excluindo-se os valores cobrados do **período de 01/2011 a 05/2011**.

Sob o título “*DA NECESSIDADE DE REVISÃO DA AUTUAÇÃO*” e “*INFRAÇÃO 02*” que afirma tratar-se da acusação fiscal de falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, diz que o Autuante se equivocou por ter incluído na autuação mercadorias sujeitas à Substituição Tributária. Das quais apresenta planilha demonstrativa e requer a exclusão dos produtos que identifica:

1. BALÃO ANIVERSÁRIO - art. 353, inciso II, item 37 do RICMS/BA, no valor de R\$296,71.
2. BRINQUEDOS - art. 353, inciso II, item 37 do RICMS/BA, no valor de R\$452,32.
3. BOLOS - art. 353, inciso II, item 11.4.2 do RICMS/BA, no valor de R\$19.467,72.
4. MACARRÃO INSTANTÂNEO - art. 353, inciso II, item 14.4.1 do RICMS/BA, no valor de R\$122,55.
5. MASSA LASANHA - art. 353, inciso II, item 14.4.1 do RICMS/BA, no valor de R\$310,05.
6. MASSA PASTEL - art. 353, inciso II, item 14.4.1 do RICMS/BA, no valor de R\$5.499,24.
7. MASSA PIZZA - art. 353, inciso II, item 14.4.1 do RICMS/BA, no valor de R\$537,94.

Sobre o título “*CRÉDITO DA ORA IMPUGNANTE*” diz que o Autuante ao lavrar a autuação não considerou o crédito da Impugnante na mesma operação, fato que vicia a autuação. Explica que não foi observado que os mesmos produtos não tiveram o crédito do ICMS a que teria direito a Impugnante relativo ao imposto que incidiu na entrada das referidas mercadorias.

Aduz que tem direito a créditos de mercadorias, tributadas a menor na saída do PDV, que não foram utilizados, quando deveria ter sido utilizado na alíquota correspondente em ambas as operações e diz anexar à presente impugnação planilha com a demonstração que a ora Impugnante não considerou o crédito integral nas entradas das mercadorias, com apuração de crédito no valor de R\$3.720,32, constantes do CD à fl. 53.

Requer que seja abatido da Infração 02 o crédito a que tem direito no valor de **R\$3.720,32** e os valores cobrados indevidamente no total de **R\$26.686,53**.

Em relação à infração 03 que se refere à acusação fiscal de falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas diz que o equívoco da Fiscalização foi não ter considerado o crédito da ora impugnante.

Assevera que a Fiscalização verificou o erro da Impugnante no procedimento adotado na apuração e recolhimento do ICMS em relação aos produtos que não sofreram tributação, porém não observou que os mesmos produtos não tiveram o crédito a que teria direito na entrada das referidas mercadorias.

Afirma que o Impugnante tem direito a créditos de mercadorias tributadas a menor na saída do PDV, que não foram utilizados, quando deveria ter sido utilizado na alíquota correspondente em ambas às operações. Ressalta que anexou uma planilha com a demonstração de que a Impugnante não considerou o crédito integral nas entradas das mercadorias, com apuração de crédito no valor de R\$6.403,09, constantes do CD em anexo à fl. 52.

Requer a homologação do seu crédito pela SEFAZ/BA e que o seu crédito seja abatido do Auto de Infração em relação à infração 03 no valor de R\$6.403,09.

Em relação à **infração 04**, que se refere à aplicação de multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, relativo a mercadorias sujeitas ao regime da Substituição Tributária, devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, entende que o equívoco da Fiscalização foi ter incluído na autuação produtos que não fazem parte do Regime da Substituição Tributária.

1. **CONFITOS** - o item 8.3 do inciso II do art. 353 do RICMS/BA foi revogado e a redação original teve efeitos até 31/12/2008. Portanto, não estava vigente no período autuado no valor de R\$ 933,51.
2. **PAPEL ALUMÍNIO** - não faz parte do Regime da Substituição Tributária. Pede exclusão dos produtos indevidos no valor de R\$682,24.
3. **PAPEL MANTEIGA** - não faz parte do Regime da Substituição Tributária. Pede exclusão dos produtos indevidos no valor de **R\$29,29**.
4. **PIPOCA DOCE** - não faz parte do Regime da Substituição Tributária, consoante item 29 do inciso II do art. 353 do RICMS/BA. Pede exclusão dos produtos indevidos no valor de **R\$187,95**.
5. **REPELENTES** - não faz parte do Regime da Substituição Tributária, consoante art. 353, inciso II, item 36, item 10 do RICMS/BA, **requer a exclusão dos produtos indevidos no valor de R\$235,33**.

Explica que (...) *“DOMISSANITÁRIO é o termo utilizado para identificar os saneantes destinados ao uso domiciliar. Os saneantes são substâncias ou preparações destinadas à higienização, desinfecção ou desinfestação domiciliar, diferente dos REPELENTES UTILIZADOS PARA USO TÓPICO SOBRE A PELE.”*

6. **TAPETES CASA** – não se trata de tapetes automotivos, por isso não está sujeito à substituição tributária, requer a exclusão dos produtos indevidos no valor de R\$1.663,28.

Em relação ao título *“A DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DA DILIGÊNCIA FISCAL PARA REVISÃO DA AUTUAÇÃO”*, defende que diante das incorreções apontadas, e em homenagem aos princípios da verdade material e da ampla defesa, requer o deferimento de uma DILIGÊNCIA FISCAL para que seja feita a análise dos demonstrativos a serem elaborados na fase da diligência, para permitir a elaboração de um novo levantamento do débito, isento do equívoco anteriormente demonstrado, o que certamente culminará na revisão do auto de infração em litígio.

