

A. I. Nº - 298958.0035/17-4
AUTUADO - CENCONSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - JOSMAN FERREIRA CASAES
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 19/11/2019

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0242-03/19

EMENTA: ICMS. 1. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO.

a) ATIVO PERMANENTE. Infração 01 insubstiente. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração 02 insubstiente. **c)** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O sujeito passivo logra êxito em elidir parcialmente a autuação. Infração 03 parcialmente subsistente. **d)** SAÍDAS DE MERCADORIAS BENEFICIADAS. ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. Infração 04 parcialmente subsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração 05 subsistente. **b)** RECOLHIMENTO A MENOR. **b.1)** VALORES EM DESENCONTRO ENTRE O RECOLHIDO E O ESCRITURADO. Infração 06 insubstiente. **b.2)** SAÍDAS DE MERCADORIAS ESCRITURADAS. ALÍQUOTAS DIVERSAS. Infração 07 parcialmente subsistente. **c)** DIFERENÇAS DE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. **c.1)** ATIVO FIXO. Infração 08 subsistente. **c.2)** USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração 09 subsistente. 3. MULTA POR DESCUMPRIMENTO ACESSÓRIA. FALTA DE REGISTRO FISCAL. **a)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Infração 10 parcialmente subsistente. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração 11 parcialmente subsistente. Acatada parcialmente preliminar de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/09/2017, para exigir o crédito tributário no valor de R\$672.803,40, através das seguintes infrações:

Infração 01 - **01.02.01.** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de fevereiro, maio, junho, novembro e dezembro de 2012 e fevereiro de 2013. Exigido o valor de R\$49.198,36, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 268 e 269;

Infração 02 - **01.02.02.** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento nos meses de janeiro a dezembro de 2012 e janeiro, março, maio, julho, setembro a dezembro de 2013. Exigido o valor de R\$18.946,60, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 274 a 274;

Infração 03 - **01.02.06.** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária nos meses de janeiro a dezembro de 2012 e 2013. Exigido o valor de R\$223.942,53, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 125 a 267;

Infração 04 - **01.02.26.** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de

mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto nos meses de janeiro a dezembro de 2012 e 2013. Exigido o valor de R\$161.299,08, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 24 a 124;

Infração 05 - **02.01.03.** Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos meses de janeiro a dezembro de 2012 e 2013. Exigido o valor de R\$53.602,82, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 306 a 324;

Infração 06 - **03.01.01.** Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto nos meses de janeiro de 2012 e 2013. Exigido o valor de R\$15.385,00, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 23;

Infração 07 - **03.02.02.** Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos meses de janeiro a dezembro de 2012 e 2013. Exigido o valor de R\$111.737,74, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 325 a 360;

Infração 08 - **06.01.01.** 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 nos meses de fevereiro, abril a junho, agosto, novembro e dezembro de 2012. Exigido o valor de R\$18.291,20, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 275 a 293;

Infração 09 - **06.02.01.** Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento nos meses de janeiro a dezembro de 2012 e 2013. Exigido o valor de R\$13.434,89, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo às fls. 361 a 380;

Infração 10 - **16.01.01.** Entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de janeiro a dezembro de 2012 e 2013. Exigido o valor de R\$4.407,95. Demonstrativo às fls. 361 a 380;

Infração 11 - **16.01.02.** Entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de janeiro a dezembro de 2012 e 2013. Exigido o valor de R\$2.557,23. Demonstrativo às fls. 361 a 380.

O Autuado apresenta peça defensiva, fls. 391 a 428, inicialmente, observa a tempestividade da impugnação e aduz os argumentos que se seguem.

Suscita preliminar de decadência parcial do crédito tributário, considerando a ciência do feito infracional em 02/10/2017 para o período fiscalizado de jan/2012 a dez/2013.

Assinala que o instituto da decadência é estatuído no §4º, do art. 150, do CTN que prevê a contagem do prazo decadencial de 5 anos a partir da ocorrência do fato gerador. Defende a aplicação da decadência com fundamento no art. 150, §4º, do CTN para aplicar a regra de contagem do prazo decadencial prevista no art. 173, inciso I, do CTN que inicial a contagem a partir do 1º dia do exercício seguinte àquele que o lançamento foi efetuado.

Afirma ter comprovado a ocorrência da decadência com a perda do direito de rever o lançamento por homologação, com fundamento no art. 150, §4º, do CTN. Destaca recente 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.

Tece comentários acerca da mudança de posição do CONSEF sobre a decadência. Registra que o

Conselho de Fazenda reconheceu a incidência do fenômeno da decadência e reduzir o valor lançado, conforme demonstrativo constante do seu voto. Acrescenta que o representante da PGE emitiu parecer oral no sentido de acatamento da alegação de decadência. Ao final do julgamento, todos os Conselheiros integrantes da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF concordaram pela aplicação da decadência.

Salienta que a mudança de posicionamento no âmbito do CONSEF deve-se à 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. Transcreve trechos do voto que tratam do reconhecimento da decadência.

Assim, requer o reconhecimento da decadência parcial dos valores cobrados no Auto de Infração ora impugnado, excluindo-se os valores cobrados do período de 01/2012 a 09/2012.

No mérito, alega ausência de fato gerador do ICMS devido à inexistência de mercadoria e consequente a circulação da mesma. Disse que a fiscalização se equivocou não ter observado a não incidência do ICMS nas transferências internas entre estabelecimentos da autuada, pois registra que a ausência de qualquer intuito comercial na operação de simples remessa dos bens do estabelecimento da autuada para outros estabelecimentos seus localizados na Bahia. Cita lição do professor Paulo de Barros Carvalho que define os termos “operações”, “circulação” e “mercadorias”.

Assevera que encontra razão de ser na assertiva de que o fato gerador do ICMS é a operação de circulação de mercadoria, o que definitivamente, não aconteceu no presente caso.

Denota que a incidência do ICMS pressupõe a compra e venda de mercadorias (transferência de propriedade do bem comercializado) com intuito negocial. Assinala que o aspecto material da hipótese de incidência tributária é representado por um negócio jurídico assentido entre as partes consistente na entrega de mercadoria mediante remuneração em pecúnia. Porém, no presente caso, forçoso reconhecer que a relação jurídica obrigacional que dá origem à obrigação tributária não se perfaz com a simples remessa de bens de um estabelecimento a outro da própria da Contribuinte. Transcreve trechos de lições do jurista pátrio de Geraldo Ataliba.

