

PROCESSO - A. I. Nº 298958.0034/17-8
RECORRENTES - FAZENDA PUBLICA ESTADUAL e CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
RECORRIDOS - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA. e FAZENDA PUBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0143-05/18
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 29/11/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0280-12/19

EMENTA. ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA INTEGRAR O ATIVO PERMANENTE DO ESTABELECIMENTO. Nos 2 primeiros meses, houve decadência; houve comprovação do estorno de crédito no livro de apuração, no que foi acatado pelo autuante. Não há reparos a fazer na redução do lançamento. Infração 1 improcedente. **b)** MATERIAIS ADQUIRIDOS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Restou apenas o valor de R\$19,26, pelas mesmas razões da infração 1- primeiro, pela decadência nos meses de janeiro a setembro de 2012, e as demais remanescentes, houve a comprovação do estorno dos créditos que foram lançados, prontamente reconhecidos pelo autuante. Infração 2 procedente em parte. **c)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O Recorrente não aponta quais devoluções e cancelamentos teriam permanecido no lançamento, apenas aponta genericamente o argumento defensivo da impugnação inicial, já contemplada e corrigida na informação fiscal e no voto recorrido. Infração 3 procedente em parte. **d)** MERCADORIAS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES ISENTAS OU COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO. O próprio autuante reconheceu que há mercadorias sem isenção ou redução de base de cálculo que não poderiam ter exclusão do crédito fiscal, e ainda comprovou-se devoluções e cancelamentos na impugnação. Houve comprovadamente, estorno de créditos na escrituração do Recorrente. Mantida a decisão recorrida. Infração 4 procedente em parte. **2. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. a)** DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O APURADO NOS LIVROS FISCAIS. O crédito tributário nessa infração envolve apenas uma ocorrência, janeiro de 2012, que está efetivamente extinto pela decadência, uma vez que a data de ciência da lavratura do auto de infração ocorreu em outubro de 2017, mais de cinco anos, portanto, do fato gerador. Infração 6 improcedente. **b)** APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO NAS OPERAÇÕES DE SAÍDAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Comprovou-se diversas operações de transferências internas, que não são mais tributadas pelo ICMS, considerando o entendimento consolidado no Incidente de

Uniformização PGE Foram excluídos também os fatos geradores atingidos pela decadência Infração 7 procedente em parte. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS, DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS, REGULARMENTE ESCRITURADAS. O Recorrente não logrou apresentar em seu Recurso mercadorias remanescentes que estejam na substituição tributária, ou ainda que não estejam, se o imposto equivocadamente foi pago por substituição, mas isto não foi feito. Infração 5 procedente em parte. 4. DIFERENÇAS DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Os valores lançados nessa infração, teve ocorrências dos meses de janeiro a setembro de 2012, estão efetivamente extintos pela decadência, remanescendo os meses de novembro e dezembro de 2011. Infração 9 procedente em parte. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS (EFD). DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO; **b)** MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. Quanto ao argumento de que a autoridade fiscal concordou na manifestação de possíveis equívocos cometidos pelo Contribuinte no envio das informações, isto pode apenas denotar a ausência de dolo, mas o descumprimento da obrigação tributária independe de dolo. Assim, caracterizada a ausência de registro, há de se aplicar a regra de decadência do art. 173 do CTN. Infrações 10 e 11 procedentes em parte. Mantida a decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, interpostos em razão da Decisão de Primeira Instância deste Conselho de Fazenda, que julgou Procedente Em Parte o Auto de Infração desta lide, lavrado em 27/09/2017, quando foi efetuado lançamento no valor histórico de R\$425.375,59 de imposto e multa por descumprimento de obrigações acessórias, em decorrência das seguintes infrações:

“INFRAÇÃO 01 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Valor exigido: R\$14.203,70, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Valor exigido: R\$4.434,70, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 03 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. Valor exigido: R\$153.056,40, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 04 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Valor exigido: R\$23.732,78, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 05 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor exigido: R\$68.407,32, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 06 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de desconcontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Valor exigido: R\$14.573,97, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 07 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor exigido: R\$122.919,32, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 09 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Valor exigido: R\$13.281,80, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 10 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens e serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor das entradas. Valor exigido: R\$3.439,79.

INFRAÇÃO 11 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor das entradas. Valor exigido: R\$3.590,19.

Após impugnação, fls. 236/73 e da informação fiscal prestada pelo autuante, fls. 293/16, e a manifestação do Recorrente sobre a informação fiscal, de fls. 321/43, de nova informação fiscal às fls. 348/50 a Junta de Julgamento, em decisão unânime, decidiu pela Procedência Parcial do lançamento, com fundamentos no voto abaixo transcrito:

VOTO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/09/2017, é composto de 11 (onze) imputações, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão. O contribuinte foi cientificado do lançamento em 02/10/2017 e o período autuado abrangeu os fatos geradores ocorridos no intervalo temporal entre janeiro de 2012 e dezembro de 2013.

Passo inicialmente ao exame da arguição de decadência dos fatos geradores verificados no período entre 01/01/2012 a 30/09/2012.

A questão encontra-se hoje pacificada através do Incidente de Uniformização nº 2016.194710, da Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS). Firmou-se o entendimento de que conta-se 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.

Na vigência das normas revogadas do COTEB (Código Tributário do Estado da Bahia), a contagem do prazo decadencial era unificada, sendo considerado como “dies a quo” para qualquer situação, independentemente da conduta do contribuinte:

I – o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento administrativo poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornasse definitiva a decisão anulatória, por vício formal, de lançamento administrativo anteriormente efetuado.

Essa matéria, no Supremo Tribunal Federal (STF), foi objeto da edição da Súmula Vinculante (SV) nº 08, de 12 de junho de 2008. A Corte Superior ao expor as razões que serviram de embasamento para a edição da citada Súmula, fez menção aos RE's (Recursos Extraordinários) 560.626-1, 556.664-1 e 559.943-4, sinalizando que tanto sob a égide da Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69), quanto sob a Constituição atual (art. 146, III, “b”, da CF de 1988), a prescrição e a decadência só poderiam ser disciplinadas por LEI COMPLEMENTAR, de âmbito nacional, por serem institutos gerais de direito tributário. Para o STF, somente o CTN (Código Tributário Nacional) poderia prever prazos prescricionais e decadenciais em torno da matéria tributária, visto que a regulação normativa distinta por cada ente da federação implicaria em ofensa a diversos princípios, entre eles a isonomia e a segurança jurídica.

Destaco que as razões ou fundamentos de decidir que conduziram à edição da SV/STF nº , não integraram o verbete sumular que se ateve à inconstitucionalidade de dispositivos de normas federais que tratavam de decadência e de prescrição de contribuições previdenciárias. Eis o teor da Súmula: “São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Dec-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212, que tratam da prescrição e da decadência de crédito tributário”. Todavia, foi indicado, com bastante precisão, o entendimento do plenário do STF a respeito do tema da decadência tributária, afastando-se a tese da possibilidade e regulação desse instituto do direito em legislação firmada por cada ente da Federação.

Em sintonia com os entendimentos acima alinhavados, especialmente nas hipóteses de pagamento parcial de tributos lançados por homologação, foram proferidas, mais recentemente, decisões originárias do Tribunal de Justiça da Bahia, a exemplo da Apelação nº 0510938-28.2013.8.05.0001 – Rel. Des. Des. Livaldo Reaiche

Raimundo Britto e Agravo Regimental nº 0566887-03.2014.8.05.0001/50000 - Rel. Des. Mauricio Kertzman Szporer. No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no AgRg no REsp (Agravo Regimental no Recurso Especial) nº 1532105 -RR – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho (data do julgamento: 15/03/2016) e no AgRg no REsp nº 131802015- RS – Rel. Min. Benedito Gonçalves (data do julgamento: 15/08/2013).

Diante desse quadro e antes da publicação do Incidente de Uniformização nº 2016.19471-0, diversas DILIGÊNCIAS em processos que versaram sobre esta matéria foram encaminhadas para a PGE/PROFIS, para que a temática da decadência fosse reanalisada à luz da novel jurisprudência dos tribunais superiores.