Discorre sobre o princípio da verdade material dizendo ser necessária a exclusão da autuação de valores cobrados indevidamente, em respeito ao princípio da busca da verdade material e evoca o art. 2º, art. 137, I, “a”, art. 145 e 150, inciso I do Decreto nº. 7.629/99 e requer a realização de Diligência Fiscal, através de Auditor Fiscal integrante da ASTEC do CONSEF, que não tenha

participado da Fiscalização que originou o Auto de Infração ora impugnada.

Finaliza pedindo:

“Assim, a ora Impugnante requer, lhe seja permitido provar todo o alegado pelos meios de provas em direito permitidos, principalmente e especialmente, requerendo, desde já, a produção da indispensável e imprescindível prova pericial, apresentando, desde já, a seguir, quesitos para serem respondidos, protestando pela inclusão de outros, que se fizerem necessários até o momento da referida prova.

QUESITOS

1. *Queira o Senhor Perito confirmar se as razões de defesa e os documentos anexados à presente impugnação administrativa constantes do CD em anexo comprovam a necessidade de exclusão da autuação de valores cobrados indevidamente.*
2. *Queira o Senhor Perito confirmar se a ora Impugnante tem direito a créditos de mercadorias, como exemplo o Iogurte Chamyto líquido cítrico, tributadas a 0% na saída do PDV, mas também com utilização de crédito a menor, quando deveria ter sido utilizado 17% (dezessete por cento) em ambas as operações.*
3. *Queira o Senhor Perito elaborar novo demonstrativo do débito com o abatimento do débito do ICMS relativo aos valores cobrados indevidamente.”*

O Autuante se pronuncia às fls. 56 a 74, e afirma que quanto à arguição da preliminar de decadência, tal alegação não merece acolhimento, porquanto, inexistente materialidade que lhe forneça o necessário suporte fático. Afirma que o Art. 173, II do CTN, prevê a contagem do prazo decadencial, a partir do primeiro dia do exercício seguinte e não, da ocorrência do fato gerador, porque nos casos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, e que não cabe a aplicação da regra é a disposta no Art. 150 Parag. 4º do CTN porquanto, mais específica. Reproduz decisões jurisprudenciais do STJ no mesmo sentido de entendimento.

Concluiu pedindo pelo não provimento do pedido do contribuinte quanto ao reconhecimento da decadência em relação ao lançamento do período compreendido entre 01/01/2011 a 30/06/2011.

Em relação à Infração 02, o Autuante refuta as alegações defensivas a partir do quadro sinótico abaixo, em que diz apresentar detalhadamente suas razões:

Produto	NCM	Situação Tributária	Status/Infração
Balão de Aniv.	95.030.099	Tributação Normal – ICMS	Mantida Totalmente
Brinquedos *	-----	Não consta como ITEM	Mantida Parcialmente
Bolos*	1905.	Antecipação Trib. -ICMS	Mantida Parcialmente*
Macarrão Inst.	1902.1	Tributação Normal – ICMS	Mantida Totalmente
Massa Lasanha	1902.	Tributação Normal – ICMS	Mantida Totalmente
Massa Pastel	1902.	Tributação Normal – ICMS	Mantida Totalmente
Massa Pizza	1902.	Tributação Normal – ICMS	Mantida Totalmente

- **BALÃO DE ANIVERSÁRIO** – Produto submetido ao regime de tributação **Normal**, sob o código de NCM – 9503.0099, **refuta** a pretensão da Impugnante quanto à sua classificação como produto enquadrado no Regime de Antecipação Tributária. O **Parecer GECOT/DITRI Nº 23324/2012** de 02/10/2012, ora juntado ao presente PAF, a título de comprovação material da nossa afirmativa, atestando o inequívoco acerto da autuação aplicada;

- **BRINQUEDOS** – De início, registra a impropriedade cometida pela Impugnante em sua peça defensiva acostada à fl. 29 do PAF ora em lide, ao evocar generalizadamente o grupo “**BRINQUEDOS**”, haja vista, que este é gênero e não espécie. Afirma poder ser observado no **Anexo 02** que não consta o Item Brinquedos e sim, algumas espécies do gênero, não citadas na peça defensiva, apenas no “Doc 03” que informa a peça defensiva da Autuada, constituindo-se assim, em vício processual.

Todavia, aduz que foram reconhecidas como pertinentes as alegações alusivas ao produto BRINQUEDO a mercadoria “**BARRACA BEN10 BUNGGE 437**” que efetivamente, são classificados como Brinquedos NCM 9503.00.99 que foram objeto de **expurgo** dos valores significativos, através do zeramento das suas cobranças originárias, mantidas, todavia, a sua grafagem agora tarjada, para melhor identificação do acerto do direito.

Quanto aos demais produtos, especificados como BOIA INTEX C/CABEÇA ZOO 58221 não se enquadram em tal classificação, pois apresentam, NCM 9506.99.00. E diz que, para comprovar fez juntada ao presente Processo, de cópias do catálogo “INTEX” dos produtos em questão e opina pela manutenção da cobrança originária.

- **BOLOS** – Reconhece **parcialmente** a pertinência das alegações de defesa da Autuada, porquanto, os produtos em comento (Bolos), efetivamente, encontram-se enquadrados no Regime de Antecipação Tributária, (Item 05-B do Anexo 86 –Dec. 6.284/97 - RICMS-Ba).

Ressalva, todavia, que o critério utilizado pela Autuada, não pode ser acatado totalmente, pelo fato de que alguns Bolos, não utilizam como matéria-prima, a Farinha de Trigo, que é condição determinante para o seu enquadramento no Regime de Antecipação Tributária.

Remata dizendo que promoveu os competentes expurgos dos valores atinentes aos itens objeto de indevida cobrança, mantendo porém a planilha com a mesma conformação inicial e identificando através de tarja, todos os valores anulados (zerados), para possibilitar a perfeita identificação quanto às correções efetuadas.