Com base nos ensinamentos de Roque Antonio Carraza, afirma que quem efetua a saída dos bens de seu estabelecimento situado no Estado da Bahia para outro estabelecimento seu situado no mesmo Estado, não resta dúvida quanto à não incidência do ICMS nesta operação.

Sublinha que, sendo a base de cálculo do ICMS uma dimensão do valor da operação da qual resulta a circulação de mercadoria do patrimônio de uma pessoa para o de outra, chegar-se-á facilmente à ilação de que, no caso como o ora examinado em que não se tem circulação jurídica de mercadoria apta a ensejar a tributação pelo imposto estadual, sem valor econômico, a insistência na alegação em favor de seu recolhimento implica na afirmativa de que a sua base de cálculo é zero.

Destaca que a base de cálculo do ICMS é o valor da operação de que decorrer a saída de mercadoria, resta claro que, na hipótese presente, a base de cálculo, a se insistir na incidência do imposto, é zero, haja vista que a operação que transfere os bens entre estabelecimentos da autuada é desprovida de valor econômico.

Sustenta existir sim, um valor da operação de transferência dos bens entre dois estabelecimentos da autuada, tanto é que se encontra refletido na respectiva nota fiscal, porque o valor aposto no documento fiscal corresponde ao valor de custo da mesma e não ao valor da transação econômica que, servindo de base de cálculo do imposto estadual, é composto pelo custo acrescido da parcela da margem de lucro do vendedor. Pondera que, se não há o proveito econômico, pois não há intuito negocial nesta simples remessa de mercadorias, reforça-se a ideia de que a base de cálculo do ICMS é zero. Reproduz lição de Marco Aurélio Greco e Anna Paula Zonari.

Ratifica a tese exposta, sem olvidar o fato de que os estabelecimentos de que ora se cuida pertencem ao mesmo titular, ou seja, são da autuada, destaca-se a seguir o entendimento unívoce da jurisprudência pátria sobre o assunto. Reforça o raciocínio exposto na presente manifestação se posicionou a jurisprudência pátria, por intermédio de reiteradas manifestações do Egrégio Superior Tribunal de Justiça - STJ, as quais afastaram, expressamente, a fundamentação, na qual se fundamentou a autuação ora combatida. Disse que tal questão foi de tal forma pacificada que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 166.

Postula que, em razão da multiplicidade de recursos, versando sobre a mesma matéria, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 166 (reproduz), consagrando o entendimento, há muito pacificado, no sentido de que a mera saída de um bem do contribuinte para outro estabelecimento de sua titularidade não se enquadra na hipótese de incidência do ICMS.

Destaca que, apesar de proferido antes da edição da Lei Complementar nº 87/96, tal enunciado permanece aplicável à hipótese vertente, na medida em que os julgados em que se baseou, fundavam-se justamente na impossibilidade da tributação do ICMS em remessas de bens entre estabelecimentos de um mesmo titular. Transcreve o acórdão em sede de Recurso Repetitivo pelo Tema 259 - REsp nº 1.125.133/SP - Relator Ministro Luiz Fux.

Conclui que, havendo a transferência física das mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular sem o intuito comercial, não há que se falar no conceito de custo da mercadoria para formar a base de cálculo de transferência e por essa razão não deveria ser exigido o ICMS, de acordo com a Súmula 166, do STJ.

Nos argumentos das Infrações 01, 02 e 03, alega decadência parcial para os valores cobrados do período de 01/2012 a 09/2012. Defende ainda, que a fiscalização não observou os valores estornados no livro Registro de Apuração, conforme planilha constante do CD em anexo (DOC. 03).

Impugna quanto à ausência de fato gerador devido à não incidência do ICMS nas transferências internas entre estabelecimentos da autuada, conforme planilha constante do CD em anexo (DOC. 03). Afirma ainda que os produtos (repelente e colchão inflável) não fazem parte da ST, sendo que a fiscalização incluiu na autuação. Assinala também que a fiscalização incluiu na autuação notas fiscais de devolução, com crédito indevido referente às vendas com débito indevido, que se anulam.

Em relação à Infração 04, volta a alegar a decadência para o período de 01/2012 a 09/2012, o equívoco da fiscalização não ter observado produtos estornados no LRA pelas notas fiscais e quanto às notas fiscais de devolução.

Quanto à Infração 05, alega decadência parcial para o período citado e sustenta que o produto salgadinho industrializado não faz parte da ST.

Com relação à Infração 06, só alega decadência parcial.

Para a Infração 07, diz que decaiu parte da autuação (01/2012 a 09/2012). Sustenta equívoco da autuação para o produto composto lácteo a partir de 01/08/2013 com alíquota interna de 7% e impugna quanto às transferências interestaduais, pois o fisco não observou a correta alíquota de 12% (produtos nacionais) e de 4% (produtos importados) entre os Estados da Bahia e Sergipe.

Em relação às Infrações 08 e 09, diz que só há decadência parcial para o período de 01/2012 a 09/2012.

Quanto às Infrações 10 e 11, pontua pertinência a decadência parcial já citada e discorre equívoco quanto às notas fiscais escrituradas no livro Registro de Entrada, no qual foi autuada.

Solicita diligência para revisão da autuação. Constatada a necessidade de realização de diligência fiscal no sentido de se determinar ampla revisão do levantamento da Fiscalização, com base nas planilhas anexadas à presente defesa, bem como na documentação a ser apresentada na fase da

diligência, a fim de adequá-lo à realidade. Roga quanto aos princípios da verdade material e da ampla defesa. Requer deferimento de diligência fiscal para que seja feita a análise dos demonstrativos, nos termos dos art. 137, inciso I, alínea “a”, do RPAF-BA/99, com a finalidade de exclusão dos valores cobrados indevidamente.

Cita novamente o princípio da busca da verdade material. Frisa encontrar-se na iminência de ser obrigada a pagar débito de ICMS maior do que o devido, porque não foram excluídos valores indevidos, o que revela uma injustiça do ponto de vista fiscal.

Registra a necessidade de uma diligência fiscal porque o processo administrativo fiscal é regido pelo princípio da verdade material, não se limitando aos aspectos formais, procedimentais, mas visa, sobretudo, o julgamento fiel à realidade dos fatos, o que representa a cobrança de um suposto débito pelo seu valor real. Nesse sentido, não interessa ao Estado o enriquecimento sem justa causa em detrimento dos contribuintes: se houver débito, que ele seja cobrado pelo montante real, após uma análise ampla e irrestrita dos dados fáticos. A propósito, vejamos o que estabelece o art. 2º, do RPAF-BA/99.