A PGE/PROFIS ressaltou em seus Pareceres Jurídicos que vieram a ser posteriormente consolidados no Incidente de Uniformização nº 2016.19471-0, a inafastabilidade do entendimento consagrado na Súmula Vinculante nº 8 do STF, no sentido de que as regras concernentes à decadência e prescrição se encontravam reservadas pela C.F. à regulação por lei complementar, não havendo possibilidade de êxito de tese contrária na esfera judicial, vinculada à aplicação de normas previstas na legislação estadual. Esboçou na parte final da peça as seguintes conclusões:

- a exemplo do que fez o próprio STF quando da edição da Súmula Vinculante (SV) nº 08, seria pertinente a aplicação da técnica da modulação de efeitos dos atos de interpretação voltados ao reconhecimento da decadência, de forma que a Administração judicante poderia decidir pela invalidação dos autos de infração que aplicassem o prazo previsto pelo art. 107-B, § 5º, do COTEB, se lavrados em data posterior à pacificação do entendimento do STF, ou seja, após a edição da SV nº 8, em 12 de junho de 2008;

- ao reconhecer a mudança de orientação jurisprudencial com o fim de atender o interesse público primário no sentido de evitar a litigiosidade do Estado e a ocorrência de sucumbências judiciais desnecessárias o Parecer sugere que seja reconhecida a decadência de constituir o crédito tributário apenas quanto aos lançamentos lavrados após a consolidação da dessa mudança de entendimento, ou seja, somente em relação aos autos de infração lavrados em data posterior a 12 de junho de 2008;

- Assim, aplicando a orientação fixada pela SV nº 08 do STF foi sugerido no Parecer da PGE a dispensa de intervenções judiciais pelos Procuradores do Estado observados os seguintes critérios, abaixo reproduzidos:

i) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e não pago ou simplesmente ausência de declaração e pagamento (omissão de operação ou prestação de serviços tributáveis), deve ser aplicada a regra do art. 173, inciso I, do CTN e do art. 107-B, §5º do COTEB (prazo decadencial contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato gerador);

ii) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de dolo, fraude ou simulação quanto a débito declarado e pago, integral ou parcialmente, deve ser aplicada a regra do art. 150, §4º, c/c art. 173, inciso I e parágrafo único, do CTN (prazo decadencial contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte à expedição de ato declarando a existência de dolo, fraude ou simulação ou da notificação ao sujeito passivo de medida preparatória para constituir o fato jurídico dolo, fraude ou simulação);

iii) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de dolo, fraude ou simulação quanto a débito declarado e pago, integral ou parcialmente, e, havendo notificação do sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento, deve ser aplicada a regra do art. 150, §4º, c/c 173, parágrafo único do CTN (prazo decadencial contado a partir do recebimento da notificação pelo sujeito passivo);

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

v) 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, deve ser aplicada a regra do art. 150, §4º, do CTN.

Fixadas as premissas teóricas acima expostas, observo que o lançamento de ofício em exame foi formalizado com o objetivo de corrigir os atos de apuração e pagamento realizados pelo contribuinte em relação ao ICMS mensal, no tocante às infrações de utilização indevida de crédito fiscal, recolhimento a menor do imposto declarado na escrita fiscal, falta de recolhimento sobre operações declaradas e escrituradas pelo sujeito passivo, que as considerou não submetidas à tributação; e, falta de recolhimento do ICMS – DIFAL (diferença entre as alíquotas interna e interestadual). Todas as ocorrências citadas foram levadas à apuração pelo contribuinte na conta corrente do imposto e devidamente informadas pelo contribuinte ao fisco estadual, não havendo fato omissivo que demandasse a aplicação de roteiros de auditoria que envolvessem maiores investigações ou aprofundamentos na fase investigatória. Até mesmo em relação às parcelas não recolhidas a título de DIFAL e de operações declaradas como isentas, não houve ação omissiva do sujeito passivo que impossibilitasse ou dificultasse a ação de apuração dos fatos tributáveis pela fiscalização. Portanto, o caso em exame abrangeu operações de circulação de mercadorias amplamente declaradas e escrituradas, seja através de tributação normal ou por tributação antecipada.

Essas situações que se enquadram perfeitamente na regra contida no § 4º, do art. 150 do CTN (Código Tributário Nacional), pois envolvem operações submetidas a lançamento por homologação que somente ocorre nos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de “antecipar” lançamento e o pagamento, sem prévio exame da autoridade administrativa, sujeitando-se a posterior homologação, expressa ou tácita, por aquela autoridade daqueles atos.

Importante ressaltar ainda, que a questão relativa à modulação dos efeitos da Súmula Vinculante nº 08 do STF, que estabeleceu que as regras concernentes à decadência e prescrição se encontravam reservadas pela C.F. à regulação por lei complementar, deve também ser analisada a partir do que foi efetivamente decidido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal. Em 12/06/2008, o pleno do STF, declarou a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei Federal nº 8.212/1991, com efeito “ex nunc” (efeitos para frente), salvo em relação às ações judiciais propostas até 11/06/2008. A modulação de efeitos teve em vista a repercussão e a insegurança jurídica que poderia se verificar em relação à possibilidade de repetição de indébitos de valores já recolhidos, administrativamente ou por execução fiscal, antes da decisão que declarou a inconstitucionalidade com efeitos vinculantes. Mas não alcançou as questões pendentes, ou seja, em discussão, nas esferas administrativa ou judicial.

Em decorrência, a declaração de inconstitucionalidade do STF alcançou não só a norma geral, ou seja, a Lei, que estava em desconformidade com a Carta Magna, mas também os atos administrativos que se fundamentaram na legislação inválida. Transcrevo o trecho de um Parecer Jurídico da PGE, no PAF nº 206891.0030/13-8, que aponta conclusão nesse sentido (pág. 729 daquele PAF): “Por conseguinte, reputamos ser apropriado à Administração judicante decidir pela invalidade dos autos de infração que aplicarem o prazo previsto pelo art. 107-B, § 5º do COTEB, se lavrados em data posterior à pacificação do entendimento do STF, ou seja, depois da edição da Súmula Vinculante nº 8, em 12 de junho de 2008”.

Dessa forma, a partir de 12/06/2008, as disposições do art. 107, § 5º do COTEB não seriam mais válidas, assim como os atos administrativos que se fundamentassem nessa norma integrante do ordenamento jurídico do Estado da Bahia.

No caso concreto, o A.I. em exame foi lavrado em 26/09/2017, com ciência ao contribuinte em 02/10/2017, quando a SÚMULA VINCULANTE do STF nº 08 já se encontrava produzindo efeitos no ordenamento jurídico. O entendimento ali consignado, portanto, é plenamente aplicável aos fatos geradores lançados neste Auto de Infração, no que se refere às obrigações de pagar imposto (obrigações de dar pecúnia).

Assim, considerando que o ato de lançamento formalizado através do presente A.I. nº 298958.0034/17-8, se tornou perfeito e acabado com a ciência do contribuinte verificada em 02/10/2017, os fatos geradores anteriores a essa data, relacionados com as infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07 e 09, ocorridos em 31/01/2012 e 30/09/2012, foram fulminados pela decadência, de forma que os créditos tributários reclamados naquelas datas ficam extintos, incidindo a regra do art. 156, inc. V, do CTN que apresenta o seguinte teor:

Art. 156 – Extinguem o crédito tributário:

(...)

V – a prescrição e a decadência.

As infrações relacionadas com o descumprimento de obrigações acessórias, que compõem os itens 10 e 11 da peça de lançamento não se submetem ao regramento do art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), pois se referem a obrigações de fazer (escreiturar livros, registrar notas fiscais), não havendo, em relação às mesmas, ato de lançamento ou pagamento a ser homologado pelo fisco. Em decorrência, se submetem ao prazo de contagem geral, estabelecido no art. 173, I, do CTN, que tem início a partir de 1º dia do exercício seguinte à ocorrência dos respectivos fatos geradores. Logo, os débitos lançados para as infrações acessórias não foram atingidos pela decadência, pois o fisco dispunha de prazo até 31/12/2017, para formalizar o lançamento de ofício.

Passo doravante ao exame de cada uma das infrações que compõe a peça de lançamento, em relação aos valores remanescentes, após a exclusão daqueles extintos pela decadência, ressaltando, de início, a decisão de indeferir o pedido de perícia fiscal-contábil formulado na inicial, em razão das questões suscitadas pela defesa não demandarem análise técnica especializada por perito contador. Ademais, as questões suscitadas na peça de defesa podem ser apreciadas, no que se refere ao mérito, com os elementos de prova apresentados pelas partes (autuado e autuante). Considero-os, portanto, suficientes para o deslinde da questão, conforme será melhor explicitado no exame de cada uma das infrações.