- **MACARRÃO INSTANTÂNEO** – diz que em sua essência é outra espécie, que não Macarrão Instantâneo, e sim, Massa Fresca, que se acha submetida, ao regime de tributação normal. Afirmar manter integralmente a cobrança acerca dos produtos Massa Caseira Kunszler Tagliar 500g, apelidada pela Impugnante como sendo Macarrão Instantâneo.

- **MASSA LASANHA, MASSA PIZZA e MASSA PASTEL** – refuta as alegações defensivas da Autuada, interpostas às fls. 31 e 32 do PAF, diz ser contrário ao enquadramento destes produtos como submetidos ao regime de Antecipação Tributária.

Rechaça totalmente as alegações defensivas apresentadas pela Autuada explicando que os produtos Massa Lasanha, Massa Pizza e Massa Pastel, assim genericamente intitulado pela Autuada, em sua peça defensiva (fls. 31 e 32 do PAF) não se encontram enquadrados no Regime de Antecipação Tributária, por se tratarem de massa fresca, excetuadas de tal regime, conforme disposição constante no Item 05-B do Anexo 86 – Dec. 6.284/97 – RICMS-Ba. Diante do exposto, reafirma a manutenção total da cobrança originária.

Quanto às postulações interpostas pela Autuada, às fls. 33 e 34 do PAF, pugnando por um suposto “CRÉDITO DA ORA IMPUGNANTE”, o Autuante refuta a tese defendida dos créditos a que teria direito, pela não apropriação, quando da apuração do imposto (ICMS), porquanto, além de extrapolar a competência legal do Autuante, os créditos a serem utilizados, dependem de análise posterior em processo apartado, tendo em vista a sua extemporaneidade, submetidos que estão, aos ditames dos Art. 101 do Dec. nº 6.284/97; e Arts. 314 e 315 do Dec. 13.780/12, todos do RICMS-BA;

Diz ainda que se acatado o pedido para compensação dos créditos, “*implicaria em atribuir ao preposto fiscal autuante, a obrigação de pagar, os procedimentos fiscais da Autuada, em período posterior aos fatos geradores e promover compensações extemporâneas de créditos pretéritos, cuja apropriação tempestiva era de obrigação da Impugnante, conforme disposição legal. Todavia, mesmo em detrimento da impertinência temporal da pretensão da Suplicante, no curso do presente Processo, remanesce ainda assim, o seu direito de ulterior postulação para uso dos créditos extemporâneos pretendidos, todavia, requerido tal direito em processo apartado do PAF, ora em lide, os quais, ficam sujeitos à verificação fiscal pertinente e à obediência aos regramentos estabelecidos para a contagem do prazo decadencial.*”

Aduz que promoveu a confecção de um novo Demonstrativo de Débito intitulado como **ANEXO 02 – CORRIGIDO**, ora juntado ao PAF em lide, sob a forma de Mídia Gravada (CD), em substituição

ao originário Anexo 04, fl. 92, que inicialmente instruíra o Processo em questão. Desta sorte, remanesceu um crédito tributário em favor a Fazenda Pública Estadual no valor de R\$34.190,66 alusivos à Infração 02.

Quanto à Infração 03, versa sobre a aplicação por parte da Autuada, de alíquota diversa da prevista na legislação sobre operações de saídas de mercadorias, resultando em um débito fiscal de ICMS para com a Fazenda Pública Estadual, no montante de R\$28.484,45. Quanto à alegação de que “não tiveram o crédito a que tem direito a ora impugnante na entrada das referidas mercadorias”, afirma o Autuante refutar todas as alegações defensivas e diz que servem como constatação às alegações defensivas relativas a esta infração, todas as suas contestatórias, apresentadas em relação à **Infração 02**, porquanto, são perfeitamente adequadas para redarguir as pugnações defensivas interpostas pela insurgente, contra a autuação em comento.

Complementa apresentando uma ilustração das situações tributárias nos moldes ocorrido e real não-ocorrido, cujo cotejamento dos valores apurados nas simulações, diz demonstrar o acerto.

Diz que, é inequívoco seu acerto em refutar a pretensão da Autuada, quanto ao acatamento do crédito extemporâneo, atinente à Infração 02 e na cobrança da Infração 03.

Quanto à infração 04 acerca da alegação defensiva de que a fiscalização, ao aplicar a multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, relativo a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, equivocou-se por ter incluído na autuação produtos que não fazem parte do Regime de Substituição Tributária, frisa que mais uma vez a Autuada incorre no vício formal (fls. 35 a 38 do PAF) em evocar gêneros, em detrimento das espécies, sendo que a especificação dos Itens consta individual e detalhadamente no Anexo, correspondente à infração 04. Porém reconhece que não obstante essa questão de cunho formal foi possível identificar os produtos alegados na planilha constante do Doc. 03, fls. 52 e analisar a pertinência ou, não, das suas alegações.

CONFEITOS - trata-se de produto composto de **Chocolate**, com NCM 1806.31.10 e como tal, submetido, ao Regime de Antecipação Tributária, constando nos Itens 8 e 8-A do Anexo 88 – Dec. 6.287/97 – RICMS-Ba. Conforme **PARECER GECOT/DITRI Nº 07897/2011**;

PAPEL ALUMÍNIO - trata-se de produto classificado com a NCM 7607.11.90 e como tal, submetido, ao Regime de Antecipação Tributária, constando no **Protocolo ICMS 109/09**, do qual o Estado da Bahia é signatário. Mantemos a cobrança originária do Item;

PAPEL MANTEIGA – trata-se de produto classificado com a NCM 4806.20.00 e como tal, submetido, ao Regime de Antecipação Tributária, constando no **Protocolo ICMS 109/09**, do qual o Estado da Bahia é signatário. Mantemos a cobrança originária do Item;

PIPOCA DOCE – O Autuante reconhece a procedência das alegações da Autuada, o produto em tela, classificado sob a NCM 1904.10.00 não se encontra sujeito ao regime de Antecipação Tributária;

REPELENTES - Reconhece **parcialmente** as alegações da Autuada, somente encontram-se enquadrados no regime de Antecipação Tributária, os Repelentes de uso **DOMISSANITÁRIO**. Concorde que os produtos de uso tópico, como as loções não são alcançadas pelo regime de Antecipação Tributária. Conforme **PARECER GECOT/DITRI Nº 18219/2011**.