Reitera que com o exame das planilhas anexadas à presente defesa bem como os documentos que serão disponibilizados na fase da diligência, para que seja determinada a elaboração de novo demonstrativo do débito, conforme previsão legal do art. 145 e 150, inciso I, do RPAF-BA/99. Consigna que o pedido de diligência se fundamenta na insuficiência da apuração do levantamento da Fiscalização, ao não excluir os valores cobrados indevidamente.

Assim, requer e solicita na diligência e perícia para o perito responder os quesitos que enumera às fls. 426 e 427.

Por fim, pede pelo Provimento da impugnação para seja julgada improcedente o Auto de Infração. O Autuante presta informação fiscal, fls. 449 a 473, reproduz a descrição das infrações e passa a contrapor os argumentos defensivos.

Quanto aos fatos da prejudicial de decadência parcial para o período de 01/2012 a 09/2012, em razão do disposto no §4º, do art. 150 CTN, salienta que, ao referenciar os motivos que considerou como determinantes, para pleitear o cancelamento da exigência fiscal ora discutida, o Autuado, alude em sua peça de defesa, quanto à verificação do “fenômeno da decadência” que haveria trazido fatos geradores do exercício de 2011, constituindo-se, pois a decadência, em uma das modalidades de extinção do crédito tributário, evocando ainda, o §4º, do art. 150, do CTN, que entende aplicável ao caso concreto.

Registra que, não obstante o labor despendido no exercício legal do seu direito de defesa, o Autuado, envidou esforços em vão, com o escopo de confundir os julgadores, uma vez que os valores constantes do Auto de Infração em tela, foram apurados por meio de lançamento de ofício, modalidade esta, passível de ser aplicada a todos os tributos.

Ressalta que o lançamento de ofício é aquele resultante da ação exclusiva do agente fiscal, sem qualquer colaboração do Sujeito Passivo Tributário. Os valores exigidos, através do Auto de Infração em lide, não foram sequer, apurados pelo contribuinte; pelo contrário, foram apurados por ação direta do Autuante.

Assevera que, para os casos de lançamento de ofício, é regra geral que o início do prazo decadencial de cinco anos, ocorre no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, tudo conforme redação do art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional. Logo, o primeiro dia do exercício seguinte é o dia 1º de Janeiro, e não o primeiro dia útil do ano, pois, o ano civil coincide com o exercício financeiro e o prazo de decadência não se interrompe, nem se suspende.

Assinala que o exercício em que o lançamento poderia ter sido efetuado é o próprio exercício em que houver ocorrido o fato gerador. Desse modo, a partir de 01/01/2012 contar-se-á, a começar do

zero, os cinco anos de decadência. Então, no caso concreto, 01/01/2012 será o marco inicial do primeiro ano para contagem do prazo decadencial, o qual se esgotará em 01/01/2017, valendo aludir, que no PAF sob análise, a ciência foi dada ao contribuinte na data de 02/10/2017, portanto, bem antes do prazo de ocorrência da decadência, prevista no art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, aprovado pela Lei nº 5172 de 25/10/1966.

Frisa que o lançamento de ofício é aquele em que a autoridade administrativa fiscal, que dispõe de dados para efetuar a cobrança do tributo, o faz, sem auxílio nenhum do sujeito passivo. E que o prazo indicado no art. 173, inciso I, do CTN, é a regra geral de contagem do prazo decadencial para a constituição do crédito tributário em relação aos tributos lançados de ofício, bem como, a alguns outros tipos de lançamento, conforme veremos posteriormente.

Destaca que a regra da decadência prevista no §4º, do art. 150, do CTN, é aplicada quando o contribuinte apura o imposto não o recolhe ou, o recolhe parcialmente. Firma que nesse caso, tanto a doutrina como a jurisprudência são pacíficas, quanto à aplicação da regra de decadência presente no art. 150, do CTN. Esclarece que essa não é a situação do fato concreto, aqui analisado. Afirma se tratar de lançamento de ofício, aquele constituído a partir da iniciativa exclusiva do agente fiscal, sem qualquer colaboração da parte do sujeito passivo tributário, que nos termos ministrado pelo ilustre Professor Hugo de Brito Carvalho, pode ser aplicado a todas as espécies tributárias, em todas as suas modalidades de lançamentos.

No caso concreto em análise, diz que o que resultou no Auto de Infração ora impugnado, foi que o contribuinte escriturou os documentos fiscais e apurou um valor do imposto e o recolheu. Em relação a este valor que o contribuinte apurou e recolheu, não há qualquer contestação, está sendo homologado. Destaca que a sua escrituração fiscal se encontra eivada de erros os mais diversos, tais como: utilização indevida de benefício fiscal; erro na determinação da base de cálculo do imposto; falta de retenção do ICMS na condição de contribuinte substituto, nas saídas destinadas a contribuintes não-inscritos ou em situação cadastral irregular e falta de estorno de crédito apropriado em valor superior ao permitido.

Para os tributos lançados de ofício, afirma que são cristalinos, tanto para doutrina como para a jurisprudência, o entendimento de que a contagem do prazo decadencial, submete-se aos ditames do inciso I, do art. 173, do CTN, ou seja, ela inicia a contagem no primeiro dia do exercício seguinte, no caso sob análise, 01/01/2017, em relação às operações efetuadas pelo contribuinte no exercício de 2012. Prossegue assinalando que o parágrafo único do art. 173, do CTN, diz que o direito de constituir o crédito tributário, extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento. Afirma que neste caso, o termo inicial do prazo decadencial é antecipado se, antes do dia 1º de Janeiro, se o sujeito passivo for notificado de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Observa ser de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado, o prazo de decadência para que, de ofício, a autoridade fiscal constitua o crédito tributário não declarado pelo contribuinte por auto indispensável ao lançamento” (parágrafo único). “Se a notificação do contribuinte dos trabalhos de fiscalização ocorrer após o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador, não surtirá efeitos no que se refere ao curso decadencial, permanecendo como data inicial aquela estipulada pelo art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado” (STJ, Resp n. 909.570, Rel. Min. Francisco Falcão, j. em 24/04/2007). Vencedora ou vencida a Fazenda Pública os honorários advocatícios devem ser fixados com razoabilidade, proporcionalidade e parcimônia, nos termos do §4º, do art. 20, do Código de Processo Civil, sem aviltar o trabalho do Advogado.

Destaca que o lançamento direto, de ofício ou *ex officio*, é a modalidade mais tradicional no direito brasileiro. Nela, o procedimento de lançamento é completamente feito pelo sujeito ativo. Sua utilização é frequente em impostos lançados a partir de dados cadastrais, mas vem sendo substituído por outras formas de constituição. Também é usado em caso de declarações prestadas de forma irregular. Menciona que um exemplo de sua utilização é o IPTU.