A INFRAÇÃO 01, que trata da utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento autuado, os valores exigidos nos meses de março e julho de 2012, estão extintos pela decadência, conforme fundamentação acima tracejada. Em relação às demais ocorrências, o autuante reconheceu a procedência das alegações defensivas, tendo identificado, na fase de informação fiscal, o estorno de crédito efetuado pelo contribuinte no livro Registro de Apuração do ICMS (LRA), em relação aos meses de outubro/2012 no montante de R\$2.799,18 e dezembro/2012 no valor de R\$6.249,62; fevereiro/2013 no

montante de R\$2.473,34 e dezembro/2013 no valor de R\$343,17. Em decorrência das exclusões processadas, o item 01 é improcedente em sua totalidade.

Na INFRAÇÃO 02, que se refere à utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias adquiridas para uso e consumo do estabelecimento, os valores exigidos nos meses de janeiro a setembro de 2012, estão extintos pela decadência, conforme fundamentação acima tracejada. Em relação às demais ocorrências, o autuante reconheceu a procedência das alegações defensivas, tendo identificado, na fase de informação fiscal, o estorno de crédito efetuado pelo contribuinte no LRA, em relação aos meses de janeiro/2013, no montante de R\$414,39; fevereiro/2013 no valor de R\$108,02; maio/2013 no montante de R\$435,68; junho/2013, no montante de R\$58,65; julho/2013, no montante de R\$7,80; setembro/2013, no montante de R\$70,75; outubro/2013, no montante de R\$107,70 e novembro/2013 no valor de R\$145,13. Em decorrência permanece na autuação tão somente o valor cobrado para o mês de dezembro/2012, no importe de R\$19,26.

Na INFRAÇÃO 03 que contempla a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, o autuante igualmente reconheceu a procedência parcial das alegações da autuada, haja vista, que no mês de novembro de 2012 houve o estorno no Livro Registro de Apuração da autuada, no montante de R\$755,46, valor este lançado na nova planilha de débito reproduzida no CD anexo, doc. fl. 318. O autuante procedeu também à exclusão nas planilhas de débito das mercadorias CAPELETTI MASSA LEVE DE CARNE, FRANGO E QUEIJO; REOELESTES (repelentes de uso tóxico); RAVIOLI MASSA LEVE; SALGADOS COMUNS; MASSA RAVIOLI MEZZANI; NHOQUE MASSA LEVE, TALHARIM MASSA LEVE; e, FILÉ DE FRANGO SEARA PARMEGIANA, por tratar-se de produtos que não fazem parte da substituição tributária. Excluiu ainda as devoluções e cancelamentos apurados nas notas fiscais mencionadas pela defesa na mídia digital juntada na peça impugnatória.

Não acato, porém, em conformidade com o entendimento externado pelo autuante, as alegações defensivas no tocante à aplicação ao caso das disposições da Súmula 166 do STJ, que afasta a possibilidade de ocorrência de fato gerador do ICMS no simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte. Isto porque a infração em lide decorreu da apropriação de créditos indevidos, e a evocação da Súmula 166 do STJ, é inadequada para esta situação. No caso concreto a acusação fiscal é de uso indevido de créditos sobre as entradas de mercadorias do regime da ST com saídas subsequentes não mais tributadas. Nessa circunstância, independentemente da origem dos produtos, se interna ou interestadual, a autuada se apropriou de tais créditos. O remédio jurídico-fiscal adequado, para ilidir procedimento seria a promoção dos competentes estornos de crédito, fato esse, que não foi elido em sua totalidade pela defendente.

Remanesce ainda um crédito tributário de ICMS em favor da Fazenda Pública Estadual, após a exclusão dos valores na fase de informação fiscal e também dos fatos geradores relativos aos períodos mensais atingidos pela decadência, ocorridos entre 31/01/2012 e 30/09/2012, no valor principal de R\$113.972,05, conforme demonstrativo de débito abaixo reproduzido:

Ocorrência	Vencimento	Multa	Val. Histórico	Val. Julgado
31/01/2012	09/02/2012	60%	3.293,47	0,00
29/02/2012	09/03/2012	60%	2.664,93	0,00
31/03/2012	09/04/2012	60%	4.034,50	0,00
30/04/2012	09/05/2012	60%	2.991,66	0,00
31/05/2012	09/06/2012	60%	3.561,98	0,00
30/06/2012	09/07/2012	60%	3.188,97	0,00
31/07/2012	09/08/2012	60%	2.271,36	0,00
31/08/2012	09/09/2012	60%	3.041,91	0,00
30/09/2012	09/10/2012	60%	7.426,18	0,00
31/10/2012	09/11/2012	60%	18.657,50	18.631,00
30/11/2012	09/12/2012	60%	16.405,78	15.588,44
31/12/2012	09/01/2013	60%	31.446,04	31.425,30
31/01/2013	09/02/2013	60%	4.380,66	3.998,99
28/02/2013	09/03/2013	60%	2.053,88	1.478,42
31/03/2013	09/04/2013	60%	13.248,44	12.573,33
30/04/2013	09/05/2013	60%	3.044,45	2.752,42
31/05/2013	09/06/2013	60%	4.609,62	4.083,58
30/06/2013	09/07/2013	60%	2.188,54	1.529,10
31/07/2013	09/08/2013	60%	3.193,97	2.662,10
31/08/2013	09/09/2013	60%	5.030,49	4.276,07
30/09/2013	09/10/2013	60%	2.576,76	2.191,71
31/10/2013	09/11/2013	60%	5.229,53	4.900,62
30/11/2013	09/12/2013	60%	4.402,24	4.147,66
31/12/2013	09/01/2014	60%	4.113,54	3.733,31
			153.056,40	113.972,05

Na INFRAÇÃO 04 o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. O autuante afirmou, na

fase de informação fiscal, que procedem parcialmente as alegações defensivas, haja vista, que efetuou a exclusão das planilhas de débito da mercadoria “CANJIQUEINHA”, por se tratar de produto sujeito à tributação normal pelo ICMS. Excluiu ainda as devoluções e cancelamentos apurados nas notas fiscais mencionadas pela defesa na mídia digital juntada na peça impugnatória. Procedeu ao refazimento das planilhas levando em consideração os montantes estornados e excluídos, que foram anexados ao PAF, no CD (mídia digital), juntado à fl. 318 dos autos.

Observe que o autuante deduziu efetivamente, em sua planilha, os estornos de crédito que foram efetuados pelo contribuinte em sua escrita fiscal, nos meses de out, nov e dez de 2012 e de jan e mar de 2013. Procedeu, conforme já exposto acima, às exclusões das operações com o produto “CANJIQUEINHA”. Assim, excluídos os períodos atingidos pela decadência, verificada entre 31/01/2012 e 30/09/2012, conforme fundamentação acima alinhavada e deduzidos também os estornos de créditos processados pelo sujeito passivo, esse item da autuação fica reduzido para a cifra de R\$1.003,47, conforme demonstrativo de débito abaixo reproduzido:

Ocorrência	Vencimento	Multa	Val. Histórico	Val. Julgado
31/01/2012	09/02/2012	60%	682,27	0,00
29/02/2012	09/03/2012	60%	35,25	0,00
31/03/2012	09/04/2012	60%	356,26	0,00
30/04/2012	09/05/2012	60%	710,44	0,00
31/05/2012	09/06/2012	60%	593,56	0,00
30/06/2012	09/07/2012	60%	989,33	0,00
31/07/2012	09/08/2012	60%	401,10	0,00
31/08/2012	09/09/2012	60%	213,34	0,00
30/09/2012	09/10/2012	60%	1.407,53	0,00
31/10/2012	09/11/2012	60%	2.511,29	0,00
30/11/2012	09/12/2012	60%	6.630,91	0,00
31/12/2012	09/01/2013	60%	3.952,16	14,43
31/01/2013	09/02/2013	60%	921,51	0,00
28/02/2013	09/03/2013	60%	605,75	341,63
31/03/2013	09/04/2013	60%	2.890,19	306,86
30/04/2013	09/05/2013	60%	99,85	42,90
31/05/2013	09/06/2013	60%	284,46	0,00
30/06/2013	09/07/2013	60%	307,58	257,71
31/07/2013	09/08/2013	60%	49,86	0,00
31/08/2013	09/09/2013	60%	9,66	0,00
30/09/2013	09/10/2013	60%	4,22	0,08
31/10/2013	09/11/2013	60%	44,78	39,78
30/11/2013	09/12/2013	60%	20,52	0,08
31/12/2013	09/01/2014	60%	10,96	0,00
			23.732,78	1.003,47

Na INFRAÇÃO 05, que contém a imputação de falta de recolhimento do ICMS em razão do contribuinte ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, o autuante refutou as alegações defensivas, afirmando que a partir das planilhas anexadas ao PAF, às fls. 152 a 176, restou comprovado que a empresa autuada promoveu à saída de mercadorias tributadas, sem a devida tributação, inclusive em relação às operações com salgadinhos industrializados. Disse que a NCM 19059090 relacionada a este produto, não faz parte do rol das mercadorias sujeitas à substituição tributária (ST).