TAPETES CASA – Afirma que parte das mercadorias objeto da autuação em relação a este produto encontram-se efetivamente submetidos ao Regime de Antecipação Tributária, constando no **Protocolo ICMS 104/09**. Apresenta quadro sinótico, para ilustrar os produtos excluídos em virtude da pluralidade das espécies que integram o gênero (Tapetes), inclusive, constando inadequadamente, até produtos de uso automotivo. Quanto a este item, o Autuante concordou apenas em excluir o produto TAPETE ARTHI MOSAICO de NCM 2921.19.99. Assim sendo, remanesceu ainda um crédito tributário de ICMS em favor da Fazenda Pública Estadual, no montante de **R\$15.991,52** alusivos à **Infração 04**.

Explica ter deixado de analisar o pedido de diligência, por entender que a apreciação de tal pleito

extrapola o seu campo de competência legal.

Em conclusão afirma que:

*“Diante do reconhecimento tácito da Impugnante, quanto a procedência das **Infração 01** - (R\$6.691,54); do acatamento parcial do Autuante quanto as razões e defesa interpostas pela Autuada, insurgentes contra as **Infração 02** - (R\$ 34.190,66) e **Infração 04** - (R\$15.991,52) ; e da manutenção integral da Infração 03 - (R\$28.484,45), remanesceu um crédito tributário Total de ICMS, em favor da Fazenda Pública Estadual no montante de **R\$85.358,17 (oitenta e cinco mil, trezentos e cinquenta e oito reais e dezessete centavos)**, a serem acrescidos dos consectários legais pertinentes.”*

A defesa volta a se pronunciar às fls. 97 a 109, reitera a sua preliminar de decadência para o período de 01/2011 a 05/2011, repetindo os mesmos argumentos defensivos, conforme razões expostas na sua peça de impugnação, insistindo em defender a aplicação da regra prevista no art. 150, §4º, do CTN que prevê a contagem do prazo decadencial de 5 (cinco) anos a partir da ocorrência do fato gerador. E reafirma também o pedido de diligência.

Em relação à infração 02 reafirma que houve equívoco da Fiscalização por ter incluído mercadorias sujeitas à Substituição Tributária e questiona a informação prestada pelo Autuante conforme passo a relatar:

BRINQUEDOS – diz que o Autuante informou que reconheceu como pertinentes as alegações alusivas ao produto BARRACA BEN10 BUNGE 437 que efetivamente é classificado como Brinquedo com NCM 9503.00.99, em relação ao qual informa que foram expurgados os valores cobrados indevidamente, através do zeramento das suas cobranças originárias.

BOLOS – informa que reconheceu parcialmente a pertinência das alegações da defesa, porquanto os produtos em comento (Bolos), efetivamente, encontram-se enquadrados no Regime da Substituição Tributária. Todavia, lembra que o Autuante informou que o critério não pode ser utilizado de forma generalizada pelo fato de que alguns bolos não utilizam como matéria-prima a Farinha de Trigo, dizendo ser esta a condição determinante para o seu enquadramento no Regime da Antecipação Tributária, tendo realizado os expurgos dos valores atinentes aos itens objeto de indevida cobrança.

MACARRÃO INSTANTÂNEO – frisa que o Autuante informou que o produto na verdade é Massa Fresca que se acha submetida ao regime de tributação normal, e manteve integralmente a cobrança acerca do produto Massa Caseira Kunszler Tagliar 500g, considerado pela autuada como sendo Macarrão Instantâneo.

Aduz que o produto necessita ser excluído da infração porque está enquadrado no Regime da Substituição Tributária, conforme **art. 353, inciso II, item 14.4.1 do RICMS/BA**.

*Assevera ter anexado a “planilha SAIDA DE MERCADORIA TRIBUTADA SEM TRIBUTAÇÃO com a indicação do produto MASSA INST e a indicação do **tipo** MACARRÃO INSTANTANEO, bem como o ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS DO ESTADO DA BAHIA – RICMS/BA – MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO OU ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA com a indicação do produto PRODUTOS DERIVADOS DE FARINHA DE TRIGO **com a** NCN 1902.1, bem como as ilustrações do produto conforme fornecedor (DOC. ANEXADO À DEFESA).”*

MASSA LASANHA, MASSA PASTEL e MASSA PIZZA - Insiste que estes produtos necessitam ser excluídos da infração porque estão enquadrados no Regime da Substituição Tributária, conforme **art. 353, inciso II, item 14.4.1 do RICMS/BA**.

Afirma ter anexado “planilha SAIDA DE MERCADORIA TRIBUTADA SEM TRIBUTAÇÃO com a indicação dos produtos LASANHA e a indicação do **tipo** MASSAS LASANHA, bem como o ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS DO ESTADO DA BAHIA – RICMS/BA – MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO OU ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA com a indicação do produto **PRODUTOS DERIVADOS DE FARINHA DE TRIGO com NCM 1902.1**, bem como as ilustrações do produto conforme fornecedor (DOC. ANEXADO À DEFESA).”

A autuada reiterou seu direito ao crédito não computado na ação fiscal, fato que entende viciar a

autuação. Explica que em relação aos produtos que não sofreram tributação na saída, o Autuante não observou que os mesmos produtos não tiveram o crédito a que tem direito a autuada na entrada das referidas mercadorias. Frisa que anexou uma planilha com a demonstração que a ora Impugnante não considerou o crédito integral nas entradas das mercadorias, com apuração de crédito e que os valores constantes na coluna “defesa”, nessas infrações, referem-se aos créditos levantados, por amostragem, pela autuada. Requer, por questão de justiça fiscal, a homologação do seu crédito pela SEFAZ/BA e que o seu crédito seja abatido do Auto de Infração impugnado, e os valores cobrados indevidamente.