Revela que lançamento de ofício é aquele realizado pela autoridade competente sem qualquer tipo de auxílio por parte do contribuinte. Observa que uma característica que deve ser observada, é que o rol de hipóteses de lançamento de ofício apresentado pelo artigo acima mencionado é taxativo, o que significa dizer, que somente nos casos previstos pela lei poderá a Administração Pública efetuar o lançamento.

Transcreve julgado do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em decisão de 15/03/07, que confirmou tal posição em acórdão (TJMG - PROC. N.º 1.0024.05.692077-0/001(1); RELATORA DESEMBARGADORA MARIA ELZA; PUB. 30/03/2007). Registra que naquela decisão, ao analisar exigência sobre serviço preparatório de comunicação não levado à tributação pelo ICMS, mas tributado pelo ISS, a Contribuinte recolheu o saldo devedor mensal apurado, como na situação ora em análise. Entenderam os ilustres julgadores que não havendo o pagamento sobre aquela parcela, não há que se falar em homologação, mas sim em lançamento de ofício, ensejando aplicação da norma do art. 173, inciso I, do CTN.

Pontua que o lançamento de ofício, ou suplementar, é aquele que é efetuado por iniciativa da autoridade administrativa, independentemente de qualquer colaboração do sujeito passivo. Qualquer tributo pode ser lançado de ofício, desde que não tenha sido lançado regularmente na outra modalidade. Resumindo, é a modalidade em que o próprio Fisco efetua o lançamento, por sua iniciativa própria.

Esclarece que a redação do já mencionado art. 173, inciso I, do CTN, dá conta que o *exercício* lá referido é o *seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado*. Para saber, então, qual o exercício dito no citado dispositivo, é necessário saber, antes, o momento a partir do qual lançamento de ofício (via Auto de Infração) pode ser efetuado. Cita julgado (STJ – T2 – 2ª Turma – Relator: Ministro Mauro Campbell Marques - Processo REsp 1202230/RS Recurso Especial 2010/0123651-0 – Data do julgamento: 11/10/2011 – Publicação: DJe 18/10/2011).

Aponta que o Autuado inicia sua peça impugnatória arguindo a preliminar de decadência, considerando que tomou ciência do Auto de Infração em 05/10/2016, que o período da infração é de 01/2011 a 12/2013, e que o referido Auto de Infração, ora impugnado, engloba período alcançado pela decadência, razão pela qual parte do débito não poderia ter sido cobrada no presente procedimento.

No mérito, passa a contrarrazoar ponto a ponto as alegações da defesa:

Infração 01 - disse que reconhece como procedente em parte as alegações da suplicante quanto a esta Infração, e que identifica o estorno de crédito referentes aos meses de novembro/2012 no montante de R\$20.003,45; dezembro/2012 no valor de R\$17.930,57 e fevereiro/2013 no montante de R\$ 1.408,13. Informa ainda, que fez o refazimento das planilhas levando em consideração os montantes estornados e que anexa a este PAF novas planilhas para esta Infração, remanescendo um crédito tributário no total de R\$9.856,21.

Infração 02 - reconhece como procedente em parte as alegações da suplicante, no disso que identifica o estorno de crédito referentes aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2012, nos montantes de R\$560,04, R\$346,03 e R\$8.254,23, respectivamente e janeiro, março, abril, maio, julho, setembro, outubro novembro e dezembro de 2013 nos montantes de R\$377,91, R\$385,39, R\$579,84, R\$785,49, R\$1.813,46, R\$675,26, R\$371,16, R\$345,38 e R\$487,02, respectivamente. Informa que refez as planilhas levando em consideração os montantes estornados e que anexamos a este PAF novas planilhas para esta Infração, remanescendo um crédito tributário no total de R\$3.965,39.

Infração 03 - reconhece a procedência parcial das alegações da Autuada, haja vista, que nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2012 houve o estorno no livro Registro de Apuração da Autuada dos montantes de R\$2.380,59, R\$5.401,77 e R\$3.521,93, respectivamente e nos meses de janeiro, fevereiro, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2013, nos montantes de R\$6,54, R\$178,91, R\$786,27, R\$261,60, R\$220,68, R\$218,92, R\$173,11 e R\$273,34, respectivamente, valores estes lançados nas novas planilhas de débito e informamos também a exclusão das planilhas de débito das mercadorias REPELENTE de uso tópico e COLCHÃO INFLÁVEL, por tratar-se de produtos que não faz parte da substituição tributária.

Refuta as alegações genéricas, interpostas pela Autuada e contidas no Doc. 03, acostado à fl. 445, sob a forma de Mídia Gravada (CD), pugnado pela inobservância por parte do Autuante sobre o disposto na Súmula nº 166 do STJ, respaldando a nossa contraposição, através do arrazoado a seguir: “SÚMULA 166 STJ – NÃO CONSTITUI FATO GERADOR DO ICMS O SIMPLES DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE”.

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

Diante do exposto, e excluídos os valores cobrados indevidamente, remanesce ainda um crédito fiscal de ICMS em favor da Fazenda Pública Estadual o montante de R\$209.627,41 para esta Infração.

Infração 04 - entende como parcialmente procedentes as alegações da Autuada, visto que, nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2012 houve o estorno no livro Registro de Apuração da Autuada dos montantes de R\$2.361,39, R\$5.344,36 e R\$3.521,93, respectivamente e nos meses de janeiro, fevereiro, março, abril, maio, junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2013, nos montantes de R\$4.090,26, R\$5.328,87, R\$8.259,67, R\$4.327,20, R\$9.801,52, R\$9.478,90, R\$7.900,21, R\$8.540,07, R\$7.966,27, R\$10.140,31, R\$10289,42 e R\$4.470,84, respectivamente, valores estes lançados nas novas planilhas de débito. Informa que anexa a este PAF novas planilhas de débito, remanescendo para esta Infração um crédito tributário no montante de R\$59.958,56.