Houve também, por parte da defendente, o pedido de aplicação das disposições da Súmula 166 do STJ nas operações de transferências de mercadorias entre estabelecimentos da empresa autuada. Sustenta a inoccorrência de fatos geradores sobre essas operações.

De fato a NCM indicada para o produto “salgadinho industrializado” não integra o rol de produtos da ST, listados no Anexo I do RICMS/12, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, submetendo-se, portanto, ao regime de tributação normal. Ademais o contribuinte não trouxe aos autos prova documental de que essa mercadoria já se encontrava com o imposto pago de forma antecipada, seja por ação dos fornecedores ou através de recolhimento processado pelo próprio autuado.

No tocante à aplicação da Súmula 166 às operações de transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, a regra contida na Lei do ICMS da Bahia positivada no art. 4º, inc. I da Lei nº 7.014/96, é de que considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída da mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular. Todavia essa regra foi objeto de nova interpretação, conforme será melhor detalhado linhas abaixo.

Observe ainda que neste item da autuação, ficou constatada nas planilhas juntadas no CD de fl. 318, a existência de diversas operações de saídas de mercadorias processadas através de ECF – equipamento emissor de cupom fiscal e não oferecidas à tributação. Há também diversas operações de transferências, todas internas, ou seja, dentro do Estado da Bahia (CFOPs 5152 e 5409) e operações de saídas de mercadorias com ICMS já

recolhido pelo regime de substituição tributária (CFOP 5403 e 5405), que não devem ser mais tributadas nas etapas internas subsequentes de circulação.

As operações internas de transferências não são mais tributadas pelo ICMS, considerando o entendimento consolidado no Incidente de Uniformização PGE (Procuradoria Geral do Estado da Bahia) nº 2016.169506-0 com o seguinte teor: “Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular”. As operações objeto de lançamento de ofício para a cobrança de ICMS sobre as transferências internas não vem logrando êxito nas demandas submetidas aos tribunais superiores do país, de forma que a PGE vem orientando as instâncias administrativas de julgamento a não dar provimento a essas cobranças.

Aplicando o filtro na planilha EXCEL, constante do CD (mídia digital) anexada à fl. 318 dos autos, remanesce neste item da autuação tão somente as saídas através de ECF (CFOP 5102 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros e CFOP 5202 – devolução de compras para comercialização). Excluídos também os fatos geradores atingidos pela decadência, do período entre 31/01/2012 e 30/09/2012, a infração 05 fica reduzida para a cifra R\$39.598,70, conforme demonstrativo de débito abaixo reproduzido:

Ocorrência	Vencimento	Multa	Val. Histórico	Val. Julgado
31/01/2012	09/02/2012	60%	3.414,95	0,00
29/02/2012	09/03/2012	60%	2.485,37	0,00
31/03/2012	09/04/2012	60%	2.394,61	0,00
30/04/2012	09/05/2012	60%	2.420,12	0,00
31/05/2012	09/06/2012	60%	5.688,30	0,00
30/06/2012	09/07/2012	60%	2.069,14	0,00
31/07/2012	09/08/2012	60%	1.714,89	0,00
31/08/2012	09/09/2012	60%	3.116,60	0,00
30/09/2012	09/10/2012	60%	2.729,89	0,00
31/10/2012	09/11/2012	60%	1.887,83	1.887,83
30/11/2012	09/12/2012	60%	2.981,99	2.272,66
31/12/2012	09/01/2013	60%	6.164,64	4.107,60
31/01/2013	09/02/2013	60%	2.190,46	2.190,46
28/02/2013	09/03/2013	60%	1.495,25	1.495,25
31/03/2013	09/04/2013	60%	2.620,54	2.620,54
30/04/2013	09/05/2013	60%	1.457,49	1.457,49
31/05/2013	09/06/2013	60%	2.195,77	2.195,77
30/06/2013	09/07/2013	60%	2.986,22	2.986,22
31/07/2013	09/08/2013	60%	2.351,60	2.351,60
31/08/2013	09/09/2013	60%	852,90	852,90
30/09/2013	09/10/2013	60%	1.171,21	1.171,21
31/10/2013	09/11/2013	60%	2.909,48	2.909,48
30/11/2013	09/12/2013	60%	4.053,43	4.045,05
31/12/2013	09/01/2014	60%	7.054,64	7.054,64
			68.407,32	39.598,70

A INFRAÇÃO 06 abrangeu a acusação de recolhimento a menor de ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. As alegações defensivas ficaram restritas ao pedido de extinção dos créditos tributários pela decadência. O autuante manteve a integralidade dos valores lançados neste item. Todavia, o crédito tributário reclamado nessa infração, que envolve a ocorrência do mês de janeiro de 2012, está efetivamente extinto pela decadência, conforme fundamentação jurídica já desenvolvida linhas acima. Item improcedente na sua totalidade.

Na INFRAÇÃO 07, em que foi imputado ao contribuinte o recolhimento a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, o autuante reconheceu a procedência parcial das alegações defensivas, quando à inclusão do produto composto lácteo, a partir de 01/08/2013, que passou a ser tributado com redução de base de cálculo, correspondente à carga tributária à alíquota de 7%. As exclusões processadas em relação ao produto “composto lácteo” estão corretas, considerando a alteração promovida na legislação do ICMS, por conta da alteração promovida no RICMS/12, no art. 268, § 1º, inc. XXV (Decreto nº 14.681, de 30/07/13, efeitos entre 01/08/13 a 31/12/13).

Houve também, por parte da defendente, o pedido de aplicação das disposições da Súmula 166 do STJ nas operações de transferências de mercadorias entre estabelecimentos da empresa autuada. Sustenta a defesa a inocorrência de fatos geradores sobre essas operações.

Porém, neste item da autuação, ficou constatada, nas planilhas juntadas no CD de fl. 318, a existência de diversas operações saídas de mercadorias processadas através de ECF – equipamento emissor de cupom fiscal, não oferecidas à tributação. Há também diversas operações de transferências, todas internas, ou seja, dentro do Estado da Bahia (CFOP 5152). As operações internas de transferências não são mais tributadas pelo ICMS, considerando o entendimento consolidado no Incidente de Uniformização PGE (Procuradoria Geral do Estado da Bahia) nº 2016.169506-0 com o seguinte teor: “Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias

entre estabelecimentos do mesmo titular". Tratando-se de exigência fiscal, no tocante à incidência do ICMS sobre as transferências internas que não vem logrando êxito nas demandas submetidas aos tribunais superiores do país, a PGE vem orientando as instâncias administrativas de julgamento a não dar provimento a essas cobranças.