Em relação à infração 03 afirma que, tal qual ocorreu na infração 02, o equívoco do Autuante foi não ter considerado o crédito da autuada nos cálculos. Diz ter anexado uma planilha com a demonstração de que a autuada não considerou o crédito integral nas entradas das mercadorias, com apuração de crédito. Requer a homologação do seu crédito pela SEFAZ/BA e que o mesmo seja abatido do Auto de Infração impugnado.

Em relação à infração 04 que trata de multa pela falta de antecipação tributária reitera que o Autuante incluiu na autuação produtos que não fazem parte do Regime da Substituição Tributária, e passa a discorrer sobre a informação fiscal.

CONFEITOS – Lembra que o Autuante informou que a mercadoria M&M Chocolate trata-se de produto composto de Chocolate, com NCM 1806.31.10 e como tal, submetido, ao Regime de Antecipação Tributária. Discorda e pede que este produto seja excluído da infração porque não está enquadrado no Regime da Substituição Tributária, diz que o item 8.3 do inciso II do art. 353 do RICMS/BA foi revogado e a redação original teve efeitos até 31/12/2008.

PIPOCA DOCE – frisa que o Autuante reconheceu a procedência das alegações defensivas da autuada, porquanto, efetivamente, o produto em tela, classificado com a NCM 1904.10.00 não se encontra sujeito ao Regime de Antecipação Tributária e que foram promovidos os competentes expurgos dos valores cobrados indevidamente.

REPELENTES – destaca que o Autuante reconheceu parcialmente a procedência das alegações defensivas da autuada, porquanto, somente encontram-se enquadrados no Regime da Antecipação Tributária, os Repelentes de uso DOMISSANITARIO, ou seja, aqueles aplicados no espaço ambiental, para controle de pragas ou insetos nocivos à saúde ou capazes de proporcionar o bem estar humano, e que os produtos de uso tóxico, como as loções, não são realmente alcançados pelo Regime de Antecipação Tributária. Tendo promovido os expurgos devidos dos valores alusivos aos repelentes de uso tóxico (loções).

TAPETES CASA – lembra que o Autuante reconheceu parcialmente a procedência das alegações defensivas da autuada, porquanto, parte das mercadorias objeto da autuação em tela, estão efetivamente submetidas ao Regime de Antecipação Tributária, tendo sido procedidos os necessários expurgos através da supressão dos valores cobrados indevidamente.

Ao final reitera o seu requerimento que seja dado INTEGRAL PROVIMENTO à Impugnação Administrativa, a fim de que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

O Autuante volta a se pronunciar à fl. 113, em segunda informação fiscal, e afirma que “a nova peça recursiva da Autuada, não traz ao Processo, quaisquer outros fatos novos, senão, os já sobejamente redarguidos na Informação Fiscal originária, juntada às fls. 56 a 74 do PAF em comento.”

Acrescenta que reafirma todas as informações prestadas anteriormente, através da peça contestatória inicial (fls. 56 a 74 do PAF) e pugna pela manutenção parcial do Auto de Infração correspondendo a um crédito tributário de ICMS em favor da Fazenda Pública Estadual, no valor de R\$85.358,17.

A defesa apresenta novo arrazoado às fls. 119 a 128, diz que o Autuante deixou de se manifestar sobre fundamento relevante apontado pela autuada na sua manifestação anterior em relação à 1ª Informação Fiscal, e repete as demais alegações que constam das peças anteriores.

Em relação a tese da decadência, a autuada coloca em destaque recentíssimo julgamento do Auto de Infração nº 279757.0085/15-0, pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, conforme Acórdão CJF nº 0265-11/16, no qual foi reconhecida a decadência do lançamento do crédito tributário pela aplicação do §4º do art. 150 do CTN 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 da autuada que diz estar em anexo.

Assevera que houve mudança de posição do CONSEF sobre decadência no julgamento do referido PAF, em função da Súmula Vinculante nº 8 do STF (publicada em 20/06/2008), a qual fixou o entendimento de que as normas tributárias atinentes ao prazo decadencial somente podem ser veiculadas por lei complementar federal, e transcreve excertos do voto.

Reitera que seja reconhecida a decadência parcial dos valores cobrados no Auto de Infração ora impugnado, excluindo-se os valores cobrados do **período de 01/2011 a 05/2011**.

Reafirma a necessidade de revisão da autuação após a informação fiscal e diz que em sua 1ª Informação Fiscal o Autuante considerou improcedente as alegações da autuada referentes aos itens "Massas" e "Confeitos", que estão sujeitas a Antecipação no Anexo 88 do Decreto nº 6.287/97 do RICMS/BA, vigente em 2011.

Em relação à infração 02 repete que o Autuante incluiu no levantamento fiscal mercadorias sujeitas à Substituição Tributária. E aponta:

MASSA LASANHA, MASSA PASTEL e MASSA PIZZA – diz que estes produtos necessitam ser excluídos da infração porque estão enquadrados no Regime da Substituição Tributária, conforme art. 353, inciso II, item 14.4.1 do RICMS/BA. Diz que anexou uma planilha denominada SAÍDA DE MERCADORIA TRIBUTADA SEM TRIBUTAÇÃO com a indicação dos produtos LASANHA e a indicação do tipo MASSAS LASANHA, bem como o ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS DO ESTADO DA BAHIA – RICMS/BA – MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO OU ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA com a indicação do produto PRODUTOS DERIVADOS DE FARINHA DE TRIGO com NCM 1902.1, bem como as ilustrações do produto conforme fornecedor (DOC. ANEXADO À DEFESA).