Infração 05 - verifica a alegação da Suplicante que a fiscalização incluiu valores acompanhados da decadência, a não incidência do ICMS nas transferências internas entre estabelecimentos da autuada e a inclusão do produto salgadinho industrializado, que faz parte da Substituição Tributária. Observa a decadência mencionada pela Autuada é amplamente rechaçada nesta Informação Fiscal. Podemos facilmente constatar nas planilhas anexadas a este PAF às fls. 152 a 176 que esta deu saída de mercadorias tributadas, sem tributação, inclusive os alegados salgadinhos industrializados, pois, os NCMs (19059090) destes produtos não fazem parte das mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Refuta as alegações genéricas, interpostas pela Autuada e contidas no DOC. 03, acostado à fl. 445, sob a forma de Mídia Gravada (CD), pugnado pela inobservância por parte do Autuante sobre o disposto na Súmula nº 166 do STJ, respaldando a nossa contraposição, através do arrazoado já exposto. Destaca que se existe a vedação, quanto ao uso dos créditos sobre as entradas de mercadorias com saídas subsequentes, beneficiadas com isenção ou redução do imposto, independentemente da origem, e a Autuada se apropriou de tais, o remédio jurídico-fiscal adequado, para ilidir tempestivamente tal procedimento, seria, a nosso ver, a promoção dos competentes estornos de crédito, fato esse, que não foi alegado ou comprovado, e não, uma mera e conflitante ilação, quanto ao procedimento da Autuada.

Diante do exposto, mantemos esta Infração em seu montante integral.

Infrações 06, 08 e 09 - pontua que os valores foram apanhados pela decadência. Refuta tal alegação e mantemos a cobrança em seu montante integral para esta Infração.

Infração 07 - entende como parcialmente procedente as alegações da Autuada, quando esta afirma que, o produto composto lácteo, a partir de 01/08/2013, passou a ser tributado pela alíquota de 7%. Refuta as alegações genéricas, interpostas pela Autuada e contidas no DOC. 03, acostado à fl. 445, sob a forma de Mídia Gravada (CD), pugnado pela inobservância por parte do Autuante sobre o disposto na Súmula nº 166 do STJ, respaldando a nossa contraposição, através do arrazoado já reproduzido

Informa que a exclusão deste produto das planilhas de débito no período de 01/08/2013 a 31/12/2013, e que anexa a este PAF novas planilhas de débito, remanescendo para esta Infração um crédito tributário no montante de R\$ 105.273,92.

Infração 10 - reconhece em parte as alegações da suplicante quanto às Notas Fiscais de nºs 46634, 46635, 47449, 201750, 47446, 201751, 47447, 1937356, 53325 e 53324, e informa a exclusão destas da planilha de débito. Mantemos a cobrança quanto às demais Notas Fiscais de Entrada não escrituradas, e informamos a anexação a este PAF de novas planilhas de débito para esta Infração. Remanesce para esta Infração o montante de R\$ 4.165,24.

Infração 11 - também reconhece em parte as alegações da suplicante quanto às Notas Fiscais de nºs 24905, 26340, 2181, 32113, 32443, 32742, 34319, 34402, 34760, 35699, 1326525, 1326523, 1326519, 35756, 1326518, 1326522, 1326520, 6521, 6524 e 35786, e informa a exclusão destas da planilha de débito. Mantemos a cobrança quanto às demais Notas Fiscais de Entrada não escrituradas, e informamos a anexação a este PAF de novas planilhas de débito para esta Infração. Remanesce para esta Infração o montante de R\$2.471,17.

Conclui pelo acatamento parcial das alegações do Autuado e efetuados os expurgos pertinentes constantes no PAF ora em lide, correspondente ao refazimento dos Demonstrativos de Débito para as mesmas, reclama o crédito fiscal de ICMS no valor de R\$496.031,81.

Em manifestação do contribuinte, às fls. 477 a 500, o representante do Autuado volta a suscitar a decadência parcial para o período de 01/2012 a 09/2012 referente às 11 infrações autuadas. Assinala que comprovou a ocorrência da decadência com a perda do direito do Fisco de rever o lançamento por homologação, considerando que tomou ciência do Auto de Infração impugnado em 02/10/2017 e o período da infração de 01/2012 a 12/2013.

Destaca que a posição do Autuante, no bojo da sua Informação Fiscal, contraria a posição atual e consolidada do CONSEF sobre o tema, pela aplicação da decadência, com base em posicionamento da PGE.

Salienta que a mudança de posicionamento no âmbito do CONSEF deve-se à 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, sendo que em 12/06/08, o STF expediu a Súmula Vinculante nº 8 (publicada em 20/06/2008), a qual estabeleceu que “São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam da prescrição e decadência do crédito tributário”. Embora o seu enunciado não o diga, as razões de decidir (que não vincula, ressalte-se) deixaram evidente o entendimento da corte maior, no sentido de que as normas tributárias atinentes ao prazo decadencial somente podem ser veiculadas por lei complementar federal.

Diz que a referida decisão repercutiu na aplicação da legislação tributária interna no Estado da Bahia, pois a observância dessa regra conduz a uma invalidação do dispositivo previsto na lei baiana, especificamente o inciso I, do art. 107-A, do COTEB que regulava o prazo decadencial para feitura do lançamento.

Assevera que o dispositivo legal citado foi revogado, em 28/11/2014. Sendo assim, embora a lei

estadual citada se mantivesse vigente até 28/11/2014, a PGE vem recomendando que não mais venha a ser aplicada nos julgamentos com data posterior à expedição da Súmula Vinculante nº 08, ou seja, dia 12/06/2008, conforme se pode depreender da leitura de trecho da proposta de “PROCEDIMENTO DE UNIFORMIZAÇÃO DE ORIENTAÇÃO JURÍDICA” (aprovada internamente e ainda pendente de publicação), reproduzido a seguir.

“... Por conseguinte, reputamos ser cabível à Administração judicante decidir pela invalidade dos autos de infração que aplicaram 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.”

Reitera que o posicionamento no âmbito do CONSEF, cujos fundamentos merecem ser debatidos pelos Conselheiros da Junta de Julgamento Fiscal, considerando o relevante fundamento e que a própria PGE vem recomendando que não mais venha a ser aplicada a regra do inciso I, do art. 107-A, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB nos julgamentos com data posterior à expedição da Súmula Vinculante nº 08, ou seja, dia 12/06/2008.

Rechaça o requerimento no sentido de que seja reconhecida a decadência parcial.

Quanto aos fatos meritórios, alega as mesmas razões já expostas na impugnação inicial.

O Autuante presta nova informação, fls. 505 a 507, informando que o Autuante informa que o autuado não trouxe fatos novos, em sua peça impugnatória, que já não tenha sido redarguido.

Pugna pela Procedência em Parte do Auto de Infração no valor já estabelecido na informação fiscal prestada.