Aplicando o filtro na planilha EXCEL, constante do CD (mídia digital) anexada à fl. 402 dos autos, remanesce neste item da autuação tão somente as saídas através de ECF (CFOP 5102 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros). Excluídos também os fatos geradores atingidos pela decadência, do período entre 31/01/2012 e 30/09/2012, a infração 07 fica reduzida para a cifra R\$29.444,02, conforme demonstrativo de débito abaixo reproduzido:

Ocorrência	Vencimento	Multa	Val. Histórico	Val. Julgado
31/01/2012	09/02/2012	60%	9.907,49	0,00
29/02/2012	09/03/2012	60%	12.866,02	0,00
31/03/2012	09/04/2012	60%	12.826,64	0,00
30/04/2012	09/05/2012	60%	8.670,41	0,00
31/05/2012	09/06/2012	60%	11.134,43	0,00
30/06/2012	09/07/2012	60%	6.313,03	0,00
31/07/2012	09/08/2012	60%	9.556,01	0,00
31/08/2012	09/09/2012	60%	9.192,79	0,00
30/09/2012	09/10/2012	60%	5.833,24	0,00
31/10/2012	09/11/2012	60%	6.481,16	6.481,16
30/11/2012	09/12/2012	60%	3.793,64	3.793,64
31/12/2012	09/01/2013	60%	2.261,08	2.261,08
31/01/2013	09/02/2013	60%	2.120,88	2.120,88
28/02/2013	09/03/2013	60%	1.845,51	1.845,51
31/03/2013	09/04/2013	60%	1.842,85	1.842,85
30/04/2013	09/05/2013	60%	2.804,34	2.804,34
31/05/2013	09/06/2013	60%	2.683,76	2.677,60
30/06/2013	09/07/2013	60%	3.310,15	3.310,15
31/07/2013	09/08/2013	60%	2.558,27	1.836,77
31/08/2013	09/09/2013	60%	762,93	752,34
30/09/2013	09/10/2013	60%	305,12	305,12
31/10/2013	09/11/2013	60%	612,32	612,32
30/11/2013	09/12/2013	60%	2.597,16	1.706,28
31/12/2013	09/01/2014	60%	2.640,09	1.959,08
			122.919,32	34.309,12

Na INFRAÇÃO 08, foi imputada ao contribuinte a falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Ocorrência verificada nos meses de out e dez de 2012 e nov de 2013. Trata-se de infração que não foi impugnada pelo sujeito passivo. Este item é totalmente procedente, no montante integral de R\$3.735,62, ficando inalterado o Demonstrativo de Débito do Auto de Infração.

Na INFRAÇÃO 09, com a imputação de falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a uso do estabelecimento, a defesa pediu tão somente a extinção dos créditos tributários alcançados pela decadência, do período entre janeiro a setembro de 2012. O autuante manteve a integralidade dos valores lançados neste item. Todavia, os créditos tributários reclamados nessa infração, que envolve ocorrências dos meses de jan, fev, mar, abr, mai, jun, jul, ago e set de 2012, estão efetivamente extintos pela decadência, conforme fundamentação jurídica já desenvolvida linhas acima. Item procedente em parte, remanescendo as cobranças dos meses de nov e dez de 2012, conforme demonstrativo de débito abaixo reproduzido, no valor principal de R\$1.092,45, com a exclusão tão somente dos períodos mensais atingidos pela decadência:

Ocorrência	Vencimento	Multa	Val. Histórico	Val. Julgado
31/01/2012	09/02/2012	60%	1.581,68	0,00
29/02/2012	09/03/2012	60%	1.121,89	0,00
31/03/2012	09/04/2012	60%	1.565,78	0,00
30/04/2012	09/05/2012	60%	1.698,80	0,00
31/05/2012	09/06/2012	60%	2.763,71	0,00
30/06/2012	09/07/2012	60%	1.678,94	0,00
31/07/2012	09/08/2012	60%	386,78	0,00
31/08/2012	09/09/2012	60%	1.236,74	0,00
30/09/2012	09/10/2012	60%	155,03	0,00
30/11/2012	09/12/2012	60%	142,27	142,27
31/12/2012	09/01/2013	60%	950,18	950,18
			13.281,80	1.092,45

Na INFRAÇÃO 10, relacionada ao descumprimento de obrigação acessória, o contribuinte deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens e serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Não acolhemos a alegação defensiva de decadência para este item com base nas disposições do art. 150, § 4º, do CTN, conforme fundamentação já exposta linhas acima. O autuante, por sua vez, reconheceu a procedência parcial das alegações defensivas quanto às Notas Fiscais de nº 655084, 8844, 227930, 47402, 124944, 124943, 47403, 47404, 47405, 47407, 689821, 690145, 47400, 690693, 124937, 124942, 124941, 113844, 255637, 255638, 29858, 5151, 124938 e 124940, visto que restou comprovado que esses documentos foram objeto de registro na escrita fiscal. Efetuadas as exclusões daqueles documentos fiscais, fica mantida a cobrança quanto às demais Notas Fiscais de Entrada, não escrituradas, de acordo com o que se encontra reproduzido nas planilhas, constantes do CD anexo (doc. fl. 318). Remanesceu para este item do A.I. o montante principal de R\$2.972,04, conforme demonstrativo de débito abaixo reproduzido:

Ocorrência	Vencimento	Multa	Val. Histórico	Val. Julgado
31/01/2012	09/02/2012	1%	149,05	20,63
29/02/2012	09/03/2012	1%	28,78	120,14
31/03/2012	09/04/2012	1%	180,20	21,05
30/04/2012	09/05/2012	1%	60,83	15,03
31/05/2012	09/06/2012	1%	154,60	48,04
30/06/2012	09/07/2012	1%	68,39	11,32
31/07/2012	09/08/2012	1%	73,41	111,72
31/08/2012	09/09/2012	1%	32,55	170,76
30/09/2012	09/10/2012	1%	75,30	312,17
31/10/2012	09/11/2012	1%	375,52	192,65
30/11/2012	09/12/2012	1%	220,31	380,14
31/12/2012	09/01/2013	1%	459,54	157,67
31/01/2013	09/02/2013	1%	20,63	149,05
28/02/2013	09/03/2013	1%	120,14	28,78
31/03/2013	09/04/2013	1%	21,05	180,20
30/04/2013	09/05/2013	1%	15,03	60,83
31/05/2013	09/06/2013	1%	48,04	154,60
30/06/2013	09/07/2013	1%	11,32	68,39
31/07/2013	09/08/2013	1%	111,72	73,41
31/08/2013	09/09/2013	1%	170,76	32,55
30/09/2013	09/10/2013	1%	312,17	71,02
31/10/2013	09/11/2013	1%	192,65	375,52
30/11/2013	09/12/2013	1%	380,14	110,56
31/12/2013	09/01/2014	1%	157,67	105,81
			3.439,79	2.972,04

Na INFRAÇÃO 11, também relacionada a descumprimento de obrigação acessória, o contribuinte deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Não acolhemos a alegação defensiva de decadência para este item com base nas disposições do art. 150, § 4º, do CTN, conforme fundamentação já exposta linhas acima. Também para esta Infração o autuante reconheceu parcialmente as alegações defensivas quanto às Notas Fiscais de nº 28205, 28064, 28794, 30529, 627182, 34287, 1326503, 1326507, 1326505, 1326501, 1326502, 362, 1326504, 124939, 1326500, 1326506 e 2365, visto que restou comprovado que esses documentos foram objeto de registro na escrita fiscal. Efetuadas as exclusões daqueles documentos fiscais, fica mantida a cobrança quanto às demais Notas Fiscais de Entrada, não escrituradas, de acordo com o que se encontra reproduzido nas planilhas, constantes do CD anexo (doc. fl. 318). Remanesceu para este item do A.I. o montante principal de R\$3.554,18, conforme demonstrativo de débito abaixo reproduzido:

Ocorrência	Vencimento	Multa	Val. Histórico	Val. Julgado
31/01/2012	09/02/2012	1%	48,98	48,98
29/02/2012	09/03/2012	1%	39,49	39,49
31/03/2012	09/04/2012	1%	45,02	45,02
30/04/2012	09/05/2012	1%	146,86	146,86
31/05/2012	09/06/2012	1%	94,02	94,02
30/06/2012	09/07/2012	1%	200,65	200,65
31/07/2012	09/08/2012	1%	353,09	353,09
31/08/2012	09/09/2012	1%	179,48	179,48
30/09/2012	09/10/2012	1%	188,31	188,31
31/10/2012	09/11/2012	1%	348,18	348,18
30/11/2012	09/12/2012	1%	257,77	257,77
31/12/2012	09/01/2013	1%	81,53	81,53
31/01/2013	09/02/2013	1%	37,93	37,93
28/02/2013	09/03/2013	1%	104,60	104,60
31/03/2013	09/04/2013	1%	40,11	40,11

30/04/2013	09/05/2013	1%	518,08	516,83
31/05/2013	09/06/2013	1%	185,18	180,91
30/06/2013	09/07/2013	1%	54,48	54,48
31/07/2013	09/08/2013	1%	28,46	23,67
31/08/2013	09/09/2013	1%	103,11	103,11
30/09/2013	09/10/2013	1%	122,64	122,64
31/10/2013	09/11/2013	1%	262,02	259,48
30/11/2013	09/12/2013	1%	26,97	26,97
31/12/2013	09/01/2014	1%	123,22	102,06
			3.590,19	3.556,17

Pelas razões acima expostas, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”

A JJF recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “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. O contribuinte, insatisfeito com a decisão de piso, ingressou tempestivamente com Recurso Voluntário, fls. 388/401, nos termos abaixo transcritos, em resumo.