Ressalta que o Autuante refutou a pretensão da Impugnante quanto ao abatimento do seu crédito e informou que promoveu a efetivação dos expurgos reconhecidos como pertinentes.

Em relação à infração 04, trata do produto **CONFEITOS afirmando** que não faz parte do Regime da Substituição Tributária, porquanto, a mercadoria objeto da autuação (M&M Chocolate) trata-se de produto composto de Chocolate, com NCM 1806.31.10 e como tal, submetido, ao Regime de Antecipação Tributária, e requer que este produto seja excluído da infração, pois o item 8.3 do inciso II do art. 353 do RICMS/BA foi revogado e a redação original teve efeitos até 31/12/2008. Portanto, não estava vigente no período autuado.

Ao final reitera o seu requerimento para que seja dado INTEGRAL PROVIMENTO à Impugnação Administrativa, a fim de que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

À fl. 145 o colegiado da 2ª JJF se pronunciou pela diligência à infaz de origem objetivando que o Autuante se pronuncie a respeito da manifestação da defesa constante das fls. 119 a 128.

O Autuante em função da diligência solicitada pelo colegiado da 2ª JJF, representado pelo Auditor Fiscal Jorge Jesus de Almeida, cad. 206886-5, apresentou a sua terceira informação fiscal que consta das fls. 149 e 150. Diz que a última peça recursiva da Autuada não trouxe ao Processo fatos novos, a exceção da informação quanto a mudança de posicionamento do Conselho de Fazenda Estadual do Estado da Bahia (Consef-Ba), acerca do início da contagem do prazo decadencial, previsto no §4º do Art. 150 do CTN, em detrimento do entendimento anterior, constante no Art. 173, I do mesmo CTN (Lei nº 5.172 de 25/10/1966), aludindo e fazendo juntada de cópia do Acórdão CJF nº 0265-11/16, que decidiu pela alteração do entendimento anterior.

Reafirma **todas** as informações prestadas anteriormente, e pugna pela remessa do presente Processo, para apreciação pelo órgão julgador administrativo (Consef-Ba), competente para

dirimir a questão.

Pede pela **manutenção parcial do Auto de Infração nº 206911.3000/16-0**, correspondendo a um crédito tributário de ICMS em favor da Fazenda Pública Estadual, no valor de **R\$85.358,17**.

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Inicialmente registro que não consta dos autos qualquer menção quanto à impugnação da infração 01 - 01.02.03 – Utilização indevida de crédito fiscal em relação à aquisição de mercadorias isentas do ICMS. No valor de R\$6.691,54, referente ao período de novembro e dezembro de 2011, portanto resta incontroversa esta infração deve ser apartada da presente demanda.

Ainda em sede de preliminar voto pelo não acolhimento do pedido de diligência fiscal, por considerar que todos os elementos para a perfeita cognição sobre a presente contenda já se encontram inseridos nos autos.

Em relação à decadência das infrações 02, 03 e 04, que foi suscitada em relação ao período de 01/2011 a 05/2011, por entender a defesa de que deve ser aplicada ao caso a contagem de prazo prevista no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN, decido aplicar à decisão a inteligência do item 6 do “Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0”, que orienta:

“6. Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0

Entendimento firmado: 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.

Ressalva: 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.”

Portanto, considerando que o contribuinte, nas três infrações (02, 03 e 04), declarou a ocorrência do fato jurídico tributário através de escrituração e procedeu a apuração regular do ICMS mensal devido, mas apenas por equívoco ou por desconhecimento efetuou o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas, voto pela declaração de decadência em relação ao período de 01/2011 a 05/2011, por considerar que o prazo decadencial de 5 (cinco) anos deva-se contar a partir da ocorrência do fato gerador, com espeque no § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN.

Antes de adentrar ao exame de mérito, se faz pertinente examinar a questão suscitada pela defesa que é comum às infrações 02 e 03, que se trata do seu pleito para compensação do crédito que diz não ter sido apropriado quando da entrada das mercadorias objeto das infrações retro citadas. Pois afirmou a defesa que considerando o tratamento tributário que deu às mercadorias, ou seja, em relação às relacionadas na infração 02 por entender substituídas na saída, e na infração 03 por considerar beneficiada com redução da base de cálculo, não computou o crédito como deveria pelas entradas. Voto por indeferir este pleito por se tratar de crédito extemporâneo o qual tem o ritual próprio para sua requisição e apropriação, devendo por isso ser objeto de requerimento específico e se submeter a uma auditoria própria (art. 315 do RICMS) que não cabe no curso de uma auditoria fiscal. Veja:

Art. 315. A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314 dependerá de

autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte.

§ 1º Formulado o pedido de autorização para escrituração extemporânea de crédito e não havendo deliberação no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da sua protocolização, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do respectivo valor;

§ 2º Sobrevindo decisão contrária ao pleito, o contribuinte, no mês da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis.

3º A escrituração dos créditos autorizada pelo fisco ou nos termos do § 1º deste artigo deverá ser realizada em tantas parcelas mensais, iguais e consecutivas, quantos tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar.