Essa 3ª JJF decide converter os autos em diligência, fl. 539 para que o Autuante adotasse as seguintes providências:

Infrações 03 e 04 – verificar se, efetivamente, ocorreria a inclusão no levantamento fiscal de notas fiscais de devolução, notas fiscais com crédito indevido referente às vendas com débito indevido, indicadas pelo Impugnante na planilha constante do CD, fl. 445. Se confirmada a existência deverá ser refeito o levantamento procedendo-se as correspondentes exclusões; Manter no levantamento da **Infração 03** as operações com repelente com NCM 3808.91, constante no item 25.10 do Anexo 1, do RICMS-BA/12, a exemplo do **Repelente Reflex Kid - NCM 3808.91.19**, constante da Nota Fiscal nº 1689176 de 03/08/2013 e do **Repelente Off Loção - NCM 3808.9119**, constante da Nota Fiscal nº 1702085 de 10/08/2013; Ainda em relação à Infração 03 intimar o Impugnante a apresentar a identificação das mercadorias e comprovação das operações atribuídas na defesa na planilha Resumo Infração 03, como sendo “Súmula 166” no valor R\$89,29;

Infração 07 – verificar se no levantamento fiscal foram incluídas operações de transferências interestaduais realizadas com as 12% e 4%, respectivamente, nas operações com produtos nacionais e importados. Se constarem do levantamento deverão ser excluídas. Caso necessário, deverá ser intimado o Defendente a comprovar as efetivas importações.

O Autuado, às fls. 528 e 529, informa que efetuou o pagamento parcial do débito reconhecido, mediante adesão ao Programa Concilia Bahia instituído pela Lei nº 14.016/2018.

O resultado da diligência foi apresentado às fls. 543 a 547, informando que depois de realizar os ajustes cabíveis, de acordo com o solicitado na diligência os valores remanescentes das Infrações 30, 04 e 07 são, respectivamente, R\$155.328,12, R\$57.721,24 e R\$35.219,12.

O Autuado se manifesta, fls. 559 e 569, concordando com os ajustes efetuados pelo Autuante e reafirma de seu pleito pela aplicação da decadência em relação às operações ocorridas no período de janeiro a setembro de 2012.

O Autuante presta nova Informação Fiscal, informando que o Impugnante não traz aos autos fato algum e afirma que mantém a procedência parcial nos termos da informação prestada anteriormente.

VOTO

Inicialmente, consigno que, depois de examinar as peças compõem o presente PAF não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, inclusive, com ajustes realizados mediante diligência, determinada por esta 3^a JJF. Observo que, o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, que pudessem inquinar de nulidade as infrações do presente lançamento.

O autuado, em sua impugnação, arguiu a decadência da Fazenda Estadual de exigir o tributo devido, no período de janeiro a setembro de 2012, com fulcro no art. 150, §4º, Código Tributário Nacional - CTN.

Saliento que, em relação ao tema Decadência, a PGE - Procuradoria Geral do Estado, por meio da Procuradoria Fiscal, através da emissão do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, manifestou o entendimento de que “*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 monte do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas”*”.

Os recentes julgados, envolvendo questionamento em torno da contagem do prazo decadencial, prolatados pela Segunda Instância deste CONSEF, têm acompanhado o entendimento esposado no referido Incidente de Uniformização.

Assim, nos termos expendidos, verifico que para as Infrações 01, 02, 03, 04, 06 e 07 por imputar ao Autuado, irregularidades, as quais foram declaradas, apurado o montante devido e efetuado o recolhimento o imposto em montante inferior, a fruição do prazo decadencial deve ser o previsto no §4º, do art. 150, do CTN, ou seja, a partir da data da ocorrência do fato gerador, no que diz respeito às operações cujas ocorrências se deram no período de janeiro a setembro de 2012.

Portanto, na data da ciência da lavratura do Auto de Infração, em 02/10/2017, conforme se verifica à fl. 10, as operações apuradas no período de janeiro a setembro de 2012 já haviam sido tragadas pela decadência, e neste caso, o Fisco perdeu o direito de promover o lançamento tributário.

Assim, devem ser excluídos os valores apurados nos meses de janeiro a setembro de 2012, do débito apurado nas Infrações 01, 02, 03, 04, 06 e 07. Por outro, lado às Infrações 05, 08, 09, 10 e 11 não foram alcançadas pela decadência.

Diante do exposto, acolho a parcialmente a preliminar de decadência suscitadas para ocorrências de fatos geradores das infrações ocorridos no período de janeiro a setembro de 2012, em relação às Infrações 01, 02, 03, 04, 06 e 07.

O Autuado requer a realização de diligência e perícia com o fundamento de insuficiência da apuração do levantamento fiscal.

Indefiro o pedido de diligência ou perícia do autuado, a ser realizada por fiscal estranho ao feito, conforme requerido em sua defesa. Os elementos constantes nos autos, já são suficientes para a formação de juízo de valor e convencimento dos Julgadores. Ademais, a matéria em lide não depende de conhecimentos técnicos. Portanto, com base no inciso I, alínea “a”, e no inciso II, da alínea “b”, do art. 147, do RPAF-BA/99, não acolho tal pedido.

No mérito, o Auto de Infração é constituído por onze infrações a legislação do ICMS na forma enunciada pormenorizada no preâmbulo do relatório.

Infração 01 - cuida da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento

O Defendente, além da decadência, alegou que a fiscalização não observou os valores estornados em seu livro registro de Apuração.

Ao proceder a informação, o Autuante acolheu a alegação do Impugnante e reduziu o valor da exigência para R\$9.856,21, fl. 464.

Depois de examinar os elementos que compõem esse item da autuação verifico que a redução efetuada pelo Autuante, com base nas alegações comprovada pelo Impugnante corresponde ao valor do montante que foi alcançado pela decadência. Assim, resta descharacterizada a acusação fiscal.

Concluo pela insubsistência da Infração 01.

Infração 02 - apura a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$18.946,60, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento nos meses de janeiro a dezembro de 2012 e janeiro, março, maio, julho, setembro a dezembro de 2013, conforme demonstrativo acostado às fls. 275 e 276.

O Defendente, além da decadência, alegou que a fiscalização não observou os valores estornados em seu livro registro de Apuração.

Ao proceder a informação, o Autuante acolheu a alegação do Impugnante e reduziu o valor da exigência para R\$3.965,39, fl. 465.

Depois examinar os elementos que compõem esse item da autuação, verifico que a redução efetuada pelo Autuante, com base nas alegações comprovadas pelo Impugnante, corresponde ao valor do montante que foi alcançado pela decadência. Assim, resta descharacterizada a acusação fiscal.

Concluo pela improcedência da Infração 02.

Infração 03 - imputa ao sujeito passivo a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

Em sua Impugnação, o Autuado alegou que não foram observados os produtos estornados, os produtos que não fazem parte da substituição tributária, que incluiu no levantamento notas fiscais de devolução, e notas fiscais com crédito indevido, referente às vendas com débito indevido que anulam.