DA EXTINÇÃO DAS INFRAÇÕES 10 E 11 PELA DECADÊNCIA

A Recorrente em suas razões de defesa pugnou pelo decreto de decadência dos montantes lançados para as Infrações 10 e 11, mediante a aplicação da regra prevista no art. 150, § 4º, do CTN, prevê a contagem do prazo decadencial de 5 (cinco) anos a partir da ocorrência do fato gerador.

A E. Junta Julgadora, ao analisar as razões recursais da Recorrente, entendeu por bem afastar a regra do art. 150, § 4º do CTN (data do fato gerador) e aplicar a contagem do prazo prevista no art. 173, inciso I do CTN (contagem a partir do 1º dia do exercício seguinte).

Note-se que os Julgadores de 1ª Instância se baseiam na alegação de descumprimento de obrigação acessória para justificar a manutenção da cobrança nas Infrações 10 e 11. Todavia, tal premissa é absolutamente equivocada!

Com relação a todo o período decaído, a Recorrente cumpriu com todas as obrigações acessórias atinentes ao ICMS, o que afasta de plano a aplicação da regra do art. 173, I do CTN, devendo ser aplicado o art. 150, § 4º, do CTN conforme manda jurisprudência dos tribunais superiores sobre o assunto.

Que não se trata aqui de descumprimento de obrigação acessória, como bem concordou a autoridade fiscal na manifestação de fls., mas de possíveis equívocos cometidos pela Contribuinte no envio das informações, fato que não autoriza a aplicação do prazo decadencial contido do art. 173, I do CTN.

Não obstante o entendimento equivocado da Administração Pública, é evidente que a pretensão da Fazenda Estadual para constituir o crédito tributário referente aos meses de janeiro a setembro de 2012 encontrava-se fulminada pela decadência, uma vez que a Recorrente apenas tomou ciência da lavratura do auto de infração **02/10/2017**.

No presente caso, como visto, a teor do disposto no artigo 150, § 4º do CTN, na data em que o Fisco constituiu o crédito tributário, já não mais lhe assistia este direito, tendo em vista ter-se consubstanciado a decadência do direito de constituição do crédito tributário.

No caso dos autos houve a entrega das obrigações acessórias – fato incontroverso diante da concordância manifestada pelo auditor fiscal e pelos julgadores de 1ª Instância, bem como houve recolhimento do imposto nos períodos em questão.

Finalmente, com vista a espantar eventuais dúvidas remanescentes acerca da contagem do prazo decadencial na forma prevista pelo artigo 150, § 4º, do CTN, cumpre rememorar que a própria 5ª Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF ao proferir o acórdão ora combatido reconheceu ser este o dispositivo legal legítimo a pautar a contagem do prazo decadencial *in casu*, tendo em vista a constatação de pagamento parcial de ICMS.

Como já mencionado, o equívoco incorrido pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal se deu ao entender que não houve cumprimento de obrigação acessória, premissa absolutamente equivocada por tudo que já foi exposto e consta dos autos.

Sendo assim, verifica-se que os supostos débitos de ICMS referentes a janeiro a setembro de 2012 já estavam extintos pela decadência, na forma dos artigos 150, § 4º, e 156, V do CTN, quando a Recorrente teve conhecimento da lavratura do auto de infração ora recorrido, impondo-se, assim, a decretação de nulidade do lançamento fiscal nessa extensão.

DA IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 3

A acusação fiscal foi de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por Substituição Tributária. Os fundamentos de defesa trazidos pela Recorrente foram parcialmente acatados, o que por consequência trouxe a retificação da imposição fiscal, remanescendo os lançamentos baseados em fatos que não são passíveis de exigência do ICMS pois se tratam de meras transferências entre estabelecimentos do mesmo Contribuinte bem como de operações de devolução e estorno de créditos que não foram consideradas em sua integralidade.

Dessa forma, não se pode permitir que a Contribuinte seja penalizada com exigência do ICMS de operações realizadas entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, fato que já se encontra pacificado na jurisprudência pátria, sendo inclusive objeto da Súmula nº 166, do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe: *“SÚMULA 166/STJ: NÃO CONSTITUI FATO GERADOR DO ICMS O SIMPLES DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE.”*

Sendo assim, evidencia-se que o fato gerador de ICMS imputado à Impugnante pelo Estado da Bahia - circulação de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica - não ocorreu, uma vez que a titularidade das mercadorias em questão permaneceu incólume, não havendo que se cogitar o pagamento do imposto estadual.

Além da inocorrência de fato imponível do ICMS em parte das operações englobadas na infração em tela, há que se destacar que não foram consideradas algumas devoluções e cancelamentos, fatos que foram devidamente demonstrados nos documentos acostados ao CD anexo à defesa (**Doc. 3 da Impugnação**).

Assim, conclui-se que o ICMS exigido na presente infração há de ser cancelado, ante a inocorrência do fato gerador do imposto - previsto no artigo 155, II, da Constituição Federal – nas meras circulações de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo sujeito passivo, bem como pela demonstração dos estornos e devoluções ocorridos.

DA IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 5

A acusação fiscal foi de falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

A Recorrente demonstrou em sua defesa que para diversas mercadorias cujas saídas lançadas fazem parte do regime de substituição tributária. Os E. Julgadores de primeira instância acataram parcialmente as demonstrações feitas pela Recorrente, mas mantiveram a glosa com relação aos salgados industrializados que também não estão enquadrados naquela sistemática.

Essas mercadorias estão enquadradas no regime da substituição tributária vigente à época dos fatos geradores. A Recorrente anexou em sua defesa planilha com a indicação e ilustração dos produtos para que não restassem dúvidas quanto a improcedência da exigência.

Todavia, apesar da clareza solar quanto a inclusão dessas mercadorias no regime de substituição tributária, os E. Julgadores de primeira instância entenderam que por não haver prova nos autos de que o ICMS/ST de tais mercadorias fora anteriormente recolhido, a exigência restaria mantida.

Que o simples fato dos E. Julgadores terem reconhecido que tais produtos estão no regime de substituição tributária já demonstra a improcedência da infração, devendo essa ser cancelada,

pois caso o imposto não tivesse sido recolhido, o que se cogita apenas por argumentação, o Auditor Fiscal deveria ter elaborado lançamento específico para esse tipo de exigência e não tê-lo incluído na acusação falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, como é o caso ora em análise.

Dessa forma, resta demonstrada a necessidade de revisão da manutenção parcial da infração 5, na forma do quanto foi acima exposto.

Face à tudo o que foi exposto e tendo demonstrado as razões de fato e de direito que confirmam a necessidade de reforma da decisão recorrida, requer seja dado integral provimento ao presente Recurso Voluntário, reformando-se parcialmente o acórdão recorrido especificamente para:

- (i) Declarar a extinção pela decadência dos montantes exigidos infrações 10 e 11, nos termos dos artigos 150, § 4º e 156, V, ambos do Código Tributário Nacional;
- (ii) reformar parcialmente a decisão quanto as infrações nºs 3 e 5, excluindo-se os créditos tributários lançados com base nas operações de transferência entre estabelecimentos do mesmo Contribuinte, bem como para excluir as operações de devolução de mercadorias e estornos realizados, os quais foram demonstrados através dos documentos acostados à defesa em 1ª instância; e
- (iii) Ao final, julgar improcedente as infrações 3, 5, 10 e 11, mantendo-se a r. decisão quanto aos demais fundamentos que culminaram com a improcedência das demais infrações da autuação.

VOTO

Trata-se de lançamento de ofício com 11 infrações, em que após julgamento de Primeira Instância, resultou em substancial redução, conforme o quadro abaixo, no que implicou em Recurso de Ofício e também Voluntário, pelo inconformismo do contribuinte com o resultado do julgamento.

INFRAÇÕES	VALOR LANÇADO	VALOR JULGADO
1	14.203,70	0,00
2	4.434,70	19,26
3	153.056,40	113.972,05
4	23.732,78	1.003,47
5	68.407,32	39.598,70
6	14.573,97	0,00
7	122.919,32	34.309,12
8	3.735,62	3.735,62
9	13.281,80	1.092,45
10	3.439,79	2.972,04
11	3.590,19	3.556,17
TOTAL	425.375,59	200.258,88

Pelo exposto acima, apenas a infração 8, no montante de R\$3.735,62, resultou inteiramente procedente, sendo as outras 10 infrações objeto de análise do Recurso de Ofício. Já o Recurso Voluntário trata apenas das infrações 3, 5, 10 e 11, em que pede pela total improcedência. A infração 8 foi inteiramente reconhecida pelo Recorrente desde a impugnação inicial, e não faz parte da lide. Assim, passo inicialmente ao Recurso de Ofício.

A infração 1 decorreu do uso indevido de crédito fiscal, na aquisição de mercadorias para integrar o ativo permanente. Nos 2 primeiros meses, houve decadência, março e julho de 2012, já que o auto foi lavrado em 27/09/2017, com ciência 02/10/2017, portanto, mais de 5 anos decorridos da infração, enquanto os demais meses, não alcançados pela decadência, houve comprovação do estorno de crédito no livro de apuração, no que foi acatado pelo autuante. De fato, consta o reconhecimento das provas por parte do autuante, à fl. 308, a partir da mídia apresentada no doc. 3 da impugnação inicial. Não há reparos a fazer na redução do lançamento. Infração 1 improcedente.

A infração 2, decorrente de crédito indevido por aquisição de material de uso e consumo, restou apenas o valor de R\$19,26, pelas mesmas razões da infração 1- primeiro, pela decadência nos meses de janeiro a setembro de 2012, além do que nos demais meses com valores remanescentes, houve a comprovação do estorno dos créditos que foram lançados, prontamente reconhecidos pelo autuante. Mantida a decisão recorrida. Infração 2 procedente em parte.

A infração 3, decorreu da utilização de créditos fiscais em operações de entrada, de mercadorias adquiridas com pagamento de ICMS por substituição tributária. Houve também decadência no período de janeiro a setembro de 2012, conforme demonstrativo no próprio Acórdão às fls. 70. Além disso, houve comprovação de estorno de crédito por parte do recorrente, conforme prova doc. fl. 318.

Comprovou-se também que diversas mercadorias que se encontram sob tributação normal e fazem jus ao crédito foram excluídas do demonstrativo, além de devoluções e cancelamentos comprovados na impugnação. Mantida a decisão recorrida. Infração 3 procedente em parte.

A infração 4 decorreu do uso indevido de crédito fiscal, em virtude da aquisição de mercadorias com saídas com isenção ou redução da carga tributária. O próprio autuante reconheceu que há mercadorias sem isenção ou redução de base de cálculo que não poderiam ter exclusão do crédito fiscal, e ainda comprovou-se devoluções e cancelamentos na impugnação. Houve comprovadamente, estorno de créditos na escrituração do Recorrente, no que resultou em valor remanescente de R\$1.003,47 dos R\$23.732,78 inicialmente lançados. Mantida a decisão recorrida. Infração 4 procedente em parte.

A infração 5 decorre do contribuinte haver praticado operações tributáveis como não tributáveis. Foi comprovado que o salgadinho industrializado com NCM 19059090 não está na substituição tributária, mas normal, e deveria ter saída tributada e o contribuinte sequer comprovou pagamento por substituição em fase anterior. Contudo, o valor da infração foi reduzido substancialmente por se comprovar diversas transferências internas, não mais tributadas conforme incidente de uniformização PGE 2016.169505-0, além do que houve decadência dos fatos geradores de janeiro a setembro de 2012, além de alguns itens, que de fato se encontram na substituição tributária. Mantida a decisão recorrida. Infração 5 procedente em parte.

A infração 6 decorre de recolhimento a menor de ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Contudo, o crédito tributário nessa infração envolve apenas uma ocorrência, janeiro de 2012, que está efetivamente extinto pela decadência, uma vez que a data de ciência da lavratura do auto de infração ocorreu em outubro de 2017, mais de cinco anos, portanto, do fato gerador. Mantida a decisão recorrida. Infração 6 improcedente.

A infração 7, decorre do recolhimento a menos do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Contudo comprovou-se diversas operações de transferências internas, que não são mais tributadas pelo ICMS, considerando o entendimento consolidado no Incidente de Uniformização PGE (Procuradoria Geral do Estado da Bahia) nº 2016.169506-0. Foram excluídos também os fatos geradores atingidos pela decadência, do período entre 31/01/2012 e 30/09/2012. Mantida a decisão recorrida. Infração 7 procedente em parte.

A infração 9, pela falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a uso do estabelecimento. Contudo, os valores lançados nessa infração, teve ocorrências dos meses de janeiro a setembro de 2012, que estão efetivamente extintos pela decadência, remanescendo os meses de novembro e dez de 2012.. Mantida a decisão recorrida. Infração 9 procedente em parte.

A infração 10, assim como a infração 11 são decorrentes do descumprimento de obrigações acessórias, pela entrada no estabelecimento de mercadorias, bens e serviços sujeitos a tributação

sem o devido registro na escrita fiscal e também de mercadorias não tributáveis.

Na infração 10, o autuante reconheceu a comprovação de diversos registros de notas fiscais, relacionadas no acórdão recorrido e o mesmo sucedeu na infração 11, com a devida comprovação dos registros de diversas notas fiscais, no que resultou em redução da multa lançada. Infrações 10 e 11 parcialmente procedentes. Mantida a decisão recorrida.

Assim posto, Nego Provimento ao Recurso de Ofício e passo ao exame do Recurso Voluntário.

Inicialmente, a Recorrente protesta pela decadência de parte das infrações 10 e 11, de janeiro a setembro de 2012. Alega que a Junta entendeu por afastar a regra do art. 150, § 4º do CTN (data do fato gerador) e aplicar a contagem do prazo prevista no art. 173, inciso I do CTN (contagem a partir do 1º dia do exercício seguinte), por se tratar de descumprimento de obrigação acessória.

Que não se trata aqui de descumprimento de obrigação acessória, como bem concordou a autoridade fiscal na manifestação, mas de possíveis equívocos cometidos pelo Contribuinte no envio das informações, fato que não autoriza a aplicação do prazo decadencial contido do art. 173, I do CTN.

Vejamos o que diz o Acórdão da Junta - As infrações relacionadas com o descumprimento de obrigações acessórias, que compõem os itens 10 e 11 da peça de lançamento não se submetem ao regramento do art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), pois se referem a obrigações de fazer (escriturar livros, registrar notas fiscais), não havendo, em relação às mesmas, ato de lançamento ou pagamento a ser homologado pelo fisco. Em decorrência, se submetem ao prazo de contagem geral, estabelecido no art. 173, I, do CTN, que tem início a partir de 1º dia do exercício seguinte à ocorrência dos respectivos fatos geradores. Logo, os débitos lançados para as infrações acessórias não foram atingidos pela decadência, pois o fisco dispunha de prazo até 31/12/2017, para formalizar o lançamento de ofício.

Concordo com o argumento do Relator *a quo*, pois não havendo o registro dos documentos fiscais, não há nada a ser homologado, e em sendo assim, não se pode aplicar a regra decadencial do art. 150. Tal situação vem sendo analisada constantemente em recursos ao Superior Tribunal de Justiça, que firmou jurisprudência neste sentido conforme acórdão abaixo transcrito:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.230.361 - MG (2018/0003644-6) RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES AGRAVANTE : ESTADO DE MINAS GERAIS AGRAVO CONHECIDO PARA SE NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. Tratando-se de débito fiscal oriundo de lançamento por homologação com parcial pagamento do tributo, aplica-se a regra do artigo 150, § 4o, do Código Tributário Nacional, para aferição da decadência, ou seja, o prazo de cinco anos começa a fluir da data do fato gerador, não se aplicando o disposto no artigo 173, I, do Código Tributário Nacional, aplicável aos casos em que não houve pagamento do tributo. Na seara desta Corte, registra-se que a obrigação tributária não declarada pelo contribuinte no tempo e modo determinados pela legislação de regência está sujeita ao procedimento de constituição do crédito pelo fisco, por meio do lançamento substitutivo, o qual deve se dar no prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN, (STJ - AREsp: 1230361 MG 2018/0003644-6, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Publicação: DJ 27/02/2018)

Quanto ao argumento de que a autoridade fiscal concordou na manifestação de possíveis equívocos cometidos pela Contribuinte no envio das informações, isto pode apenas denotar a ausência de dolo, mas o descumprimento da obrigação tributária independe de dolo. Assim, caracterizada a ausência de registro, há de se aplicar a regra de decadência do art. 173 do CTN. Infrações 10 e 11 procedentes em parte. Mantida a decisão de piso.

Quanto à infração 3, aduz o Recorrente, que não se pode permitir que seja penalizada com exigência do ICMS de operações realizadas entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, fato que já se encontra pacificado na jurisprudência pátria, sendo inclusive objeto da Súmula nº 166, do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe: “SÚMULA 166/STJ: NÃO CONSTITUI FATO GERADOR DO ICMS O SIMPLES DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE.”

Sendo assim, evidencia-se que o fato gerador de ICMS imputado à Impugnante pelo Estado da Bahia - circulação de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica - não

ocorreu, uma vez que a titularidade das mercadorias em questão permaneceu incólume, não havendo que se cogitar o pagamento do imposto estadual.

Que além da inocorrência de fato imponible do ICMS em parte das operações englobadas na infração em tela, há que se destacar que não foram consideradas algumas devoluções e cancelamentos, fatos que foram devidamente demonstrados nos documentos acostados ao CD anexo à defesa (Doc. 3 da Impugnação).

Assim, conclui-se que o ICMS exigido na presente infração há de ser cancelado, ante a inocorrência do fato gerador do imposto nas meras circulações de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo sujeito passivo, bem como pela demonstração dos estornos e devoluções ocorridos.

Como dito no acórdão recorrido, a infração 3 contempla a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, e além dos meses atingidos pela decadência, houve redução em alguns casos, em que se comprovou que havia produtos que não fazem parte da substituição tributária, e excluiu-se ainda as devoluções e cancelamentos apurados nas notas fiscais mencionadas pela defesa na mídia digital juntada na peça impugnatória.

As alegações defensivas da Súmula nº 166 do STJ, que afasta a possibilidade de ocorrência de fato gerador do ICMS no simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte não possui correlação com a infração em lide, que decorreu da apropriação de créditos indevidos, e a evocação da Súmula nº 166 do STJ, é mesmo inadequada para esta situação, conforme bem explicitado no acórdão recorrido.

O Recorrente afirma que não foram consideradas algumas devoluções e cancelamentos, que foram devidamente demonstrados nos documentos acostados ao CD anexo à defesa (Doc. 3 da Impugnação); contudo, após as exclusões e correções do autuante, acerca das mercadorias que não estão na substituição tributária, como SALGADOS COMUNS, PEITO DE FRANGO A PARMIGIANA, REPELENTE, etc, o Recorrente não aponta quais teriam permanecido no lançamento, apenas aponta genericamente o argumento defensivo da impugnação inicial, e que já foi contemplada e corrigida na informação fiscal e no voto recorrido, não havendo quaisquer alterações a fazer, pois sob escrutínio, o demonstrativo de correção do autuante, não possui mais tais mercadorias.

Infração 3 procedente em parte. Mantida a Decisão de piso.

Quanto à infração 5, por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, a Recorrente alega que demonstrou em sua defesa que diversas mercadorias cujas saídas lançadas fazem parte do regime de substituição tributária. Que Julgadores de primeira instância acataram parcialmente as demonstrações feitas pela Recorrente, mas mantiveram a glosa com relação aos salgados industrializados que também não estão enquadrados naquela sistemática.

O Recorrente insiste que há mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária vigente à época dos fatos geradores. Que anexou em sua defesa planilha com a indicação e ilustração dos produtos para que não restassem dúvidas quanto à improcedência da exigência. Todavia, apesar da clareza solar quanto à inclusão dessas mercadorias no regime de substituição tributária, os Julgadores de primeira instância entenderam que por não haver prova nos autos de que o ICMS/ST de tais mercadorias fora anteriormente recolhido, e que a exigência restaria mantida.

Que por terem reconhecido que tais produtos estão no regime de substituição tributária já demonstra a improcedência da infração, devendo essa ser cancelada, pois caso o imposto não tivesse sido recolhido, o que se cogita apenas por argumentação, o Auditor Fiscal deveria ter elaborado lançamento específico para esse tipo de exigência e não tê-lo incluído na acusação falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, como é o caso ora em análise.

Denota-se no julgamento recorrido, que a NCM indicada para o produto “salgadinho industrializado” não integra o rol de produtos da ST, listados no Anexo I do RICMS/12, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, submetendo-se, portanto, ao regime de tributação normal. Assim, se por equívoco, a citada mercadoria tivesse o imposto recolhido por substituição tributária, seja pelos fornecedores, seja por ele mesmo, ainda que por engano, caberia ao Recorrente fazer prova disto, mas não o fez.

É certo que o lançamento inicial de R\$68.47,32 foi corrigido para R\$39.598,70, por conta de decadência, de transferências internas, de mercadorias com tributação já encerrada por substituição tributária, remanescendo apenas as operações com CFOP 5102 – vendas de mercadorias adquiridas de terceiros e CFOP 5202 – devoluções de compras para comercialização, e o Recorrente não logrou apresentar em seu Recurso mercadorias remanescentes que estejam na substituição tributária, ou ainda que não estejam, se o imposto equivocadamente foi pago por substituição, mas isto não foi feito. Mantida a decisão recorrida. Infração 5 procedente em parte.

Face ao exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício assim como ao Recurso Voluntário.

INFR	VLR LANÇADO	VLR JULG.-JF	VLR JULG.-CJF	RESULTADO
1	14.203,70	0,00	0,00	IMPROCEDENTE/N.PROVIDO
2	4.434,70	19,26	19,26	PROC.PARCIAL/N.PROVIDO
3	153.056,40	113.972,05	113.972,05	PROC.PARCIAL/N.PROVIDO
4	23.732,78	1.003,47	1.003,47	PROC.PARCIAL/N.PROVIDO
5	68.407,32	39.598,70	39.598,70	PROC.PARCIAL/N.PROVIDO
6	14.573,97	0,00	0,00	IMPROCEDENTE/N.PROVIDO
7	122.919,32	34.309,12	34.309,12	PROC.PARCIAL/N.PROVIDO
8	3.735,62	3.735,62	3.735,62	PROCEDENTE/N.PROVIDO
9	13.281,80	1.092,45	1.092,45	PROC.PARCIAL/N.PROVIDO
10	3.439,79	2.972,04	2.972,04	PROC.PARCIAL/N.PROVIDO
11	3.590,19	3.556,17	3.556,17	PROC.PARCIAL/N.PROVIDO
TOTAL	425.375,59	200.258,88	200.258,88	

VOTO DIVERGENTE (Recurso Voluntário – Infrações 10 e 11)

Com a devida vênia, me permito discordar do voto do ilustre Conselheiro Relator Ildemar Landin, no que se refere ao seu posicionamento em relação às infrações 10 e 11 do Auto de Infração, em epígrafe, lavrado em 27/09/2017, ora apreciado por este colendo colegiado de 2ª instância.

Ambas as infrações susomencionadas tratam de cobrança de multa por entrada de mercadorias no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, ou seja, descumprimento de obrigação acessória.

Compulsando os autos, verifico que não existe comprovação de que tal descumprimento pelo sujeito passivo tenha se dado por dolo, fraude ou simulação.

Constato ainda que decorreu mais de 05 (cinco) anos da data da lavratura da autuação das infrações 10 e 11, ou seja, **27 de setembro de 2017**, em relação às datas dos fatos geradores ocorridos de **janeiro a setembro de 2012**, de ambas as infrações.

Desse modo, fica evidente, com clareza solar, que a cobrança de multa para os lançamentos com fatos geradores acima em grifo, está abarcada pela DECADÊNCIA, nos termos insculpidos no Art. 150, § 4º do CTN, a seguir transcritos, *in verbis*:

***Art. 150.** O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

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

Por tudo acima exposto, entendo improcedente a cobrança da multa sobre todos os lançamentos contidos nas infrações 10 e 11 que tiveram as datas de seus fatos geradores entre janeiro/2012 a setembro de 2012, por força da DECADÊNCIA acima apontada. Nesta esteira, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário no que tange as infrações 10 e 11 do Auto de Infração do presente processo administrativo fiscal em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0034/17-8**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$193.730,67**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b” e “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário) – Conselheiros: Ildemar José Landin, Marcelo Mattedi e Silva e Maurício Souza Passos.

VOTO DIVERGENTE (Recurso Voluntário) – Conselheiros: Carlos Henrique Jorge Gantois, Henrique Silva Oliveira e Paulo Shinyashiki Filho.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSE LANDIN – RELATOR

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS - VOTO DIVERGENTE
(Recurso Voluntário)

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE– REPR. DA PGE/PROFIS