Analisando a Infração 02 que trata da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributadas como não tributadas, verifico que as alegações da defesa, com exceção do pleito em relação aos créditos já analisado, se concentram em relação à situação tributária dos produtos que a defesa entende se tratem de produtos sujeitos à substituição tributária, que especifica como: BALÃO ANIVERSÁRIO, BRINQUEDOS, BOLOS, MACARRÃO INSTANTÂNEO, MASSA LASANHA, MASSA PASTEL, MASSA. Os quais serão analisados a seguir:

BALÃO DE ANIVERSÁRIO – é um produto submetido ao regime de tributação normal conforme Parecer GECOT/DITRI Nº 23324/2012, portanto resta afastada a pretensão da defesa quanto a estas mercadorias;

BRINQUEDOS – Em relação ao Item Brinquedos reconheço como pertinentes as alegações alusivas ao produto “BARRACA BEN10 BUNGGE 437” que efetivamente, são classificados como Brinquedos NCM 9503.00.99 e BOIA INTEX C/CABEÇA ZOO 58221, que apesar de constar com o NCM 9506.99.00, a BOIA INTEX C/CABEÇA ZOO 58221 pela sua configuração, conforme fotos apresentadas pela defesa, considero que de fato se tratam de brinquedo e não artigos para pesca como sugere o NCM adotado. Devendo ser excluído do levantamento fiscal os produtos constantes da planilha abaixo:

INFRAÇÃO 02 - BRINQUEDOS

MÊS_ANO	DESCRIÇÃO	ICMS DEVIDO
mar/11	BOIA INTEX C/CABECA ZOO 58221	decaiu
abr/11	BOIA INTEX C/CABECA ZOO 58221	decaiu
mai/11	BOIA INTEX C/CABECA ZOO 58221	decaiu
jun/11	BOIA INTEX C/CABECA ZOO 58221	26,93
jul/11	BOIA INTEX C/CABECA ZOO 58221	3,37
ago/11	BOIA INTEX C/CABECA ZOO 58221	8,42
set/11	BOIA INTEX C/CABECA ZOO 58221	13,46
out/11	BARRACA BEN10 BUNGGE 437	135,83
out/11	BOIA INTEX C/CABECA ZOO 58221	13,46
nov/11	BARRACA BEN10 BUNGGE 437	30,57
dez/11	BARRACA BEN10 BUNGGE 437	67,99
		300,02

BOLOS – acompanho o Autuante e reconheço a pertinência das alegações de defesa da Autuada em relação aos “Bolos” produzidos com farinha de trigo, pois nesta condição estão efetivamente encontram-se enquadrados no Regime de Antecipação Tributária, conforme “Item 05-B do Anexo 86 –Dec. 6.284/97 - RICMS-Ba” e Protocolo 50/05. Devendo ser excluído os seguintes produtos BOLO BEBE GB KG; BOLO C/ FRUTAS GB KG; BOLO C/PASSAS GB KG; BOLO C/PASSAS GB UND; BOLO DE ABACAXI GB KG; BOLO DE AMEIXA GB KG; BOLO DE BANANA GB KG; BOLO DE CENOURA GB KG; BOLO DE CHOCOLATE GB KG; BOLO DE COCO GB KG; BOLO DE LARANJA GB KG; BOLO DE OVOS COMUM GB; BOLO DE OVOS GB KG; BOLO HIPER CHOCOLATE GB KG; BOLO HIPER COMUM GB KG, que representam os seguintes valores:

MÊS_ANO	DESCRIÇÃO	EXCLUSÃO
04/2011	BOLO	DECAIU
05/2011	BOLO	DECAIU
06/2011	BOLO	1.593,58
07/2011	BOLO	1.627,87
08/2011	BOLO	1.439,11
09/2011	BOLO	1.612,49
10/2011	BOLO	1.805,67
11/2011	BOLO	2.595,42
12/2011	BOLO	5.218,05
TOTAL	BOLO	15.892,18

MACARRÃO INSTANTÂNEO, MASSA LASANHA, MASSA PASTEL, MASSA – Verifiquei que o produto MACARRÃO INSTANTÂNEO não se encontra no levantamento fiscal, contudo, se estivesse estaria incluído na substituição tributária, juntamente com MASSA FRESCA, pois tratando-se de massas alimentícias derivadas de farinha de trigo, estão enquadrados no regime de substituição tributária conforme disciplinado no Protocolo ICMS 50/05 e no Anexo 1 do RICMS/BA, excetuando-se, entretanto, as operações de comercialização das massas alimentícias recheadas, cozidas ou preparadas de outro modo, a exemplo das massas alimentícias, que estão excluídas do regime de substituição tributária, segundo PARECER DITRI/GECOT N.º 30246/2017.

Sendo assim, me filio à posição do Autuante em não considerar como integrantes do regime de substituição tributária os produtos a seguir: MASSA CASEIRA KUNZLER TANGLIAR 500G; MASSA LASANHA PASTICREM 500G; MASSA LASANHA PAULISTA FORNO 500G; MASSA PASTEL G BARBOSA 200G; MASSA PASTEL G BARBOSA 400G; MASSA PASTEL ITAMASSAS 200G; MASSA PASTEL ITAMASSAS QUAD 1KG; MASSA PASTEL ITAMASSAS RED 1KG; MASSA PASTEL MAGO 200G; MASSA PASTEL MAGO 500G; MASSA PASTEL MAGO QUADRADA 1KG; MASSA PASTEL MAGO ROLO 1KG; MASSA PASTEL PASTICREM 200G; MASSA PASTEL PASTICREM ANIV 500G; MASSA PASTEL PASTICREM COML 500G; MASSA PASTEL PASTICREM FAMILIA 500G; MASSA PASTEL PASTICREM IND 500G; MASSA PASTEL PAULISTA FESTA 200G; MASSA PASTEL PAULISTA REDONDA 1KG; MASSA PASTEL PAULISTA REDONDA 500G; MASSA PASTEL PAULISTA ROLO 1KG; MASSA PIZZA PASTICREM L3P2 280G; MASSA PIZZA PAULISTA BROTINHO 300G. Tendo em vista se tratar de produtos pré-cozidos.

Destarte, a infração 02, considerando às exclusões dos produtos brinquedos e bolos e o período objeto de decadência referente janeiro/11 a maio/11, fica reduzida de R\$53.613,22 para R\$15.115,38, conforme demonstrativo a seguir:

MR	ORIG.	EXCLUSÃO	DEVIDO
jan/11	2.832,77	2.832,77	0,00
fev/11	8.561,79	8.561,79	0,00
mar/11	2.698,15	2.698,15	0,00
abr/11	4.011,58	4.011,58	0,00
mai/11	4.201,35	4.201,35	0,00
jun/11	3.891,63	1.620,50	2.271,13
jul/11	3.570,62	1.631,24	1.939,38
ago/11	3.485,44	1.447,52	2.037,92
set/11	3.912,48	1.625,95	2.286,53
out/11	4.640,88	1.954,97	2.685,91
nov/11	4.700,09	2.625,98	2.074,11
dez/11	7.106,44	5.286,03	1.820,40
TOTAL	53.613,21	38.497,83	15.115,38

Em relação Infração 03 - 03.02.02, que acusa a Impugnante de haver recolhido a menos o ICMS devido em razão da aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação para as saídas da mercadoria. Afasto o pleito em relação ao crédito que a Impugnante diz ter deixado de se apropriar pelas entradas das mercadorias objeto desta infração, pois, conforme já explicado

acima, trata-se de pleito que exige um ritual próprio, disciplinado pelo art. 315 do RPAF/2012.

Em relação à infração 03 voto, portanto, pela declaração de decadência em relação ao período de 01/2011 a 05/2011, por considerar que o prazo decadencial de 5 (cinco) anos deva-se contar a partir da ocorrência da fato gerador, com espeque no §4º do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN, que representa o valor de R\$7.855,39, como também pela exclusão dos produtos BRINQUEDOS e BOLO, conforme demonstrado acima. Assim, fica a Infração 03 reduzida de R\$28.484,45 para R\$20.629,06.

Em relação à infração 04 que se refere a 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, verifico que a defesa arguiu que os produtos que elencou, como: CONFEITOS, PAPEL ALUMÍNIO, PAPEL MANTEIGA, PIPOCA DOCE, REPELENTES, TAPETES CASA, deveriam ser excluídos do elenco da infração 04 por não se tratar de mercadorias substituídas, nesse sentido vamos analisar a pertinência da alegação em relação a cada um dos produtos arguidos pela defesa.

Em relação ao produto “CONFEITOS”, concordo com a posição do Autuante, pois essa terminologia quando utilizada no item 8.3 do inciso II do art. 353 do RICMS/BA que foi revogado e que teve efeitos até 31/12/2008, não se refere ao produto objeto da autuação, pois este se refere a produto composto de Chocolate, com NCM 1806.31.10 e como tal, submetido, ao Regime de Antecipação Tributária, constando nos Itens 8 e 8-A do Anexo 88 – Dec. 6.287/97 – RICMS-Ba. Portanto voto pela sua manutenção na infração 04;

Quanto ao produto “PAPEL ALUMÍNIO” e “PAPEL MANTEIGA” verifico que se tratam de artigo de papelaria, sendo assim procede a afirmação do Autuante de que estes produtos estariam na substituição tributária em função do Protocolo ICMS 109/09, por isso voto pela manutenção destes produtos do levantamento fiscal.

De referência ao produto PIPOCA DOCE, acato as alegações defensivas e acompanho o opinativo do Autuante ao reconhecer a procedência das alegações da Autuada quanto ao produto em tela, que por estar classificado sob a NCM 1904.10.00 não se encontra sujeito ao regime de Antecipação Tributária, implicando na exclusão do produto indevido no valor de R\$187,95.

Em relação ao produto REPELENTE, acompanho o Autuante que reconhece parcialmente as alegações da Autuada, admitindo que somente se encontrem enquadrados no regime de Antecipação Tributária, os repelentes de uso DOMISSANITÁRIO. Concorde que os produtos de uso tópico, como as loções não são alcançadas pelo regime de Antecipação Tributária. Conforme PARECER GECOT/DITRI Nº 18219/2011.

Quanto ao produto TAPETES CASA concordo com o Autuante que parte das mercadorias objeto da autuação em relação a este produto encontra-se efetivamente submetido ao Regime de Antecipação Tributária, constando no Protocolo ICMS 104/09. Voto que seja excluído apenas o produto TAPETE ARTHI MOSAICO de NCM 2921.19.99.

Assim sendo, em relação à infração 04, voto portanto, pela declaração de decadência em relação ao período de 01/2011 a 05/2011, por considerar que o prazo decadencial de 5 (cinco) anos deva-se contar a partir da ocorrência do fato gerador, com espeque no §4º do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN, que representa o valor de R\$5.860,65. Como também pela exclusão parcial dos produtos REPELENTE DOMISSANITÁRIO, PIPOCA DOCE e TAPETE ARTHI MOSAICO, conforme demonstrado acima. Assim, fica a Infração 04 reduzida de R\$16.449,95 para R\$9.993,07. Conforme demonstrado abaixo;

MÊS	ORIGINAL	EXCLUSÃO	FINAL
jun/11	681,54	25,93	655,61
jul/11	1.274,29	182,93	1.091,36
ago/11	2.591,60	123,01	2.468,59

set/11	3.079,58	68,85	3.010,73
out/11	936,03	26,35	909,68
nov/11	733,96	70,37	663,59
dez/11	1.292,30	98,80	1.193,50
TOTAL	10.589,30	596,23	9.993,06

Destarte, voto pela procedência parcial deste Auto de Infração implicando que o valor original seja reduzido de R\$105.239,16 para R\$52.429,05, conforme demonstrado a seguir:

	REDUÇÃO	
	DE	PARA
INFRAÇÃO 01	6.691,54	6.691,54
INFRAÇÃO 02	53.613,22	15.115,38
INFRAÇÃO 03	28.484,45	20.629,06
INFRAÇÃO 04	16.449,95	9.993,06
TOTAL	105.239,16	52.429,05

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 **206911.3000/16-0**, lavrado contra a empresa **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$42.435,98**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$9.993,06**, prevista no inciso II, “d” do mesmo dispositivo legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala de Sessões do CONSEF, 26 de junho de 2018.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA - JULGADOR