No atendimento de diligência determinada por essa 3^a JJF, fl. 512, o Autuante promoveu, depois de examinar as alegações de defesa, às exclusões cabíveis e elaborou novo demonstrativo de apuração que reduziu o valor do débito para R\$155.328,12, fl. 546 e CD, fl. 549, sendo R\$39.547,08, relativo ao período de janeiro a setembro de 2012 e R\$115.781,04, para o período de outubro de 2012 a dezembro de 2013.

Depois de examinar o novo demonstrativo elaborado pelo Autuante, verifico que a intervenção efetuada pelo Autuante no atendimento da diligência corresponde às comprovações apresentadas pelo Impugnante. E, nesse sentido, acolho o novo demonstrativo constante do CD acostado à fl. 549, devendo serem excluídas as operações realizadas no período de janeiro a setembro de 2012, remanescendo, assim o montante de R\$115.781,04.

Com a exclusão do montante relativo à decadência, remanesce o débito de R\$115.781,04, conforme demonstrativo abaixo.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - INFRAÇÃO 03

Dat. de Ocor.	A. I.	Julga-mento	Dat. de Ocor.	A. I.	Julga-mento
31/01/12	7.695,46	decadência	Transp.	167.180,47	63.018,37
29/02/12	7.196,92	decadência	31/01/13	21.788,72	21.744,63
31/03/12	7.829,39	decadência	29/02/13	1.637,77	1.445,05
30/04/12	5.683,23	decadência	31/03/13	2.599,09	2.368,54
31/05/12	6.464,29	decadência	30/04/13	1.362,75	1.326,22
30/06/12	6.641,29	decadência	31/05/13	3.309,76	3.300,77
31/07/12	4.902,11	decadência	30/06/13	3.819,88	3.766,56
31/08/12	6.044,82	decadência	31/07/13	3.016,27	2.130,54
30/09/12	18.912,72	decadência	31/08/13	5.245,14	5.118,28
31/10/12	34.061,56	25.842,17	30/09/13	3.048,72	2.792,85
30/11/12	28.857,72	15.151,60	31/10/12	4.055,72	3.809,28
31/12/12	32.890,96	22.024,60	30/11/13	2.525,40	1.828,18
			31/12/13	4.352,84	3.131,77
SUB. TOT	167.180,47	63.018,37	TOTAL	223.942,53	115.781,04

A Infração 03 é parcialmente subsistente.

Infração 04 - apura a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto.

Além da alegação de ter sido o lançamento atingido pela decadência, o Impugnante sustentou que não foi observado pelo Autuante que incluiu no levantamento notas fiscais de devolução e notas fiscais com crédito indevido referente às vendas com débito indevido que anulam.

No atendimento de diligência determinada por essa 3ª JJF, o Autuante promoveu, depois de examinar as alegações de defesa, às exclusões cabíveis e elaborou novo demonstrativo de apuração que reduziu o valor do débito para R\$57.721,24, fl. 546 e CD, fl. 549.

Depois de examinar o novo demonstrativo elaborado pelo Autuante, verifico que do total o valor de R\$28.790,45, correspondem ao período de janeiro a setembro de 2012, o montante de R\$28.930,79.

Assim, acolho o novo demonstrativo com a exclusão do montante relativo à decadência, remanesce o débito de R\$28.930,79, conforme demonstrativo a seguir.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - INFRAÇÃO 04

Dat. de Ocor.	A. I.	Julga-mento	Dat. de Ocor.	A. I.	Julga-mento
31/01/12	2.853,69	decadência	Transp.	49.681,09	9.241,39
29/02/12	3.524,43	decadência	31/01/13	8.816,13	4.586,49
31/03/12	3.779,37	decadência	29/02/13	9.047,42	3.608,67
30/04/12	2.977,53	decadência	31/03/13	12.529,80	4.178,79
31/05/12	3.524,36	decadência	30/04/13	7.312,81	2.877,33
30/06/12	2.569,97	decadência	31/05/13	10.946,60	990,72
31/07/12	2.141,32	decadência	30/06/13	9.841,18	0,00
31/08/12	3.371,29	decadência	31/07/13	11.087,78	3.063,73
30/09/12	4.124,37	decadência	31/08/13	8.847,20	0,00
31/10/12	5.640,68	3.212,31	30/09/13	8.499,74	378,36
30/11/12	7.991,98	2.522,20	31/10/12	10.347,05	5,31
31/12/12	7.182,10	3.506,88	30/11/13	9.808,72	0,00
SUB. TOT	49.681,09	9.241,39	31/12/13	4.533,56	0,00
			TOTAL	161.299,08	28.930,79

Assim, nos termos explicitados, concluo pela subsistência parcial da Infração 04, no valor de R\$28.930,79.

Infração 05 - Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis pelo como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Em sua impugnação, o Autuado, além da decadência, alegou que a fiscalização se equivocou ao incluir o produto salgadinho industrializado no levantamento fiscal sob o fundamento de estar sujeito ao regime de substituição.

Ao compulsar os elementos que compõem esse item da autuação, verifico que não há como prosperar a pretensão da defesa, uma vez que o produto salgadinho industrializado arrolado no levantamento fiscal possui, de acordo com as notas fiscais, NCM 1905.9090, não consta do item 38, do Anexo 1, do RICMS-BA/12.

Assim, entendo que resta caracterizada a Infração 05, haja vista, que a única alegação da defesa não se afigura procedente.

Concluo pela subsistência da Infração 05.

Infração 06 - como já explicitado acima, por ter sido tragado pela decadência esse item da autuação é improcedente.

Infração 07 - imputa ao sujeito passivo o recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período de janeiro de 2012 a dezembro de 2013, no valor de R\$111.737,74, conforme demonstrativo acostado às fls. 325 a 360.

Como destacado no exame da prejudicial de decadência, as operações ocorridas no período de janeiro a setembro de 2012, no valor de R\$71.058,38, foram tragadas pela decadência.

Em sede de defesa, o Autuado, no mérito, questiona a aplicação da alíquota de 7%, nas operações internas com composto lácteo a partir de 01/08/2013, e inobservância da alíquota correta nas transferências interestaduais de 12%(produtos nacionais) e 4%(produtos importados).

Depois de realização solicitada por essa 3ª JJF, fl. 539, foi promovida a exclusão e refeito o demonstrativo de apuração constante do CD acostado à fl. 549, reduziu o valor do débito para R\$35.219,12, fl. 547.

Ao compulsar o novo demonstrativo constante do CD, constato que constam da apuração os valores relativos ao período de janeiro a setembro de 2012, tragados pela decadência, no valor de R\$30.577,88. Assim, excluindo esse valor que foi tragado pela decadência, remanesce devido para o período de outubro de 2012 a dezembro de 2013 o valor de R\$4.641,27.

Assim, acolho a nova planilha de apuração elaborada pelo Autuante com a exclusão do período alcançado pela decadência, conforme demonstrativo a seguir.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - INFRAÇÃO 07

Dat. de Ocor.	A. I.	Julgamento	Dat. de Ocor.	A. I.	Julgamento
31/01/12	13.029,98	decadência	Transp.	80.913,07	1.855,66
29/02/12	10.140,13	decadência	31/01/13	3.441,77	319,65
31/03/12	11.620,47	decadência	29/02/13	3.893,99	241,66
30/04/12	7.443,90	decadência	31/03/13	1.968,07	360,73
31/05/12	7.272,11	decadência	30/04/13	3.393,90	265,55
30/06/12	5.337,59	decadência	31/05/13	2.584,54	327,29
31/07/12	10.990,97	decadência	30/06/13	2.413,35	332,88
31/08/12	3.354,35	decadência	31/07/13	1.493,15	288,28
30/09/12	1.868,88	decadência	31/08/13	1.896,72	365,28
31/10/12	4.839,55	938,29	30/09/13	2.047,53	58,18
30/11/12	3.182,57	585,56	31/10/12	4.119,60	42,91
31/12/12	1.832,57	331,81	30/11/13	1.786,62	67,87
SUB. TOT	80.913,07	1.855,66	31/12/13	1.785,43	115,33
			TOTAL	111.737,74	4.641,27

Nos termos expeditos, a Infração 07 é parcialmente subsistente no valor de R\$4.641,27.

Infração 08 - cuida da 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.

Infração 09 - trata da falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas

internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

A defesa alegou, em relação a esses dois itens da autuação, tão-somente, que as parcelas apuradas até setembro de 2012 foram alcançadas pela decadência.

Como abordado no enfrentamento da preliminar de nulidade, esses dois itens não foram alcançados pela decadência, logo, ante a inexistência de qualquer questionamento acerca do mérito, fica mantida a autuação.

Concluo pela subsistência das Infrações 08 e 09.

A Infração 10 imputa ao sujeito passivo a entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal.

O Autuante, ao proceder a informação fiscal, acatou parcialmente a alegação da defesa de que algumas notas fiscais arroladas no levantamento fiscal como não escrituradas, reduzindo o valor do débito para R\$4.165,24.

Depois de examinar o levantamento fiscal, e cotejar as notas fiscais não acatadas pelo Autuante no LRE - livro Registro de Entradas, constatei que as Notas Fiscais de nºs 201753, 201752, 47445, 47448, 47150, 47451, 47452, 346992, 29976, 53323, 53326, 53327 e 5145, dos meses de dezembro de 2013 também foram efetivamente escrituradas no mês de janeiro de 2014, portanto, assiste razão ao Autuado. Com a exclusão dos respectivos valores correspondentes o débito do mês de dezembro de 2013 fica reduzido de R\$200,80, corrigido pelo Autuante na informação fiscal, para **R\$18,87**, e mantido o valor **R\$82,78** de novembro de 2013, apurado no ajuste efetuado pelo Autuante no novo demonstrativo.

Incluindo essa correção do mês de dezembro, acolho o demonstrativo elaborado pelo Autuante, constante do CD, fl. 474, que passa a figurar com o débito da Infração 10 no valor R\$3.983,30, restando inalterados os valores lançados de ofício para os demais períodos de apuração.

Concluo pela caracterização parcial da Infração 10, no valor de R\$3.983,30.

Infração 11 - Entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal.

Em sede defesa o Impugnante asseverou que as Notas Fiscais de nºs 24905, 26340, 2181, 32113, 32443, 32742, 34319, 34402, 34760, 35699, 1326525, 1326523, 1326519, 35756, 1326518, 1326522, 1326520, 6521, 6524 e 35786 se encontravam registradas em sua escrita fiscal, as quais, ao prestar informação fiscal o Autuante reconheceu a veracidade da alegação e procedeu a exclusão dessas notas fiscais do levantamento reduzindo o valor da multa para R\$2.471,16.

Depois de examinar a documentação apresentada pela defesa, precipuamente o LRE, constante da mídia CD acostada à fl. 445, constato que as exclusões efetuadas pelo Autuante estão devidamente comprovadas. Logo, acolho o novo demonstrativo elaborado por ocasião da informação fiscal e constante do CD acostado à fl. 473, que alterara o valor dos débitos originalmente lançados nos meses de janeiro, fevereiro, junho, setembro, outubro e dezembro de 2013, respectivamente para: R\$38,58, R\$87,15, R\$3,83, R\$37,54, R\$167,42 e R\$70,27. Mantidos valores lançados para os demais períodos.

Logo, concluo pela subsistência parcial da Infração da Infração, no valor de R\$2.471,16.

Nos termos supra expendidos, conluso pela subsistência da autuação, conforme demonstrativo abaixo.

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO DE DÉBITO - A. I. x JULGAMENTO

INFRAÇÃO	A. I.	INFORMAÇÃO FISCAL	JULGAMENTO	MULTA	CONCLUSÃO
01	49.198,36	9.856,21	-	-	IMPROCEDENTE
02	18.946,60	3.965,66	-	-	IMPROCEDENTE
03	223.942,53	155.328,12	115.781,04	60,0%	PROC. EM PARTE
04	161.299,08	57.721,24	28.930,79	60,0%	PROC. EM PARTE
05	53.602,82	53.602,82	53.602,82	60,0%	PROCEDENTE
06	15.385,00	15.385,00	-	-	IMPROCEDENTE
07	111.737,74	35.219,12	4.641,27	60,0%	PROC. EM PARTE
08	18.291,20	18.291,20	18.291,20	60,0%	PROCEDENTE
09	13.434,89	13.434,89	13.434,89	60,0%	PROCEDENTE
10	4.407,95	4.165,24	3.983,30	1,0%	PROC. EM PARTE
11	2.557,23	2.471,17	2.471,16	1,0%	PROC. EM PARTE
TOTAIS	672.803,40		241.136,47		

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298958.0035/17-4, lavrado contra CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA., devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$234.682,01, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b” e “f” e inciso VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$6.454,46, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo artigo e diploma legal já citados, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores pagos.

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-BA/99, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, alterado pelo Dec. nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2019.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA