

PROCESSO - A. I. N° 298958.0002/20-9
RECORRENTE - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4^a JJF n° 00246-04/21
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21/09/2022

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0227-11-22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Comprovado que algumas mercadorias remanescentes no lançamento não estavam na substituição tributária. Modificada a Decisão recorrida. Infração 1 procedente em parte. **b)** MERCADORIAS COM SAÍDAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. Constatou que as mercadorias apontadas pelo recorrente têm saídas beneficiadas por isenção. Mantida a Decisão recorrida. Infração 2 procedente em parte. 2. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Pede a revisão do lançamento com exclusão das mercadorias com alíquota superior, sem tratar especificamente de nenhuma mercadoria, como se todas as mercadorias estivessem com alíquota correta. Observando o demonstrativo há mercadorias como esmalte nutrivenz colorama e condicionador que com alíquota de 7%, quando o correto é 17%. Mantida a Decisão recorrida. Infração 4 parcialmente procedente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. MERCADORIA ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADE DA FEDERAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. Foi lançado no Auto de Infração o valor equivocado em maio de 2017, e mesmo com as provas em favor do recorrente, o Relator *a quo* se confundiu mantendo o valor indevidamente lançado. Assim, deve-se reduzir ao valor. Assim, modifício o lançamento conforme o demonstrativo abaixo apenas no mês de maio de 2017. Infração 5 parcialmente procedente. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. **c)** MERCADORIAS OU SERVIÇO TOMADO. De fato, não há como se atender ao comando do art. 150 do CTN, pois a ausência dos registros implica em adequação ao art. 173, uma vez que o estado não teria nada a homologar, vez que o contribuinte deixou de registrar os documentos fiscais. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário em razão da decisão pela Procedência Parcial em Primeira

Instância deste Conselho de Fazenda, do Auto de Infração lavrado em 30/03/2020, que lançou ICMS e multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor de R\$114.975,54, inerente aos anos de 2015, 2016 e 2017, conforme demonstrativo constantes do CD/Mídia de fl. 24, em razão de 09 infrações à legislação do ICMS, exceto as infrações 03, 06 e 09, que não foram abordadas no Recurso Voluntário, sendo portanto, excluídas da lide:

INFRAÇÃO 1 - 01.02.06: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquiridas(s) com pagamento de imposto por substituição tributária nos anos de 2015, 2016 e 2017, conforme demonstrativo CRÉDITO FISCAL INDEVIDO ST constantes do CD/Mídia de fl. 24 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 47.702,93, com enquadramento no art. 9º e art. 29, § 4º, inc. II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 290, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 - 01.02.26: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto nos anos de 2015, 2016 e 2017, conforme demonstrativo CRÉDITO FISCAL INDEVIDO ISENTAS constantes do CD/Mídia de fl. 24 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 29.332,01, com enquadramento no art. 29, § 4º, inc. II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 310, inc. II, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea "a" da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 – 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos anos de 2015, 2016 e 2017, conforme demonstrativo SAÍDA TRIBUTADAS A MENOR constantes do CD/Mídia de fl. 24 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 15.030,35, com enquadramento nos artigos 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96, e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea "a" do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 5 – 06.01.01: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento nos anos de 2015, 2016 e 2017, conforme demonstrativo DIFAL ATIVO constantes do CD/Mídia de fl. 24 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 5.976,07, com enquadramento no art. 4º inciso XV, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, § 4º, inciso III, alínea "a" do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea "f", da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 7 – 16.01.01 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(s) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal nos anos de 2015, 2016 e 2017, conforme demonstrativo NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO ESCRITURADAS – TRIBUTADAS E NÃO TRIBUTADAS constantes do CD/Mídia de fl. 24 dos autos. Lançada Multa no valor de R\$ 3.369,18, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12. Multa tipificada no artigo 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 8 – 16.01.02 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal nos anos de 2015, 2016 e 2017, conforme demonstrativo NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO ESCRITURADAS – TRIBUTADAS E NÃO TRIBUTADAS constantes do CD/Mídia de fl. 24 dos autos. Lançada Multa no valor de R\$ 7.696,02, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12. Multa tipificada no artigo 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96.

Às fls. 29 a 42 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, e o autuante apresenta a informação fiscal às fls. 69/81, reconhecendo que procede parcialmente a defesa do contribuinte, elaborando novos demonstrativos. Às fls. 87/91 há manifestação do autuado, quando então a Junta converteu o processo em diligência na pauta suplementar do dia 30/07/2021, quando o autuante apresentou novo demonstrativo com nova informação fiscal. O contribuinte novamente se manifesta às fls. 116/17, tendo sido o processo pautado para julgamento, com decisão pela Procedência Parcial conforme voto abaixo:

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS, decorrente de obrigação principal, no montante de R\$ 102.264,70, relativo a seis irregularidades; e por multa acessória, no montante de R\$ 12.710,84, relativo a três irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, perfazendo o total de nove infrações no valor total de R\$ 114.975,54, sendo impugnadas parcialmente ou total as infrações nos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 e 8. Por sua vez, em relação à infração 9, não traz aos autos qualquer razão de defesa, o que de pronto vejo restar procedente nos termos do art. 140 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99. Assim, a discussão restringe-se em relação às infrações impugnadas.

Pontua, o sujeito passivo, nos termos do art. 137, I, "a", do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), de que a realização de diligência fiscal se faz necessária para demonstração que grande parte da autuação foi atingida pela decadência, operando-se, por consequência, a extinção do crédito tributário, bem assim para

demonstração de que há itens das demais infrações indevidos uma vez que as operações obedeceram ao disposto na legislação de regência, não havendo ausência de pagamento de imposto ou mesmo hipótese de incidência do imposto lançado, além das multas aplicadas por descumprimento de obrigações acessórias.

Neste aspecto, não obstante, em sede de informação fiscal, o agente Atuante, já houvera manifestado concordando com algumas das considerações apontadas na peça de defesa, e com isso, efetuando os ajustes que entendera ser procedente, os membro desta 4ª JJF, no processo instrutório do presente PAF, a pedido deste Relator Julgador, colocou em diligência à unidade Fazendária de origem, para que fosse designado, o Autuante, a proceder a análise das arguições remanescentes apontadas pelo Contribuinte, que assim cumpriu nos termos do § 6º do art. 127 do RPAF/BA, em que considero suficientes para a formação de minha convicção na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, onde não foi constatada qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, motivo pelo qual entendo que a lide está apta ao seu deslinde.

Seguindo, então, à análise da lide, em primeiro plano, como preliminar de mérito, o contribuinte autuado argui a decadência em relação ao direito de constituição dos supostos créditos tributários anteriores a 11/05/2020, relativo às infrações nºs 01, 03, 04, 06, 07 e 08.

Pontua que o artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional (CTN) estabelece o prazo decadencial de cinco anos para que o fisco efetue a homologação do lançamento, sendo que, se não o fizer, considerar-se-á homologada tacitamente a norma individual e concreta expedida pelo particular, extinguindo-se, portanto, o crédito tributário.

Diz que estas considerações são importantes na medida em que, no caso em exame, se está diante de tributo sujeito ao chamado “lançamento por homologação”, em que o particular produz uma norma individual e concreta que deverá conter todos os elementos determinantes da obrigação tributária, a fim de tornar possível a cobrança da exação.

Após citar entendimento de estudioso do Direito, além de decisões do STJ, inclusive e entendimento sustentado pelo E. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, diz que, não resta qualquer dúvida que o prazo decadencial a ser aplicado no presente caso é o do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

Dessa forma, considerando que foi intimada do Auto de Infração em 11/05/2020, é forçoso reconhecer a ocorrência da extinção do crédito tributário relativo ao ICMS incidente sobre as operações realizadas até 10/05/2015, já que está ultrapassado o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no artigo 150, § 4º, CTN.

Portanto, diz verificar que os supostos débitos de ICMS referentes ao período anterior a 11/05/2020 já estavam extintos pela decadência, na forma dos artigos 150, § 4º, e 156, V do CTN, quando foi intimada da lavratura do auto de infração, impondo-se, assim, a decretação de nulidade do lançamento fiscal nessa extensão, com relação à grande parte do período das imputações nºs 01, 03, 04, 06, 07 e 08 do Auto de Infração, em tela.

No âmbito tributário, o instituto da decadência está previsto no Código Tributário Nacional (CTN) editado pela Lei nº 5.172/66, como tal observa-se que, em relação aos termos previstos no CTN, a contagem do prazo decadencial possui duas regras distintas, quais sejam as previstas nos artigos 150, § 4º; e 173, inc. I, do citado diploma legal, definidas em cada caso, conforme a modalidade de lançamento a que é submetido o tributo, se por homologação, de ofício ou por declaração, bem assim observando se ocorreu ou não a antecipação do tributo.

A disposição do art. 150, § 4º remete a contagem do prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, declara e efetua o pagamento, ou efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas e não haja a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. É o que se extrai da leitura do citado dispositivo na forma a seguir destacado:

“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.”(Grifo acrescido)

Por sua vez, o art. 173, inciso I, do CTN remete a contagem do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, isto é, o contribuinte omite a realização da operação tributável; ou, de forma tácita, em situações que o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada e posteriormente o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude

ou simulação. É o que se extrai da leitura do citado dispositivo na forma a seguir destacado:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

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

Neste contexto, no que tange ao ICMS, que é um imposto sujeito a lançamento por homologação, hipótese em que o próprio contribuinte apura, declara e recolhe o tributo que entende como devido, de fato, na formaposta pelo sujeito passivo, em sede de defesa, o prazo decadencial para que o Fisco realize o lançamento é de 5 (cinco) anos, sendo que o termo inicial desse prazo pode ser o fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN); ou o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (art. 173, I, do CTN).

No caso do Auto de Infração, em tela, relativamente às infrações nos 01, 03, 04 e 06, coaduno com o entendimento do sujeito passivo, de que a Fazenda Pública Estadual não tem direito de cobrar o crédito tributário em apreço, isso em relação às datas de ocorrência até 30/04/2014, já que ultrapassou o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no artigo 150, § 4º, do CTN, considerando que foi intimado do Auto de Infração em 10/05/2020, data de ciência do presente procedimento fiscal, isto é, data em que foi formalizado, para cobrar crédito tributário decorrente da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, relativo a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária e mercadorias com o destaque de imposto a maior no documento fiscal, bem assim o recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, como também por ter deixado de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquota interna e interestadual nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento devidamente registradas na escrita fiscal, pois, de fato, enseja a aplicação do prazo decadencial então previsto no art. 150, § 4º do CTN, de forma que o termo inicial para a contagem do prazo é com a materialização dos fatos geradores.

Não vejo, então, presente nos autos a situação de ocorrência fiscal que se enquadra nas disposições contidas no inciso I, do art. 173, do CTN, combinado com o § 4º, do art. 150, do mesmo diploma legal, em que o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada e posteriormente o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação. No caso específico dos autos, o defendanteeindevidamente utilizou de crédito fiscal lançado no livro fiscal próprio de valores, em que a legislação não autorizava, bem assim recolheu a menos o ICMS por apropriação de crédito maior que o destacado no documento fiscal e, também, por aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, ou por ter deixado de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais, devidamente registradas na escrita fiscal, em razão de equívoco na interpretação da legislação competente.

Desta forma, entendendo que não se vê nos autos hipóteses de dolo, fraude ou simulação nas ocorrências das acusações, como também qualquer manifestação do agente Fiscal Autuante de tais ocorrências, conta-se o prazo decadencial, então, a partir da data do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN destacado acima.

Todavia em relação às infrações 07 e 08, que tratam da multa por ter dado entrada no seu estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação e não sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal; vejo que não há que se arguir a decadência de exigência dos citados débitos decorrentes das operações comerciais inerentes ao período de 01/01/2015 à 30/04/2015, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, pois se trata da constituição de um crédito tributário em que o sujeito passivo deveria ter efetuado o lançamento na escrita fiscal e não o fez, moldando, então, essas operações no art. 173, I, do CTN, em que a contagem do prazo dar-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àqueles em que o lançamento poderia ter sido efetuado, logo não há que se falar em decadência em relação aos créditos constituídos na infração 07, nem tampouco na infração 08, vez que, o sujeito passivo, foi intimado do Auto de Infração em 11/05/2020, data de ciência do presente procedimento fiscal, através DT-e na forma do expediente de fl. 26 dos autos, então o Estado da Bahia teria até 31/12/2020 para constituir o lançamento, ora em análise, que o fez antes. Assim, refuto a arguição decadência em relação as datas de ocorrência da infração 07 e da infração 08.

Aliás, tais entendimentos sejam das infrações de nos 01, 03, 04 e 06, ou das infrações de nos 07 e 08, vem a respeitar a orientação da Procuradoria Geral do Estado, através do Ofício GAB/PROFIS/PGE nº 42/2016, datado de 22/11/2016, em que promoveu a uniformização de suas orientações jurídicas acerca de alguns temas relacionados ao ICMS na Bahia, dentre eles, o de decadência, através do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0.

Neste contexto, os fatos geradores que ocorreram nas datas de ocorrência até 30/04/2015, relativo às imputações de nos 01, 03, 04 e 06, porquanto a ciência do Auto de Infração, em tela, ter ocorrido em 10/05/2020, de fato, imperou a decadência na forma prevista art. 150, § 4º, do CTN, devendo considerar homologados os lançamentos e definitivamente extinto tais lançamentos, por ter sido efetuado 5 (cinco) anos após a materialização do fato gerador.

Entretanto, em relação às imputações de nos 07 e 08 não há que se arguir a decadência de exigência dos débitos

decorrentes das operações comerciais inerentes ao período de 01/01/2015 à 30/04/2015, pois, como anteriormente destacado, se trata da constituição de um crédito tributário em que o sujeito passivo deveria ter efetuado o lançamento na escrita fiscal e não o fez, moldando, então, essas operações no art. 173, I, do CTN, onde a contagem do prazo dar-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àqueles em que o lançamento poderia ter sido efetuado, logo não há que se falar em decadência em relação a qualquer das datas de ocorrência dos créditos constituídos nessas imputações.

Com isso, em relação a constituição do lançamento fiscal, relativo as imputações de nºs 01, 03, 04 e 06, do Auto de Infração, em tela, deve-se proceder a exclusão dos créditos, relativo as datas de ocorrência que, de fato, imperaram a decadência na forma prevista art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, todos os créditos constituídos até a data de ocorrência até 30/04/2014 nos termos arguido pelo sujeito passivo. Entretanto, em relação às infrações 07 e 08 não há qualquer crédito lançado que tenha imperado a decadência, mantendo na sua integralidade os lançamentos fiscais constituídos.

Pois bem! No mérito vê-se considerações de defesa em relação as infrações de nºs 01, 02, 04, 05, 06, 07 e 08 do Auto de Infração, pois o sujeito passivo, em relação as infrações 09, manteve-se silente. Passo, então, a manifestar sobre as arguições de mérito do Auto de Infração, em tela.

Em relação a infração 01 que diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária nos anos de 2015, 2016 e 2017, conforme demonstrativo CRÉDITO FISCAL INDEVIDO ST constantes do CD/Mídia de fl. 24 dos autos, o sujeito passivo trouxe a arguição de que diversas mercadorias incluídas no demonstrativo de débito são tributadas no regime normal do ICMS, estando fora do regime da substituição tributária, o que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal.

A título de amostragem, registra abaixo a indicação de algumas mercadorias tributadas no regime normal e que estão incluídas no levantamento da acusação fiscal de crédito indevido de substituição tributária:

- ALCOOL BRILUX 500ML: Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96. Esteve na ST até 31.01.2015;
- AMENDOIM DOCE 100G CB: Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96. (Amendoim com cobertura doce).
- CASTANHA CAJU CAST CARRILHO C/PIMENTA 20: Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- CORTINA ANADRI PLAST PVC 135CMX180CM: Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96. (ST apenas para obras de plástico, para uso na construção civil).

Pontua que a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que foram incluídas na infração 01 está na planilha “Infração 01 Análises”, gravada no CD que diz anexar à presente impugnação (Doc. 3).

Em sede de Informação Fiscal, às fls. 69/81, o agente Autuante, diz reconhecer como procedente em parte as alegações defensivas da Autuada, e informa o refazimento das planilhas de débito, a qual aduz anexar a este PAF (Mídia/CD-R) à fl. 82 novas planilhas para esta Infração (com notas explicativas para as mercadorias objeto de defesa), remanescente um crédito tributário no total de R\$ 31.360,70.

Às fls. 87/92, vê-se manifestação, do Contribuinte Autuado, à Informação Fiscal de fls. 69/81 dos autos, onde tece suas considerações de forma segregada, abordando suas contrarrazões em relação a cada valor remanescente das infrações imputadas, onde não se tem qualquer consideração do agente Fiscal Autuante, conforme dispõe o § 6º do art. 127 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/1999.

Neste contexto, entendendo, este Relator Julgador, ser de suma importância a manifestação (§ 6º do art. 127) do agente Fiscal Autuante em relação às contrarrazões do saldo remanescente da infração de nº 01, apontadas na Informação Fiscal de fls. 69/81 dos autos, em respeito ao exercício do princípio da ampla defesa e do contraditório, em pauta suplementar do dia 30/07/2021, submeteu o presente PAF aos membros da 4ª JJF, onde se decidiu converter o presente processo em diligência ao Autuante (fl. 95), para então produzir nova informação fiscal.

Relativamente à infração 01, às fls. 100 a 109 o agente Autuante apresenta Informação Fiscal à manifestação do Contribuinte Autuado de fls. 87/92, em atendimento ao pedido desta 4ª JJF de fl. 95 nos termos a seguir: “Dentre as mercadorias constantes nas planilhas de débito, a Defendente cita o exemplo da mercadoria “amêndoas”, afirmando ser esta tributada pelo regime normal, e não se enquadrando no regime da substituição tributária.”.

Diz, então, o agente Autuante, conforme descrito no Anexo I do Regulamento do ICMS, no Item 11-0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – NCM 2008.I – amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1Kg, que os produtos com tal NCM estão enquadrados no regime da substituição tributária.

Neste contexto, pontua que, em relação ao produto com a descrição “amêndoas”, citada pela Autuada, conforme

se pode verificar nas planilhas de débito anexas a este PAF, tem-se o seguinte: AMÊNDOA EUROCAJU SACHE 100g, ou seja, ao seu entender, nada mais é do que a castanha de caju, consumida como aperitivo, e enquadrada no regime da substituição tributária, conforme o Anexo I do RICMS/BA.

Registra que, com as novas planilhas de débito já anexadas ao PAF, informa que remanesce para esta infração o montante de R\$ 31.360,70, ou seja, o mesmo valor já indicado na Informação Fiscal de fls. 69/81dos dos autos.

Às fls. 111/114 consta Termo de Intimação, dando ciência, ao Autuado, da Informação Fiscal de fls. 100/109, para manifestar, querendo.

Às fls. 116/117, consta manifestação do Contribuinte Autuado, em relação à infração 01, nos termos a seguir expostos: “[...] no novo relatório da informação fiscal, a conclusão é a mesma do anterior. Razão pela qual reitera todas as alegações já tecidas nesses autos, especialmente quanto a decadência e as demais mercadorias não incluídas na substituição tributária e que remanescem no relatório fiscal, com por exemplo a amêndoaa, que é tributada pelo regime normal.”.

Passo então a me posicionar sobre a infração 01. Vejo, primeiramente, **que não cabe ao Autuado**, quando é dado o direito de manifestar nos autos, conforme os termos do § 7º, do art. 127, do RPAF/BA, **simplesmente dizer que reitera todas as alegações já tecidas nos autos**, mas, sim, prestar com clareza e precisão, o que não concorda da informação fiscal, abrangendo todos os aspectos destacados pelo Autuante, com fundamentação, que assim não procedeu, exceto em relação ao produto “amêndoaa”.

Sobre a arguição do defendente de que não estaria o produto “amêndoaa” abarcado pela substituição tributária, e que por isso não justificaria a glosa do crédito tomado nos termos da infração 01, vejo que lhe resta razão. De fato, não observo no Anexo I do Regulamento do ICMS, à época dos fatos geradores, que o produto “amêndoaa” estaria abarcado pelo o Item 11-0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – NCM 2008.1 – amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1Kg, como assim entende o i. agente Autuante.

Diferentemente do entendimento do agente Autuante, vejo que o produto “amêndoaa” não é o mesmo que os produtos “amendoim” e “castanhas”, estes enquadrados na substituição tributária. Logo, entendo que se deve, também, excluir do demonstrativo remanescente de débito da infração 01 os itens de produtos relacionados a “amêndoaa”, por entender que, à época dos fatos geradores, eram de tributação normal.

Todavia, vejo restar inócuas essa discussão no estágio em se encontrar a lide dessa infração 01, pois no demonstrativo de débito remanescente constante do CD/Mídia de fl. 82, produzido pelo agente Autuante, após excluídos todos os equívocos identificados pelo mesmo, não remanesce qualquer item relacionado ao produto “amêndoaa”.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone as alterações efetuadas nos demonstrativos de débito da exigência fiscal nº 01, vejo restar subsistente parcialmente correspondente ao montante de R\$ 25.163,23, conforme os valores apontados no demonstrativo remanescente de débito constante do CD/Mídia de fls. 82, agora excluído as datas de ocorrência que imperaram a decadência na forma prevista do art. 150, § 4º, do CTN, nos termos discorridos acima.

DEMONSTRATIVO REMANESCENTE DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 01					
DATA OCORR	DATA VENCTO	VLR HIST LANÇ. ORIGINAL (R\$)	VLR HIST APÓS INF. FISCAL (R\$)	OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)
31/01/2015	09/02/2015	1.701,36	1.642,20	DECADÊNCIA	0,00
28/02/2015	09/03/2015	1.000,22	319,99	DECADÊNCIA	0,00
31/03/2015	09/04/2015	2.278,48	1.945,03	DECADÊNCIA	0,00
30/04/2015	09/05/2015	4.167,27	2.290,25	DECADÊNCIA	0,00
31/05/2015	09/06/2015	1.168,91	798,74	PROC EM PARTE	798,74
30/06/2015	09/07/2015	1.457,93	1.316,43	PROC EM PARTE	1.316,43
31/07/2015	09/08/2015	2.553,75	1.324,96	PROC EM PARTE	1.324,96
31/08/2015	09/09/2015	2.379,24	1.343,59	PROC EM PARTE	1.343,59
30/09/2015	09/10/2015	1.387,48	646,85	PROC EM PARTE	646,85
31/10/2015	09/11/2015	2.174,50	1.789,40	PROC EM PARTE	1.789,40
30/11/2015	09/12/2015	1.353,84	1.026,95	PROC EM PARTE	1.026,95
31/12/2015	09/01/2016	1.486,42	779,52	PROC EM PARTE	779,52
31/01/2016	09/02/2016	606,34	368,14	PROC EM PARTE	368,14
29/02/2016	09/03/2016	1.109,32	1.041,52	PROC EM PARTE	1.041,52
31/03/2016	09/04/2016	713,42	633,71	PROC EM PARTE	633,71
30/04/2016	09/05/2016	459,10	435,04	PROC EM PARTE	435,04
31/05/2016	09/06/2016	520,14	509,67	PROC EM PARTE	509,67
30/06/2016	09/07/2016	630,63	361,95	PROC EM PARTE	361,95
31/07/2016	09/08/2016	1.225,53	552,92	PROC EM PARTE	552,92
31/08/2016	09/09/2016	2.068,12	1.165,88	PROC EM PARTE	1.165,88

30/09/2016	09/10/2016	2.210,83	1.874,55	PROC EM PARTE	1.874,55
31/10/2016	09/11/2016	716,15	635,46	PROC EM PARTE	635,46
30/11/2016	09/12/2016	1.861,07	1.438,55	PROC EM PARTE	1.438,55
31/12/2016	09/01/2017	1.226,40	877,36	PROC EM PARTE	877,36
31/01/2017	09/02/2017	830,93	275,98	PROC EM PARTE	275,98
28/02/2017	09/03/2017	797,86	570,69	PROC EM PARTE	570,69
31/03/2017	09/04/2017	247,31	142,69	PROC EM PARTE	142,69
30/04/2017	09/05/2017	504,82	456,09	PROC EM PARTE	456,09
31/05/2017	09/06/2017	895,90	542,54	PROC EM PARTE	542,54
30/06/2017	09/07/2017	565,69	397,19	PROC EM PARTE	397,19
31/07/2017	09/08/2017	825,42	362,76	PROC EM PARTE	362,76
31/08/2017	09/09/2017	1.279,61	881,20	PROC EM PARTE	881,20
30/09/2017	09/10/2017	2.114,23	643,05	PROC EM PARTE	643,05
30/11/2017	09/12/2017	1.884,41	976,13	PROC EM PARTE	976,13
31/12/2017	09/01/2018	1.300,30	993,72	PROC EM PARTE	993,72
Total da infração 01		47.702,93	31.360,70		25.163,23

A infração 02 que diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto nos anos de 2015, 2016 e 2017, conforme demonstrativo CRÉDITO FISCAL INDEVIDO ISENTAS constantes do CD/Mídia de fl. 24 dos autos, o sujeito passivo trouxe a arguição de que, o agente Fiscal ignorou o fato de que diversas mercadorias são tributadas no regime normal do ICMS, estando fora de qualquer regra de isenção ou redução, o que autoriza o creditamento do imposto integral destacado no documento fiscal.

A título de amostragem, registra abaixo a indicação de algumas mercadorias tributadas no regime normal e que estão incluídas no levantamento da acusação fiscal de crédito indevido de mercadorias isentas ou com redução:

- CANJICA MILHO MARATA AMARELO 500G: Tributado Normal - 18%. Artigo 16, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96
- FECULA MANDIOCA DINHABA 500G: Tributado Normal 17% (A partir de 10 de março de 2016 alíquota de 18% ICMS) Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96. (Isenção apenas na farinha (produto obtido pela moagem da parte comestível de cereais) de mandioca, a fécula é obtida de raízes e tubérculos)
- BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M: Tributado Normal - 18%. Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Aduz que a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que foram incluídas na infração 02 está na planilha “Infração 02 Análises”, gravada no CD anexo à presente impugnação (Doc. 03).

Em sede de Informação Fiscal, às fls. 69/81, o agente Autuante, diz reconhecer como procedente em parte as alegações defensivas da Autuada, e informa o refazimento das planilhas de débito, a qual aduz anexar a este PAF (Mídia/CD-R) à fl. 82 novas planilhas para esta Infração (com notas explicativas para as mercadorias objeto de defesa), remanescedo um crédito tributário no total de R\$ 28.002,68.

Às fls. 87/92, vê-se manifestação, do Contribuinte Autuado, à Informação Fiscal de fls. 69/81 dos autos, onde tece suas considerações de forma segregada, abordando suas contrarrazões em relação a cada valor remanescente das infrações imputadas, onde não se tem qualquer consideração do agente Fiscal Autuante, conforme dispõe o § 6º do art. 127 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/1999.

Neste contexto, entendendo, este Relator Julgador, ser de suma importância a manifestação (§ 6º do art. 127) do agente Fiscal Autuante em relação as contrarrazões do saldo remanescente da infração de nº 02, apontadas na Informação Fiscal de fls. 69/81 dos autos, em respeito ao exercício do princípio da ampla defesa e do contraditório, em pauta suplementar do dia 30/07/2021, submeteu o presente PAF aos membros da 4ª JJF, onde se decidiu converter o presente processo em diligência ao Autuante (fl. 95), para então produzir nova informação fiscal.

Relativamente à infração 02, às fls. 100 a 109 o agente Autuante apresenta Informação Fiscal à manifestação do Contribuinte Autuado de fls. 87/92, em atendimento ao pedido desta 4ª JJF de fl. 95 nos termos a seguir: “A título de amostragem a Defendente cita os produtos AMENDOIM CRU COM CASCA KG e BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34 X45X015M, que estariam tributados no regime normal”.

Rebate, então, tal argumento nos seguintes termos:

- AMENDOIM CRU COM CASCA KG - Produto “in natura”, sem qualquer beneficiamento, portanto isento do ICMS, conforme art. 14 do RICMS, que transcreve.
- BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M - Produto ISENTO – Trata-se de bobinas com sacos plásticos disponíveis na seção de hortifrutigranjeiros dos mercados e supermercados para acondicionar frutas e verduras, produtos beneficiados com isenção.

Registra que, com as novas planilhas de débito já anexadas ao PAF, remanesce para esta infração o montante de R\$ 28.002,68, ou seja, o mesmo valor já indicado na Informação Fiscal de fls. 69/81dos autos.

Às fls. 111/114 consta Termo de Intimação, dando ciência, ao Autuado, da Informação Fiscal de fls. 100/109, para manifestar, querendo.

Às fls. 116/117, consta manifestação do Contribuinte Autuado, em relação à infração 02, nos termos a seguir: “[...] as mercadorias mantidas no relatório fiscal não contam com isenção, tendo indicado na peça impugnatória e na planilha que a acompanha, a fundamentação legal pertinente, razão pela qual entende que o levantamento fiscal ainda deve ser revisto.”.

Passo então a me posicionar sobre a infração 02. Pois Bem! Observa-se que o Autuado apenas pontua que o levantamento fiscal ainda deve ser revisto, porém não traz qualquer indicativo dos produtos que efetivamente não contam com isenção, e que por isso deveriam ser excluídos do saldo remanescente da autuação apresentado, pelo agente Autuante, em sede de Informação Fiscal.

Como já expressado linhas acima, repito **que não cabe ao Autuado**, quando é dado o direito de manifestar nos autos, conforme os termos do § 7º, do art. 127, do RPAF/BA, simplesmente dizer que reitera todas as alegações já tecidas nos autos, mas, sim, prestar com clareza e precisão, o que não concorda da informação fiscal, abrangendo todos os aspectos destacados pelo Autuante, com fundamentação, **que assim não procedeu**.

Alinho-me, portanto, com o entendimento do agente Autuante na manutenção da glosa dos créditos tomados em relação ao produto “AMENDOIM CRU COM CASCA KG - Produto “in natura” e “BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M”, os únicos expressamente arguidos, pelo Autuado, nas manifestações em tivera oportunidade de expressar sua contestação, pois, de fato, à luz da fundamentação acostada aos autos, pelo agente Autuante, são produtos com isenção na saída.

Quanto aos demais produtos constantes do demonstrativo de débito da infração 02, nos termos do artigo 143 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção da autuação fiscal, no caso em tela, de indicar quais produtos, de fato, restaram remanescentes do demonstrativo de débito da imputação fiscal de nº 02, que não eram isentos do imposto nas suas saídas, e que, portanto, não ensejaria a glosa do crédito fiscal tomado nos termos da autuação.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone as alterações efetuadas nos demonstrativos de débito da exigência fiscal de nº 02, vejo restar subsistente parcialmente correspondente ao montante de R\$ 28.302,68, conforme os valores apontados no demonstrativo remanescente de débito constante do CD/Mídia de fls. 82, abaixo destacado:

DEMONSTRATIVO REMANESCENTE DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 02					
DATA OCORR	DATA VENCTO	VLR HIST LANÇ. ORIGINAL (R\$)	VLR HIST APÓS INF. FISCAL (R\$)	OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)
30/06/2015	09/07/2015	5,62	5,62	PROCEDENTE	5,62
30/09/2015	09/10/2015	563,94	563,94	PROCEDENTE	563,94
31/10/2015	09/11/2015	290,06	290,06	PROCEDENTE	290,06
30/11/2015	09/12/2015	870,62	870,62	PROCEDENTE	870,62
31/12/2015	09/01/2016	1.816,30	1.816,30	PROCEDENTE	1.816,30
31/01/2016	09/02/2016	1.158,63	1.136,61	PROC EM PARTE	1.136,61
29/02/2015	09/03/2016	1.162,93	1.127,00	PROC EM PARTE	1.127,00
31/03/2016	09/04/2016	2.155,55	2.037,42	PROC EM PARTE	2.037,42
30/04/2016	09/05/2016	1.868,93	1.734,47	PROC EM PARTE	1.734,47
31/05/2016	09/06/2016	997,97	835,61	PROC EM PARTE	835,61
30/06/2016	09/07/2016	1.660,14	1.528,90	PROC EM PARTE	1.528,90
31/07/2016	09/08/2016	1.677,48	1.618,23	PROC EM PARTE	1.618,23
31/08/2016	09/09/2016	1.015,52	928,49	PROC EM PARTE	928,49
30/09/2016	09/10/2016	1.433,04	1.359,63	PROC EM PARTE	1.359,63
31/10/2016	09/11/2016	630,19	609,81	PROC EM PARTE	609,81
30/11/2016	09/12/2016	2.865,99	2.754,38	PROC EM PARTE	2.754,38
31/12/2016	09/01/2017	223,93	150,42	PROC EM PARTE	150,42
31/01/2017	09/02/2017	824,88	824,88	PROCEDENTE	824,88
28/02/2017	09/03/2017	742,62	742,62	PROCEDENTE	742,62
31/03/2017	09/04/2017	914,26	914,26	PROCEDENTE	914,26
30/04/2017	09/05/2017	597,06	597,06	PROCEDENTE	597,06
31/05/2017	09/06/2017	1.750,34	1.750,34	PROCEDENTE	1.750,34
30/06/2017	09/07/2017	559,31	559,31	PROCEDENTE	559,31
31/07/2017	09/08/2017	948,37	948,37	PROCEDENTE	948,37
31/08/2017	09/09/2017	1.059,08	1.059,08	PROCEDENTE	1.059,08

30/09/2017	09/10/2017	221,72	221,72	PROCEDENTE	221,72
31/10/2017	09/12/2017	877,43	877,43	PROCEDENTE	877,43
31/12/2017	09/01/2018	440,10	440,10	PROCEDENTE	440,10
Total da infração 02		29.332,01	28.302,68		28.302,68

A infração 03, que diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque a maior no documento fiscal nos anos de 2015, 2016 e 2017, conforme demonstrativo CRÉDITO FISCAL UTILIZADO A MAIOR constantes do CD/Mídia de fl. 24 dos autos, o sujeito passivo trouxe apenas a arguição de decadência, cujo os fundamentos já foram analisados linhas acima, o qual foi acolhido na sua inteireza.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone os demonstrativos de débito da exigência fiscal nº 03, resta subsistente parcialmente correspondente ao montante de R\$ 2.118,25, conforme os valores apontados nos demonstrativos de débito abaixo destacado, já excluído as datas de ocorrência que imperaram a decadência na forma prevista do art. 150, § 4º, do CTN.

DEMONSTRATIVO REMANESCENTE DE DÉBITO APÓS A DECLARAÇÃO DE DECADÊNCIA DOS CRÉDITOS CONSTITUÍDOS ATÉ 30/09/2014 – INFRAÇÃO 03					
DATA OCORR	DATA VENCTO	VLR HIST LANÇ. ORIGINAL (R\$)	VLR HIST APÓS INF. FISCAL (R\$)	OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)
31/01/2015	09/02/2015	79,14	79,14	DECADÊNCIA	0,00
28/02/2015	09/03/2015	105,54	105,54	DECADÊNCIA	0,00
30/04/2015	09/05/2015	24,85	24,85	DECADÊNCIA	0,00
31/07/2015	09/08/2015	13,77	13,77	PROCEDENTE	13,77
31/10/2015	09/11/2015	80,44	80,44	PROCEDENTE	80,44
31/12/2015	09/01/2016	233,82	233,82	PROCEDENTE	233,82
31/01/2016	09/02/2016	67,81	67,81	PROCEDENTE	67,81
29/02/2016	09/03/2016	16,95	16,95	PROCEDENTE	16,95
31/03/2016	09/04/2016	30,52	30,52	PROCEDENTE	30,52
31/10/2016	09/11/2016	30,93	30,93	PROCEDENTE	30,93
30/11/2016	09/12/2016	96,96	96,96	PROCEDENTE	96,96
31/12/2016	09/01/2017	13,79	13,79	PROCEDENTE	13,79
31/01/2017	09/02/2017	193,28	193,28	PROCEDENTE	193,28
28/02/2017	09/03/2017	41,31	41,31	PROCEDENTE	41,31
31/03/2017	09/04/2017	59,21	59,21	PROCEDENTE	59,21
30/04/2017	09/05/2017	37,33	37,33	PROCEDENTE	37,33
31/05/2017	09/06/2017	111,15	111,15	PROCEDENTE	111,15
30/06/2017	09/07/2017	32,58	32,58	PROCEDENTE	32,58
31/07/2017	09/08/2017	30,21	30,21	PROCEDENTE	30,21
31/08/2017	09/09/2017	76,00	76,00	PROCEDENTE	76,00
30/09/2017	09/10/2017	122,88	122,88	PROCEDENTE	122,88
30/11/2017	09/12/2017	679,73	679,73	PROCEDENTE	679,73
31/12/2017	09/01/2018	149,58	149,58	PROCEDENTE	149,58
TOTAL DA INFRAÇÃO 03		2327,78	2327,78		2.118,25

Quanto a infração 04 que relaciona recolhimento a menor de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos anos de 2015, 2016 e 2017, conforme demonstrativo SAÍDA TRIBUTADAS A MENOR constantes do CD/Mídia de fl. 24 dos autos, o defendant pontua que, ao elaborar o levantamento fiscal da infração em referência, o agente Fiscal equivocou-se ao revisar as alíquotas aplicadas nas saídas, tendo considerado percentuais superiores ao disposto na legislação do ICMS.

A título de amostragem, registra abaixo a indicação de algumas mercadorias cujas alíquotas adotadas estão corretas:

- COLONIA JOHNSON BABY CAB CHEIR PRO 200ML: Tributado Normal 27%. Artigo 16, inciso II, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96;
- EXTRATO TOMATE HEINZ LT 340G: Tributado Normal - 17%. Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96;
- PAPEL HIG PREZUNIC FS C8: Tributado Normal - 18% Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Registra que a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que foram incluídas na infração 04 está na planilha “Infração 04 Análises”, gravada no CD anexo a presente impugnação (Doc. 3).

Em sede de Informação Fiscal, às fls. 69/81, o agente Autuante, destaca a arguição de mérito de defesa, todavia

não apresenta qualquer contrarrazão às razões de defesa, apenas traz considerações quanto a arguição de decadência, que refuta, na sua inteireza, amparado, ao seu entender, no incidente de uniformização da Procuradoria do Estado, através de Ofício Gab/PROFIS/PGE nº 42/2016.

Às fls. 87/92, vê-se manifestação, do Contribuinte Autuado, à Informação Fiscal de fls. 69/81 dos autos, expressando que, ante a ausência de análise das alegações trazidas na defesa, requer-se a elaboração de revisão do levantamento fiscal da infração em tela para que sejam consideradas as alíquotas corretas para o crédito referente aos produtos arguidos, bem como sejam excluídos os fatos geradores atingidos pela decadência.

Bem! O presente PAF foi colocado em Diligência Fiscal pelos membros desta 4ª JJF, em pauta suplementar do dia 30/07/2021. Neste contexto, relativamente à infração 04, às fls. 100 a 109 o agente Autuante apresenta Informação Fiscal à manifestação do Contribuinte Autuado de fls. 87/92, em atendimento ao pedido desta 4ª JJF de fl. 95 nos termos a seguir: “ A Infração 04 diz respeito a ter recolhido a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”.

Pontua, então, que, a Autuada, em sua nova peça defensiva, alega que alguns produtos cujas alíquotas adotadas nas saídas, objeto da autuação, estão corretas, conforme abaixo destacado:

- COLONIA JOHNSON BABY CAB CHEIR PRO 200ML: Tributado Normal 27%. Artigo 16, inciso II, alínea “h”, da Lei nº 7.014/96;
- EXTRATO TOMATE HEINZ LT 340G: Tributado Normal 17%. Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96; e
- PAPEL HIG PREZUNIC FS C8: Tributado Normal 18%. Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Neste contexto, diz concordar com a defendente, mas, chama a atenção para o fato que foi dado saída em tais produtos, conforme pode ser observado nas planilhas de débito anexadas a este PAF, pelas alíquotas de 7% e 12%, que, aliás, é o fato motivador da autuação.

Assim sendo, mantém para esta Infração, a cobrança em seu montante integral do lançamento original constituído, vez que refuta, também, a arguição de decadência, ao seu entender, seguindo orientação da Procuradoria do Estado, através de Ofício Gab/PROFIS/PGE nº 42/2016.

Às fls. 111/114 consta Termo de Intimação, dando ciência, ao Autuado, da Informação Fiscal de fls. 100/109, para manifestar, querendo.

Às fls. 116/117, consta manifestação do Contribuinte Autuado, em relação a infração 04, nos termos a seguir: “Reitera-se todos os argumentos da peça defensória haja vista a informação fiscal não ter reformado o levantamento das infrações”.

Passo então a me posicionar sobre a infração 04. Pois bem. Observa-se que o Autuado apenas pontua que reitera todos os argumentos da peça defensória haja vista a informação fiscal de fls. 100/109 dos autos, não ter reformado o levantamento fiscal, porém não traça qualquer letra de razão quanto à argumentação apresentada pelo agente Fiscal em que manteve na sua integralidade a autuação.

Como já expressado linhas acima, repito **que não cabe ao Autuado**, quando é dado o direito de manifestar nos autos, conforme os termos do § 7º, do art. 127, do RPAF/BA, **simplesmente dizer que reitera todas as alegações já tecidas nos autos**, mas, sim, prestar com clareza e precisão, o que não concorda da informação fiscal, abrangendo todos os aspectos destacados pelo Autuante, com fundamentação, **que assim não procedeu**.

Assim, nos termos do artigo 140 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. No caso em tela, o agente Fiscal Autuante indicou o motivo dos produtos destacado na peça de defesa que foram aplicadas alíquotas diversas da prevista na legislação quando da sua saída, mantendo-se silente, o defendente, na manifestação, apenas destacando que mantém os argumentos da peça defensória.

Bem! A simples negativa do cometimento da infração, nos termos do art. 143 do mesmo diploma legal, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção da autuação fiscal, no caso em tela, de indicar quais produtos foram aplicados a alíquota correta e que por isso deveria excluir do demonstrativo de débito da autuação.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone o demonstrativo de débito da exigência fiscal de nº 04, resta subsistente parcialmente correspondente ao montante de R\$ 13.899,33, conforme os valores apontados nos demonstrativos abaixo destacado, já excluído as datas de ocorrência que imperaram a decadência na forma prevista do art. 150, § 4º, do CTN, conforme o entendimento já esposado no início deste voto na análise de preliminar de mérito.

DEMONSTRATIVO REMANESCENTE DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 04					
DATA OCORR	DATA VENCTO	VLR HIST LANÇ. ORIGINAL (R\$)	VLR HIST APÓS INF. FISCAL (R\$)	OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)
31/01/2015	09/02/2015	259,68	259,68	DECADÊNCIA	0,00

28/02/2015	09/03/2015	218,06	218,06	DECADÊNCIA	0,00
31/03/2015	09/04/2015	351,20	351,20	DECADÊNCIA	0,00
30/04/2015	09/05/2015	302,08	302,08	DECADÊNCIA	0,00
31/05/2015	09/06/2015	236,90	236,90	PROCEDENTE	236,90
30/06/2015	09/07/2015	237,44	237,44	PROCEDENTE	237,44
31/07/2015	09/08/2015	233,35	233,35	PROCEDENTE	233,35
31/08/2015	09/09/2015	254,90	254,90	PROCEDENTE	254,90
30/09/2015	09/10/2015	211,71	211,71	PROCEDENTE	211,71
31/10/2015	09/11/2015	204,06	204,06	PROCEDENTE	204,06
30/11/2015	09/12/2015	258,24	258,24	PROCEDENTE	258,24
31/12/2015	09/01/2016	231,97	231,97	PROCEDENTE	231,97
31/01/2016	09/02/2016	278,00	278,00	PROCEDENTE	278,00
29/02/2016	09/03/2016	284,45	284,45	PROCEDENTE	284,45
31/03/2016	09/04/2016	308,59	308,59	PROCEDENTE	308,59
30/04/2016	09/05/2016	843,42	843,42	PROCEDENTE	843,42
31/05/2016	09/06/2016	501,86	501,86	PROCEDENTE	501,86
30/06/2016	09/07/2016	386,65	386,65	PROCEDENTE	386,65
31/07/2016	09/08/2016	363,19	363,19	PROCEDENTE	363,19
31/08/2016	09/09/2016	1.059,97	1.059,97	PROCEDENTE	1.059,97
30/09/2016	09/10/2016	602,59	602,59	PROCEDENTE	602,59
31/10/2016	09/11/2016	854,25	854,25	PROCEDENTE	854,25
30/11/2016	09/12/2016	982,62	982,62	PROCEDENTE	982,62
31/12/2016	09/01/2017	854,76	854,76	PROCEDENTE	854,76
31/01/2017	09/02/2017	715,21	715,21	PROCEDENTE	715,21
28/02/2017	09/03/2017	339,34	339,34	PROCEDENTE	339,34
31/03/2017	09/04/2017	565,89	565,89	PROCEDENTE	565,89
30/04/2017	09/05/2017	689,81	689,81	PROCEDENTE	689,81
31/05/2017	09/06/2017	795,55	795,55	PROCEDENTE	795,55
30/06/2017	09/07/2017	725,55	725,55	PROCEDENTE	725,55
31/07/2017	09/08/2017	879,06	879,06	PROCEDENTE	879,06
Total da infração 04		15.030,35	15.030,35		13.899,33

Quanto a infração 05 que relaciona a ter deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento nos anos de 2015, 2016 e 2017, conforme demonstrativo DIFAL ATIVO constantes do CD/Mídia de fl. 24 dos autos, o sujeito passivo diz que o equívoco da fiscalização foi não ter constatado que o diferencial de alíquotas do mês 05/2017 foi recolhido na apuração do ICMS próprio do estabelecimento, não sendo devida a integralidade do montante exigido na infração em referência.

Em sede de Informação Fiscal, às fls. 69/81, o agente Autuante, informa que razão não cabe ao defensor, uma vez que o montante do diferencial de alíquota de mercadorias destinadas a integrar o ativo permanente do estabelecimento foi de R\$ 398,77, e em seu livro de apuração do ICMS a Autuada recolheu o valor de R\$ 336,01, gerando, pois, uma diferença no montante de R\$ 62,76, que é o que está sendo cobrado. Registra, também, que o mesmo acontece com o mês 12/2017, o diferencial de alíquota é de R\$ 941,60, foi recolhido no livro apuração do ICMS R\$ 155,04, com o recolhimento a menor de R\$ 786,54. Frisa, assim, que mantem a cobrança em seu montante integral.

Às fls. 87/92, vê-se manifestação, do Contribuinte Autuado, à Informação Fiscal de fls. 69/81 dos autos, expressando que requer nova análise dos documentos que comprovam a improcedência da infração, uma vez que o diferencial de alíquotas do mês 05/2017 foi recolhido na apuração do ICMS próprio do estabelecimento, não sendo devida a integralidade do montante exigido na infração em referência.

Bem! O presente PAF foi colocado em Diligência Fiscal pelos membros desta 4ª JJF, em pauta suplementar do dia 30/07/2021. Neste contexto, relativamente à infração 05, às fls. 100 a 109 o agente Autuante apresenta Informação Fiscal à manifestação do Contribuinte Autuado de fls. 87/92, em atendimento ao pedido desta 4ª JJF de fl. 95 nos termos a seguir: “Ratifica a informação prestada às fls. 69 a 82 deste PAF”.

Ou seja, repete todo o texto da Informação Fiscal, apresentado por números e argumentos, justificando a manutenção da autuação, ou seja, diz que o montante do diferencial de alíquota de mercadorias destinadas a integrar o ativo permanente do estabelecimento foi de R\$ 398,77, e em seu livro de apuração do ICMS a Autuada recolheu o valor de R\$ 336,01, gerando, pois, uma diferença no montante de R\$ 62,76, que é o que está sendo cobrado. O mesmo acontece com o mês 12/2017, o diferencial de alíquota é de R\$ 941,60, foi recolhido no livro apuração do ICMS R\$ 155,04, com o recolhimento a menor de R\$ 786,54.

Às fls. 111/114 consta Termo de Intimação, dando ciência, ao Autuado, da Informação Fiscal de fls. 100/109, para manifestar, querendo.

Às fls. 116/117, consta manifestação do Contribuinte Autuado, em relação a infração 05, nos termos a seguir: “Reitera-se todos os argumentos da peça defensória haja vista a informação fiscal não ter reformado o levantamento das infrações”.

Passo então a me posicionar sobre a infração 04. Pois bem. Observa-se que o Autuado apenas pontua que reitera todos os argumentos da peça defensória haja vista a informação fiscal de fls. 100/109 dos autos, não ter reformado o levantamento fiscal, porém não traça qualquer letra de razão quanto a argumentação apresentada pelo agente Fiscal em que manteve na sua integralidade a autuação.

Como já expressado linhas acima, repito **que não cabe ao Autuado**, quando é dado o direito de manifestar nos autos, conforme os termos do § 7º, do art. 127, do RPAF/BA, **simplesmente dizer que reitera todas as alegações já tecidas nos autos**, mas, sim, prestar com clareza e precisão, o que não concorda da informação fiscal, abrangendo todos os aspectos destacados pelo Autuante, com fundamentação, **que assim não procedeu**.

Assim, nos termos do artigo 140 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. No caso em tela, o agente Fiscal Autuante indicou o motivo da cobrança do ICMS DIFAL de forma clara, destacando que está cobrando na infração 05 são os valores apurados de diferença de alíquota lançado na escrita fiscal e recolhido a menor pelo sujeito passivo na forma dos dois exemplos apontados em sede de informação fiscal, em nenhum momento combatido pelo deficiente, com qualquer elemento probante que assim não procedera.

Bem! A simples negativa do cometimento da infração, nos termos do art. 143 do mesmo diploma legal, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção da autuação fiscal, no caso em tela, de indicar quais produtos foram aplicados a alíquota correta e que por isso deveria excluir do demonstrativo de débito da autuação.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone o demonstrativo de débito da exigência fiscal de nº 05, resta subsistente correspondente ao montante de R\$ 5.976,07, conforme os valores apontados nos demonstrativos originais de constituição do lançamento.

DEMONSTRATIVO REMANESCENTE DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 05					
DATA OCORR	DATA VENCTO	VLR HIST LANÇ. ORIGINAL (R\$)	VLR HIST APÓS INF. FISCAL (R\$)	OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)
31/08/2015	09/09/2015	1.300,05	1.300,05	PROCEDENTE	1.300,05
31/12/2015	09/01/2016	3,21	3,21	PROCEDENTE	3,21
28/02/2016	09/03/2016	3,65	3,65	PROCEDENTE	3,65
31/08/2016	09/09/2016	99,98	99,98	PROCEDENTE	99,98
30/09/2016	09/10/2016	1.504,43	1.504,43	PROCEDENTE	1.504,43
31/12/2016	09/01/2017	1.879,42	1.879,42	PROCEDENTE	1.879,42
31/05/2017	09/06/2017	398,77	398,77	PROCEDENTE	398,77
31/12/2017	09/01/2018	786,56	786,56	PROCEDENTE	786,56
Total da infração 05		5.976,07	5.976,07		5.976,07

A infração 06 que relaciona a ter deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento nos anos de 2015, 2016 e 2017, conforme demonstrativo DIFAL DE USO E CONSUMO constantes do CD/Mídia de fl. 24 dos autos, o sujeito passivo trouxe apenas a arguição de decadência, cujo os fundamentos já foram analisados linhas acima, o qual foi acolhido na sua inteireza.

Cabe destacar que os demonstrativos de débito, que fundamenta a constituição do lançamento, apresenta com clareza que se trata de operações oriundas de outras unidades da Federação registradas na escrita fiscal do Contribuinte Autuado, em que houvera a incidência do ICMS DIFAL, onde fora recolhido com valores a menor, sem qualquer arguição da deficiente, exceto quanto a preliminar de decadência, que já fora apreciada.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone os demonstrativos de débito da exigência fiscal nº 06, resta subsistente parcialmente correspondente ao montante de R\$ 1.886,91, conforme os valores apontados nos demonstrativos de débito abaixo destacado, já excluído as datas de ocorrência que imperaram a decadência na forma prevista do art. 150, § 4º, do CTN.

DEMONSTRATIVO REMANESCENTE DE DÉBITO APÓS A DECLARAÇÃO DE DECADÊNCIA DOS CRÉDITOS CONSTITUÍDOS ATÉ 30/04/2015 – INFRAÇÃO 06					
DATA OCORR	DATA VENCTO	VLR HIST LANÇ. ORIGINAL (R\$)	VLR HIST APÓS INF. FISCAL (R\$)	OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)
28/02/2015	09/03/2015	8,65	8,65	DECADÊNCIA	0,00
30/06/2015	09/07/2015	7,84	7,84	PROCEDENTE	7,84
28/02/2016	09/03/2016	31,52	31,52	PROCEDENTE	31,52
31/05/2016	09/06/2016	9,23	9,23	PROCEDENTE	9,23
30/06/2016	09/07/2016	1,73	1,73	PROCEDENTE	1,73
31/07/2017	09/08/2017	66,88	66,88	PROCEDENTE	66,88

31/08/2017	09/09/2017	327,71	327,71	PROCEDENTE	327,71
30/04/2017	09/05/2017	424,54	424,54	PROCEDENTE	424,54
30/06/2017	09/07/2017	103,91	103,91	PROCEDENTE	103,91
31/07/2017	09/08/2017	111,50	111,50	PROCEDENTE	111,50
31/08/2017	09/09/2017	41,09	41,09	PROCEDENTE	41,09
30/09/2017	09/10/2017	44,07	44,07	PROCEDENTE	44,07
31/10/2017	09/11/2017	163,94	163,94	PROCEDENTE	163,94
30/11/2017	09/12/2017	187,06	187,06	PROCEDENTE	187,06
31/12/2017	09/01/2018	365,89	365,89	PROCEDENTE	365,89
Total da Infração 06		1.895,56	1.895,56		1.886,91

As infrações 07 e 08 relacionam a ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias tributáveis e não tributáveis pelo ICMS, respectivamente, sem o devido registro na escrita fiscal nos anos de 2015, 2016 e 2017, conforme demonstrativos NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO ESCRITURADAS – TRIBUTADAS E NÃO TRIBUTADAS constantes do CD/Mídia de fl. 24 dos autos, tendo o sujeito passivo arguido que o agente Fiscal deixou de observar que grande parte do período autuado foi alcançado pela decadência, razão pela qual houve a extinção do crédito tributário.

Também alegou o sujeito passivo que, o agente Autuante, deixou de observar que diversas mercadorias foram efetivamente escrituradas no Livro Registro de Entrada – LRE, conforme demonstram os dados contidos nas planilhas em formato Excel gravadas no CD anexo (**Doc. 03 – arquivos denominados “Infração 07 Análises” e “Infração 08 Análises”**).

Em sede de Informação Fiscal, às fls. 69/81, o agente Autuante, diz reconhecer em parte as alegações da suplicante quanto às Notas Fiscais, cujas escriturações foram efetivamente comprovadas, sejam em relação a infração 07, seja em relação a infração 08.

Informa, então, a exclusão destas Notas Fiscais da planilha de débito, anexando a este PAF (Mídia/CD-R) à fl. 82 das novas planilhas de débito para as infrações 07 e 08, apontando um saldo remanescente no montante de R\$ 2.564,48 e R\$ 7.506,63, respectivamente.

Às fls. 87/92, vê-se manifestação, do Contribuinte Autuado, à Informação Fiscal de fls. 69/81 dos autos, expressando que, em pese o Sr. Auditor Fiscal ter acatado parte das alegações de defesa da Contribuinte, se faz necessária a elaboração de novo levantamento fiscal para exclusão dos fatos geradores atingidos pela decadência, uma vez que a intimação do auto de infração ocorreu após o decurso do prazo de cinco (anos) da ocorrência das operações.

Neste contexto, vê-se que em relação mérito propriamente dito, que diz respeito a falta de registro de notas fiscais decorrente de entradas no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos ou não a tributação do ICMS não há mais lide, restando, tão somente a arguição de decadência do defensor, que entende ter imperado relativamente as datas de ocorrência anteriores a 11/05/2015, nos termos da disposição do art. 150, § 4º, do CTN.

Pois bem! Como bem já apresentado no início deste voto, em sede de preliminar de mérito, relativamente às infrações 07 e 08, que tratam da multa por ter dado entrada no seu estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação e não sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal; vejo que não há que se arguir a decadência de exigência dos citados débitos decorrentes das operações comerciais inerentes ao período de 01/01/2015 à 30/04/2015, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, pois se trata da constituição de um crédito tributário em que o sujeito passivo deveria ter efetuado o lançamento na escrita fiscal e não o fez, moldando, então, essas operações no art. 173, I, do CTN, em que a contagem do prazo dar-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àqueles em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Logo não há que se falar em decadência em relação aos créditos constituídos na infração 07, nem tampouco na infração 08, vez que, o sujeito passivo, foi intimado do Auto de Infração em 11/05/2020, data de ciência do presente procedimento fiscal, através DT-e na forma do expediente de fl. 26 dos autos, então o Estado da Bahia teria até 31/12/2020 para constituir o lançamento, ora em análise, que o fez antes.

Assim, refuto a arguição decadência em relação às datas de ocorrência da infração 07 e da infração 08, onde me alinho ao entendimento do agente Autuante, de que, de fato, não há qualquer data nas ocorrências das citadas imputações que houvera imperado a decadência.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone os demonstrativos remanescente de débito da exigência fiscal nºs 07 e 08 do Auto de Infração, em tela, resta subsistente parcialmente correspondente ao montante de R\$ 2.564,48 e R\$ 7.506,63, respectivamente, conforme os valores apontados nos demonstrativos de débito abaixo destacado, extraído das planilhas de débito, anexadas a este PAF (Mídia/CD-R) à fl. 82 dos autos.

DEMONSTRATIVO REMANESCENTE DE DÉBITO – INFRAÇÃO 07					
DATA OCORR	DATA VENCTO	VLR HIST LANÇ. ORIGINAL (R\$)	VLR HIST APÓS INF. FISCAL (R\$)	OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)

31/01/2015	09/02/2015	80,81	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
28/02/2015	09/03/2015	63,33	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
31/03/2015	09/04/2015	261,90	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
30/04/2015	09/05/2015	17,03	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
31/05/2015	09/06/2015	313,35	313,35	PROCEDENTE	313,35
30/06/2015	09/07/2015	51,16	51,16	PROCEDENTE	51,16
31/07/2015	09/08/2015	56,10	56,10	PROCEDENTE	56,10
31/08/2015	09/09/2015	24,51	24,51	PROCEDENTE	24,51
30/09/2015	09/10/2015	62,43	62,43	PROCEDENTE	62,43
31/10/2015	09/11/2015	153,89	139,42	PROC EM PARTE	139,42
30/11/2015	09/12/2015	66,63	66,63	PROCEDENTE	66,63
31/12/2015	09/01/2016	205,01	205,01	PROCEDENTE	205,01
31/01/2016	09/02/2016	75,70	75,70	PROCEDENTE	75,70
29/02/2016	09/03/2016	18,27	18,27	PROCEDENTE	18,27
31/03/2016	09/04/2016	16,66	9,07	PROC EM PARTE	9,07
30/04/2016	09/05/2016	29,43	29,43	PROCEDENTE	29,43
31/05/2016	09/06/2016	383,39	383,39	PROCEDENTE	383,39
30/06/2016	09/07/2016	319,97	319,97	PROCEDENTE	319,97
31/07/2016	09/08/2016	375,38	17,52	PROC EM PARTE	17,52
31/08/2016	09/09/2016	10,40	10,40	PROCEDENTE	10,40
30/09/2016	09/10/2016	47,39	47,39	PROCEDENTE	47,39
31/10/2016	09/11/2016	48,83	48,83	PROCEDENTE	48,83
30/11/2016	09/12/2016	75,86	75,86	PROCEDENTE	75,86
31/12/2016	09/01/2017	237,91	237,91	PROCEDENTE	237,91
31/01/2017	09/02/2017	76,02	76,02	PROCEDENTE	76,02
28/02/2017	09/03/2017	6,75	6,75	PROCEDENTE	6,75
31/03/2017	09/04/2017	35,70	35,70	PROCEDENTE	35,70
30/04/2017	09/05/2017	6,04	6,04	PROCEDENTE	6,04
31/05/2017	09/06/2017	69,05	69,05	PROCEDENTE	69,05
30/06/2017	09/07/2017	57,99	56,28	PROC EM PARTE	56,28
31/07/2017	09/08/2017	6,14	6,14	PROCEDENTE	6,14
31/08/2017	09/09/2017	7,14	7,14	PROCEDENTE	7,14
30/09/2017	09/10/2017	20,31	20,31	PROCEDENTE	20,31
31/10/2017	09/11/2017	26,09	26,09	PROCEDENTE	26,09
30/11/2017	09/12/2017	62,63	62,63	PROCEDENTE	62,63
Total da Infração 07		3369,18	2.564,50		2.564,50

DEMONSTRATIVO REMANESCENTE DE DÉBITO– INFRAÇÃO 08					
DATA OCORR	DATA VENCTO	VLR HIST LANÇ. ORIGINAL (R\$)	VLR HIST APÓS INF. FISCAL (R\$)	OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)
31/01/2015	09/02/2015	255,79	255,79	PROCEDENTE	255,79
28/02/2015	09/03/2015	174,90	174,90	PROCEDENTE	174,90
31/03/2015	09/04/2015	154,38	154,38	PROCEDENTE	154,38
30/04/2015	09/05/2015	112,48	112,48	PROCEDENTE	112,48
31/05/2015	09/06/2015	121,39	121,39	PROCEDENTE	121,39
30/06/2015	09/07/2015	144,20	144,20	PROCEDENTE	144,20
31/07/2015	09/08/2015	136,16	136,16	PROCEDENTE	136,16
31/08/2015	09/09/2015	188,33	188,33	PROCEDENTE	188,33
30/09/2015	09/10/2015	245,01	245,01	PROCEDENTE	245,01
31/10/2015	09/11/2015	270,29	270,29	PROCEDENTE	270,29
30/11/2015	09/12/2015	406,08	406,08	PROCEDENTE	406,08
31/12/2015	09/01/2016	512,16	512,16	PROCEDENTE	512,16
31/01/2016	09/02/2016	167,97	167,97	PROCEDENTE	167,97
29/02/2016	09/03/2016	282,24	282,24	PROCEDENTE	282,24
31/03/2016	09/04/2016	188,29	188,29	PROCEDENTE	188,29
30/04/2016	09/05/2016	148,17	148,17	PROCEDENTE	148,17
31/05/2016	09/06/2016	242,79	242,79	PROCEDENTE	242,79
30/06/2016	09/07/2016	195,85	195,85	PROCEDENTE	195,85
31/07/2016	09/08/2016	325,36	135,98	PROC EM PARTE	135,98
31/08/2016	09/09/2016	161,19	161,19	PROCEDENTE	161,19
30/09/2016	09/10/2016	147,26	147,26	PROCEDENTE	147,26
31/10/2016	09/11/2016	172,90	172,90	PROCEDENTE	172,90

30/11/2016	09/12/2016	231,28	231,28	PROCEDENTE	231,28
31/12/2016	09/01/2017	147,87	147,87	PROCEDENTE	147,87
31/01/2017	09/02/2017	150,42	150,42	PROCEDENTE	150,42
28/02/2017	09/03/2017	303,78	303,78	PROCEDENTE	303,78
31/03/2017	09/04/2017	189,63	189,63	PROCEDENTE	189,63
30/04/2017	09/05/2017	120,80	120,80	PROCEDENTE	120,80
31/05/2017	09/06/2017	261,89	261,89	PROCEDENTE	261,89
30/06/2017	09/07/2017	234,08	234,08	PROCEDENTE	234,08
31/07/2017	09/08/2017	409,50	409,50	PROCEDENTE	409,50
31/08/2017	09/09/2017	226,17	226,17	PROCEDENTE	226,17
30/09/2017	09/10/2017	263,28	263,28	PROCEDENTE	263,28
31/10/2017	09/11/2017	86,66	86,66	PROCEDENTE	86,66
30/11/2017	09/12/2017	317,47	317,47	PROCEDENTE	317,47
Total da Infração 08		7.696,02	7.506,64		7.506,64

Por fim, a infração 09 que diz respeito a imputação de multa no valor de R\$ 1.645,64 ao Contribuinte Autuado, com data de ocorrência em 31/12/2017, por ter dado entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal no ano de 2017, conforme demonstrativo NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO ESCRITURADAS – TRIBUTADAS E NÃO TRIBUTADAS constantes do CD/Mídia de fl. 24 dos autos, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, tipificada no artigo 42, inciso IX, da Lei 7.014/96, não há qualquer arguição de defesa.

Há de se ressaltar que, nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Portanto, considero que o conjunto de provas apresentado pelo Fiscal Autuante são suficientes para caracterizar a autuação. Infração 09 subsistente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, em tela, na forma a seguir destacado:

INFRAÇÕES	VL LANÇADO	VL JULGDO	MULTA	RESULTADO
01 – 01.02.06	47.702,93	25.163,23	60%	PROC EM PARTE
02 – 01.02.26	29.332,01	28.302,68	60%	PROC EM PARTE
03 – 01.02.41	2.327,78	2.118,25	60%	PROC EM PARTE
04 – 01.02.02	15.030,35	13.899,33	60%	PROC EM PARTE
05 – 06.01.01	5.976,07	5.976,07	60%	PROCEDENTE
06 – 06.02.01	1.895,56	1.886,91	60%	PROC EM PARTE
07 – 16.01.01	3.369,18	2.564,50	---	PROC EM PARTE
08 – 16.01.02	7.696,02	7.506,64	---	PROC EM PARTE
09 – 16.01.06	1.645,64	1.645,64	---	PROCEDENTE
Total Infração 12	114.975,54	89.063,25		

Inconformado com a decisão em primeira instância, ingressou com o presente Recurso Voluntário, adiante transscrito em resumo.

Que com a devida vênia em relação aos valores remanescentes, a decisão merece ser parcialmente reformada pois está equivocada em não afastar a decadência nas infrações 07 e 08 bem por não considerar os argumentos e documentos que demonstram a improcedência das infrações 01, 02, 04 e 05.

IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 01

A infração 01 foi consubstanciada com a seguinte acusação fiscal: “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária”.

Em que pese o acerto da r. Decisão recorrida em ter excluído da autuação parcela atingida pela decadência, a 4ª JJF entendeu pela manutenção da exigência quanto a algumas mercadorias que são tributadas no regime normal do ICMS e estão **fora** do regime da substituição tributária, cujo crédito é legítimo e a glosa deve ser excluída da autuação.

Veja-se abaixo a indicação das mercadorias tributadas no regime normal e que foram mantidas na acusação fiscal de crédito indevido de substituição tributária:

ITEM	ANO	NCM	Tributação Atual	Base Legal da tributação atual	obs
AMENDOIM DOCE 100G CB	2015	'17049020'	Tributado Normal -18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Amendoim com cobertura doce
CASTANHA YOKI CAIU 100G	2016	'19011090'	Tributado Normal -18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Não faz parte dos salgadinhos
CORTINA KREA P/ BOX EST 180X180CM 271	2015	'39269090'	Tributado Normal -18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	ST apenas para obras de plástico, para uso na construção civil (NCM 3926)
SACO PAP KRAFT PARDO PAO 44X54 1000	2017	'48193000'	Tributado Normal -18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Apenas Saco de Lixo fazia parte da ST

A relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que foram incluídas na infração 01 está na planilha “Infração 01 Análises” que acompanhou a defesa.

Sendo assim, à medida que se impõe é a revisão do levantamento fiscal da infração ora em análise com a consequente reforma do acórdão da 4ª JJF, para que sejam excluídas as mercadorias tributadas do levantamento que embasou à presente infração.

IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 02

A infração 02 foi consubstanciada com a seguinte acusação fiscal: “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto*”.

Mesmo que a 4ª JJF tenha acatado parcialmente as alegações de defesa da Recorrente, ainda remanescem no lançamento, mercadorias tributadas no regime normal do ICMS, as quais seguem destacadas abaixo com as respectivas justificativas:

ITEM	ANO	NCM	Tributação Atual	Base Legal da tributação atual	obs
AMENDOIM CRU COM CASCA KG	2015	'12021000'	Tributado Normal -18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Isento apenas para insumos agropecuários
BOBINA PLAST PICOT LISA 40X60X015M	2016	'39232190'	Tributado Normal -18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	
PEIXE LING SALG TIPO BACALHAU PESO	2016	'03055910'	Tributado Normal -18%	Artigo 15, inciso I, alínea "a", da Lei nº 7.014/96.	Benefício até 31/05/16 e não se aplica ao pescado enlatado, cozido, seco ou salgado;

Sendo assim, a medida que se impõe é a revisão do levantamento fiscal da infração ora em análise com a consequente reforma do acórdão da 4ª JJF, determinando-se a exclusão da totalidade das mercadorias tributadas do levantamento que embasou a exigência.

IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 04

Em sua peça de impugnação, a Recorrente defendeu que houve equívoco no levantamento fiscal ao revisar as alíquotas aplicadas nas saídas, tendo a Fiscalização considerado percentuais superiores ao disposto na legislação do ICMS.

Trouxe como anexo a impugnação, demonstrativo que indica quais mercadorias foram autuadas indevidamente.

Todavia, na ocasião da elaboração da informação fiscal bem como do julgamento do Auto de Infração, apenas foram excluídos os fatos geradores atingidos pela decadência, sendo mantido o restante do lançamento no que se refere à aplicação, pela Fiscalização, de alíquota majorada.

Sendo assim, a medida que se impõe é a revisão do levantamento fiscal da infração ora em análise com a consequente reforma do acórdão da 4ª JJF, determinando-se a exclusão das mercadorias lançadas com alíquota superior a estabelecida na legislação do ICMS e que constam nos demonstrativos que acompanharam a peça de defesa.

IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 05

Ao elaborar sua defesa quanto a infração 05, a Recorrente demonstrou que o equívoco da fiscalização foi não ter constatado que o diferencial de alíquotas do mês 05/2017 foi recolhido na apuração do ICMS próprio do estabelecimento, não sendo devida a integralidade do montante exigido na infração.

A demonstração do recolhimento está contida na documentação que acompanhou a defesa, devendo ser revista por essa C. Câmara, com a consequente determinação de exclusão do valor de R\$336,01 do lançamento relativo ao período 05/2017 que compõe a infração ora em análise.

EXTINÇÃO PELA DECADÊNCIA DAS INFRAÇÕES 07 e 08

A Recorrente em suas razões de defesa pugnou pelo decreto de extinção pela decadência dos montantes lançados para as Infrações 07 e 08, mediante a aplicação da regra prevista no art. 150, § 4º do CTN, a qual prevê a contagem do prazo decadencial de 5 (cinco) anos a partir da ocorrência do fato gerador.

No entanto, a E. Junta Julgadora, afastou a regra do art. 150, § 4º do CTN (data do fato gerador) e aplicou a contagem do prazo prevista no art. 173, inciso I do CTN (contagem a partir do 1º dia do exercício seguinte).

Todavia, E. Julgadores, o entendimento adotado pela Junta de Julgamento Fiscal se mostra equivocado, uma vez que para aplicação da regra do artigo 173, inciso I do CTN ou invés daquela prevista no artigo 150, § 4º do CTN, é necessário que haja, no curso do procedimento administrativo, prova inequívoca da conduta dolosa, fraudulenta ou simulada praticada pelo Contribuinte, o que de fato não há.

E tal comprovação, além de inexistente nos autos, também não poderia ser apresentada, uma vez que a Contribuinte não agiu com intenção de lesar o Fisco.

Eventuais erros na elaboração das declarações do ICMS sem a devida comprovação do intuito de lesar o Fisco, não podem simplesmente serem taxadas de condutas dolosas a justificar a penalização do Contribuinte e o afastamento da regra decadencial do artigo 150, § 4º do CTN.

Portanto, a decisão da Junta de Julgamento Fiscal deve ser parcialmente reformada para que seja aplicada a regra decadencial disposta no artigo 150, § 4º do CTN, referente aos fatos geradores ocorridos até 10/05/2015, haja vista que a intimação do auto de infração ocorreu em 11/05/2020.

DO REQUERIMENTO DE DILIGÊNCIA FISCAL

Nos termos do art. 137, I, ‘a’ do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) e conforme demonstrado linhas acima, a realização de diligência fiscal se faz extremamente necessária para demonstração da improcedência do Auto de Infração, conforme será abaixo justificado.

Analizando-se a Decisão recorrida, constata-se que devem ser reanalisadas os demonstrativos de defesa das infrações 01, 02, 04 e 05, pois foram refutados argumentos sólidos que demonstram a improcedência do lançamento.

Ora E. Julgadores, está-se diante de equívoco com relação à análise das informações trazidas pela Contribuinte, o que comprova que a decisão da Junta de Julgamento Fiscal não analisou com a devida profundidade as razões de defesa e, o que é pior, está mantendo o lançamento em prejuízo da Contribuinte.

Tal fato, se não revisado por essa C. Câmara, configurará cerceamento de defesa e enriquecimento sem causa do Estado, o que jamais pode ser admitido por esse E. Conselho de Fazenda.

Sendo assim, a medida que se impõe é a conversão do julgamento em diligência, para que sejam analisadas todas as provas já constantes nos autos e que demonstram de forma cabal a improcedência das infrações 01, 02, 04 e 05.

CONCLUSÃO E PEDIDO

Por todas as razões aqui expostas a Recorrente requer:

- a conversão do feito em diligência, de modo que sejam confirmadas as alegações de defesa com relação as infrações 01, 02, 04 e 05;
- ao final, seja dado integral provimento ao presente Recurso Voluntário, reformando-se parcialmente o acórdão recorrido, especificamente para cancelar a parcela remanescente das infrações 01, 02, 04 e 05 e reconhecer a decadência de parte dos valores lançados nas infrações 07 e 08.

VOTO

O Recorrente pede que o feito seja convertido em diligência, apenas por discordar do lançamento,

sem ponderar que vasta correção foi efetuado no lançamento, tanto na informação fiscal, como em pedido de diligência ao autuante antes do julgamento de primeira instância, sendo que o seu pedido restrito às infrações 1, 2, 4 e 5.

Pela exposição dos fatos, eventuais correções poderão ser corrigidas pelo próprio relator, dado que os questionamentos são colocados em relação a poucas mercadorias. Assim, denego o pedido de diligência.

A infração 1 foi reduzida de R\$47.702,93 para R\$26.163,23, a infração 2 foi reduzida de R\$29.332,01 para R\$28.302,68, a 4 de R\$15.030,35 para R\$13.899,33, e a 5 de R\$5.976,07 que foi mantida no valor original.

A infração 1, pela utilização de crédito indevido de mercadorias submetidas à substituição tributária, além de ser a infração de maior valor, quase 50% do lançamento, foi a que obteve redução mais expressiva, reduzido quase à sua metade conforme citado acima, demonstrando o rigor com que foi analisada pela primeira instância.

O próprio autuante já refez esta infração na informação fiscal, reduzindo-a para R\$31.060,70. Em sua manifestação, o Recorrente contesta todos os produtos, dando citação específica apenas para amendoim e castanha, consideradas pelo autuante como amêndoas. O autuante a seguir, justifica que pela NCMS 2008.1 estão sim, enquadrados na substituição tributária e que quanto à citação “amêndoas” em verdade trata-se apenas de castanha de caju, já que a própria descrição indica “amêndoas eurocaju” consumida como aperitivo.

O julgador, prontamente analisou a contestação do recorrente, e concordou que os itens descritos como amêndoas não estavam abarcados pela substituição tributária, excluindo-os do lançamento e reduzindo finalmente para R\$25.163,23.

Consultando o demonstrativo final, o primeiro item que lá se encontra é ESCADA DE ALUMÍNIO NCM 76169900, e ao consultar o Anexo 1, consta a NCM do grupo 7616, indicando que todos os itens desse grupo estão na substituição tributária, com a descrição:

Outras obras de alumínio, próprias para construções, incluídas as persianas.

Assim, passo à análise dos casos citados expressamente no Recurso Voluntário.

Nos exemplos citados no Recurso Voluntário, fl. 188, **o amendoim doce**, 100g NCM 17049020, **castanha yoki caju** 100g, NCM 19011090, enquanto que as NCM de castanha e amendoim do Anexo 1 são do grupo NCM 17033 e se referem ao tipo aperitivo com embalagem superior a 1 kg, que não se confundem com os do demonstrativo, cabendo razão ao Recorrente. Também os **sacos pardos para pão**, NCM 48193000 não estão no Anexo, mas apenas as NCM 4820, que são envelopes, e, portanto, devem ser retirados do demonstrativo. Já as cortinas NCM 39269090 estão no Anexo 1 item 8.20 e devem ser mantidas.

Constatou ainda, que além dos sacos pardos para pão, também os sacos plásticos para pão, NCM 3923219000 também não estão na substituição tributária.

Comprovado que algumas mercadorias remanescentes no lançamento não estavam na substituição tributária. Infração 1 Procedente em Parte no valor de R\$14.522,85, conforme demonstrativo abaixo.

DEMONSTRATIVO REMANESCENTE DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 01						
DATA	DATA VENCTO	VLR HIST LANÇ. ORIGINAL (R\$)	VLR HIST APÓS INF. FISCAL (R\$)	OCORRÊNCIA	VALOR JUL. 1 ^a INST.	JULG. 2A INST.
31/01/2015	09/02/2015	1.701,36	1.642,20	DECADÊNCIA	0	
28/02/2015	09/03/2015	1.000,22	319,99	DECADÊNCIA	0	
31/03/2015	09/04/2015	2.278,48	1.945,03	DECADÊNCIA	0	
30/04/2015	09/05/2015	4.167,27	2.290,25	DECADÊNCIA	0	
31/05/2015	09/06/2015	1.168,91	798,74	PROC. PARTE	798,74	634,30
30/06/2015	09/07/2015	1.457,93	1.316,43	PROC. PARTE	1.316,43	1.062,05
31/07/2015	09/08/2015	2.553,75	1.324,96	PROC. PARTE	1.324,96	1.261,43
31/08/2015	09/09/2015	2.379,24	1.343,59	PROC. PARTE	1.343,59	1.104,91

30/09/2015	09/10/2015	1.387,48	646,85	PROC. PARTE	646,85	548,06
31/10/2015	09/11/2015	2.174,50	1.789,40	PROC. PARTE	1.789,40	1.674,97
30/11/2015	09/12/2015	1.353,84	1.026,95	PROC. PARTE	1.026,95	785,81
31/12/2015	09/01/2016	1.486,42	779,52	PROC. PARTE	779,52	434,39
31/01/2016	09/02/2016	606,34	368,14	PROC. PARTE	368,14	294,05
29/02/2016	09/03/2016	1.109,32	1.041,52	PROC. PARTE	1.041,52	701,03
31/03/2016	09/04/2016	713,42	633,71	PROC. PARTE	633,71	366,24
30/04/2016	09/05/2016	459,1	435,04	PROC. PARTE	435,04	275,30
31/05/2016	09/06/2016	520,14	509,67	PROC. PARTE	509,67	196,56
30/06/2016	09/07/2016	630,63	361,95	PROC. PARTE	361,95	75,14
31/07/2016	09/08/2016	1.225,53	552,92	PROC. PARTE	552,92	0,00
31/08/2016	09/09/2016	2.068,12	1.165,88	PROC. PARTE	1.165,88	707,98
30/09/2016	09/10/2016	2.210,83	1.874,55	PROC. PARTE	1.874,55	774,52
31/10/2016	09/11/2016	716,15	635,46	PROC. PARTE	635,46	514,80
30/11/2016	09/12/2016	1.861,07	1.438,55	PROC. PARTE	1.438,55	1.028,63
31/12/2016	09/01/2017	1.226,40	877,36	PROC. PARTE	877,36	329,07
31/01/2017	09/02/2017	830,93	275,98	PROC. PARTE	275,98	275,98
28/02/2017	09/03/2017	797,86	570,69	PROC. PARTE	570,69	71,57
31/03/2017	09/04/2017	247,31	142,69	PROC. PARTE	142,69	71,04
30/04/2017	09/05/2017	504,82	456,09	PROC. PARTE	456,09	98,75
31/05/2017	09/06/2017	895,9	542,54	PROC. PARTE	542,54	184,77
30/06/2017	09/07/2017	565,69	397,19	PROC. PARTE	397,19	60,40
31/07/2017	09/08/2017	825,42	362,76	PROC. PARTE	362,76	229,75
31/08/2017	09/09/2017	1.279,61	881,2	PROC. PARTE	881,2	251,20
30/09/2017	09/10/2017	2.114,23	643,05	PROC. PARTE	643,05	37,28
30/11/2017	09/12/2017	1.884,41	976,13	PROC. PARTE	976,13	247,00
31/12/2017	09/01/2018	1.300,30	993,72	PROC. PARTE	993,72	225,87
Total da infração 01		47.702,93	31.360,70		25.163,23	14.522,85

A infração 2 se reporta ao crédito indevido nas aquisições com saídas beneficiadas. Trouxe ao Recurso os itens amendoim cru com casca KG, NCM 12021000, BOBINA PLAST PICOT NCM39232190, PEIXE LING SALG TIPO BACALHAU NCM 03055910.

Tanto o amendoim cru como a bobina plástica foram abordadas no voto recorrente, além do próprio autuante na informação fiscal fl. 104. O amendoim *in natura* está inserido no art. 14 do RICMS, produtos agropecuários e produtos extrativos animais e vegetais, nas saídas internas e interestaduais exceto se destinadas a industrialização. As bobinas são conhecidas nos supermercados para embalagem de hortigranjeiros, beneficiados com isenção. Já o peixe ling salgado não sequer encontrado no demonstrativo.

Constatou que as mercadorias apontadas pelos recorrentes têm saídas beneficiadas por isenção.

Mantida a Decisão recorrida. Infração 2 Procedente em Parte.

A infração 3 não consta do Recurso Voluntário.

A infração 4, julgada parcialmente procedente, trata de recolhimento a menos por alíquota diversa. Alega o recorrente que só foram excluídos os fatos geradores atingidos por decadência. Pede a revisão do lançamento com exclusão das mercadorias com alíquota superior, sem tratar especificamente de nenhuma mercadoria, como se todas as mercadorias estivessem com alíquota correta. Observando o demonstrativo há mercadorias como esmalte nutriveniz colorama e condicionador dove com alíquota de 7%, quando o correto é 17%.

Mantida a Decisão recorrida. Infração 4 Parcialmente Procedente.

Quanto à infração 05, diferença de alíquota na aquisição de ativo fixo, reclama a exclusão de R\$336,01 recolhido em maio de 2017, comprovado na documentação que acompanhou a defesa.

O autuante informa à fl. 78, que foi mesmo recolhido o valor de R\$336,01 e que está sendo cobrada uma diferença de R\$62,76, e o voto recorrido chega a relatar isto, contudo mantendo a decisão intocada, sem a correção do erro, conforme transcrição abaixo:

Ou seja, repete todo o texto da Informação Fiscal, apresentado por números e argumentos, justificando a manutenção da autuação, ou seja, diz que o montante do diferencial de alíquota de mercadorias destinadas a

integrar o ativo permanente do estabelecimento foi de R\$ 398,77, e em seu livro de apuração do ICMS a Autuada recolheu o valor de R\$ 336,01, gerando, pois, uma diferença no montante de R\$ 62,76, que é o que está sendo cobrado.

O voto recorrido diz que está sendo cobrada a diferença de R\$62,76 mas em verdade o autuante lançou R\$398,77 e não R\$62,76.

De fato, examinando o demonstrativo do próprio autuante, consta o valor de R\$336,01 pago, resultando na diferença de R\$62,76 a pagar. Contudo, foi lançado valor equivocado no Auto de Infração, de R\$398,77, e mesmo com as provas em favor do recorrente, o Relator *a quo* se confundiu mantendo o valor indevidamente lançado. Assim, deve-se reduzir ao valor de R\$62,76 que não foi impugnado pelo Recorrente. Assim, modifico o lançamento conforme o demonstrativo abaixo apenas no mês de maio de 2017.

DEMONSTRATIVO REMANESCENTE DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 05					
DATA OCORR	DATA VENCTO	VLR HIST LANÇ. ORIGINAL(R\$)	VLR HIST APÓS INF. FISCAL (R\$)	OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)
31/08/2015	09/09/2015	1.300,05	1.300,05	PROCEDENTE	1.300,05
31/12/2015	09/01/2016	3,21	3,21	PROCEDENTE	3,21
28/02/2016	09/03/2016	3,65	3,65	PROCEDENTE	3,65
31/08/2016	09/09/2016	99,98	99,98	PROCEDENTE	99,98
30/09/2016	09/10/2016	1.504,43	1.504,43	PROCEDENTE	1.504,43
31/12/2016	09/01/2017	1.879,42	1.879,42	PROCEDENTE	1.879,42
31/05/2017	09/06/2017	398,77	62,76	PROCEDENTE	62,76
31/12/2017	09/01/2018	786,56	786,56	PROCEDENTE	786,56
Total da infração 05		5.976,07	5.976,07		5.640,06

Infração 5 Procedente em Parte.

Quanto às infrações 7 e 8 são multas por falta de descumprimento de obrigações acessórias, face à ausência de registro de entrada de mercadorias tributáveis e não tributáveis. Os fatos ocorreram entre 2015 e 2017, e sendo tomada ciência do auto em maio de 2020, pede pela decadência dos fatos geradores superiores a 5 anos. Tal pedido foi apreciado pela Junta conforme trecho abaixo:

"Vejo que não há que se arguir a decadência de exigência dos citados débitos decorrentes das operações comerciais inerentes ao período de 01/01/2015 à 30/04/2015, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, pois se trata da constituição de um crédito tributário em que o sujeito passivo deveria ter efetuado o lançamento na escrita fiscal e não o fez, moldando, então, essas operações no art. 173, I, do CTN, em que a contagem do prazo dar-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àqueles em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Logo não há que se falar em decadência em relação aos créditos constituídos na infração 07, nem tampouco na infração 08, vez que, o sujeito passivo, foi intimado do Auto de Infração em 11/05/2020, data de ciência do presente procedimento fiscal, através DT-e na forma do expediente de fl. 26 dos autos, então o Estado da Bahia teria até 31/12/2020 para constituir o lançamento, ora em análise, que o fez antes.

De fato, não há como se atender ao comando do art. 150 do CTN, pois a ausência dos registros implica em adequação ao art. 173, uma vez que o estado não teria nada a homologar, vez que o contribuinte deixou de registrar os documentos fiscais.

Face ao exposto voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário quanto às infrações 1 e 5.

VOTO DIVERGENTE

Com o devido respeito, divirjo do Relator quanto à decadência arguida nos autos.

A natureza da obrigação inadimplida (se principal ou acessória) não influencia a contagem do prazo decadencial, até mesmo porque derivam do mesmo fato gerador que é o marco para a sua aferição, em regra. Como venho me manifestando reiteradas vezes, não parece ter sentido a distinção da natureza da obrigação ou mesmo realizar a segregação das operações realizadas pelo contribuinte (diferenciando aquelas “declaradas” das “não declaradas”) para definir o prazo para que se perfectibilize a perda do direito ao lançamento. Os tributos sujeitos ao lançamento por homologação se subordinam ao art. 150 do CTN, em regra, sem distinção quanto à natureza

principal ou acessória da obrigaçāo que deles surge.

E, se admitida que a homologação tácita é da *atividade da pessoa jurídica*, não há justificativa para diferenciar operações declaradas de não declaradas. Afinal, se os seus efeitos somente pudessem recair sobre aquilo que foi informado, ainda que o pagamento fosse parcial, não haveria sequer razão para cogitar de decadência, pois tributo declarado é crédito tributário constituído (art. 129-A do COTEB c.c. art. 54-A do RPAF/BA e Súmula 436 do STJ), que se sujeita à *prescrição* e não à *decadência*, e, aquilo que foi recolhido, tem por consequência a extinção do crédito correspondente, na forma do art. 156, I do CTN.

O ato que constitui o crédito (*confissão de dívida* ou *lançamento*), assim, fulmina o prazo decadencial, dando início ao da prescrição. A homologação, por sua vez, é a condição resolutória (art. 150, § 1º do CTN) que promove a extinção do crédito tributário em razão do pagamento (art. 156, I do CTN) ou pela decadência (art. 156, V do CTN), quando concretizada em sua modalidade tácita. É como entende o STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. DÉBITO FISCAL. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS PENDENTES DE HOMOLOGAÇÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA. REVISÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. O entendimento deste Superior Tribunal é o de que a extinção do crédito tributário por meio de compensação está sujeita à condição resolutória da sua homologação. (...) (AgInt no REsp 1788414/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 18/06/2019)

Nas condições resolutórias, diferentemente das condições suspensivas, o fato gerador é considerado perfeito e acabado quando é praticado, conforme art. 117 do CTN:

Art. 117. Para os efeitos do inciso II do artigo anterior e salvo disposição de lei em contrário, os atos ou negócios jurídicos condicionais reputam-se perfeitos e acabados:

- I - sendo suspensiva a condição, desde o momento de seu implemento;*
- II - sendo resolutória a condição, desde o momento da prática do ato ou da celebração do negócio.*

Por este motivo que a homologação independe até mesmo de qualquer ato administrativo, pois, sua forma tácita decorre precisamente da inérgia do Fisco. Porém, cabe lembrar que o pressuposto para o *pagamento* é a existência de um *crédito tributário*, o que significa que sua *constituição*, pela *confissão* ou pelo *lançamento*, necessariamente ocorre em momento anterior.

Logo, é a *entrega da declaração* que proporciona a ciência da atividade, autorizando o exercício da fiscalização, independentemente até mesmo do seu conteúdo. Afinal, a entrega de uma “declaração zerada” também inicia o prazo de decadência, já que se trata de situação completamente diferente da *ausência de qualquer declaração*.

Seguindo o mesmo raciocínio, não restam dúvidas de que a aplicação do art. 173, I do CTN, para tributos sujeitos a lançamento por homologação, somente é viável quando não há *entrega de declaração*, em regra, pois, nestes casos, não se pode considerar a autoridade administrativa ciente de qualquer atividade exercida pelo sujeito passivo, no âmbito de sua competência.

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

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

A possibilidade de contar o prazo em momento distinto do fato gerador acaba refletindo medida excepcional, nestes tributos, que somente se justifica, como se vê no dispositivo acima transscrito, porque, embora pudesse o crédito ser constituído no momento da sua ocorrência, por desconhecimento da *atividade* pelo Fisco, o ato administrativo competente não pode ser efetivado, o que contrasta com as hipóteses de entrega de declaração, pois, não há dúvidas de que a partir de então já se conhece alguma atividade ou já se encontra constituído algum crédito.

Contudo, no âmbito da matéria enfrentada pelo STJ, somente nos parece válido reconhecer a aplicação do inciso I, do art. 173 do CTN nas hipóteses de falta de entrega de informações fiscais.

Malgrado esse entendimento possa não ter ficado explícito no enunciado nº. 555 da Súmula, em acórdãos posteriores a Corte teve a oportunidade de esclarecer o que decidiu, conforme aresto a seguir transscrito, com nossos grifos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N° 3 DO STJ. DECADÊNCIA. PAGAMENTO PARCIAL CONSIGNADO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. PREMISSA FÁTICA EXPRESSA NO ACÓRDÃO. AFASTAMENTO DA SÚMULA N° 7 DO STJ. AFASTAMENTO DO RESP N° 973.733/SC. IPI. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA DAS DIFERENÇAS NÃO DECLARADAS. TERMO A QUO EM CASO DE PAGAMENTO PARCIAL. FATO GERADOR. CRÉDITO TRIBUTÁRIO EXTINTO PELA DECADÊNCIA.1. Adotando-se a premissa fática do caso concreto, expressamente ventilada no voto vencedor do acórdão recorrido - o que afasta a incidência da Súmula nº 7 do STJ -, é de se reconhecer que, havendo pagamento parcial, a decadência para constituir a diferença não declarada e não integrante do pagamento parcial tem como termo a quo a data do fato gerador, na forma do art. 150, § 4º, do CTN, não se aplicando o entendimento fixado na Súmula nº 555 do STJ e no REsp nº 973.733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 18/9/2009, segundo o qual o prazo decadencial segue o disposto no art. 173, I, do CTN quando, a despeito da previsão legal, não há pagamento antecipado em caso de tributo sujeito a lançamento por homologação.2. Na hipótese dos autos, os fatos geradores ocorreram no período de fevereiro e março de 2002, de modo que o lançamento de ofício realizado em 25 de junho de 2007 extrapolou o prazo de 5 anos contados dos fatos geradores, estando o crédito tributário extinto pela decadência.3. Agravo interno não provido. (AgInt no AgInt no AREsp 1229609/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 24/10/2018)

Até mesmo o adimplemento do tributo mediante a utilização de crédito considerado indevido se sujeita ao § 4º, do art. 150 do CTN, por equivaler a recolhimento a menor, conforme o seguinte julgado por nós destacado:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APPLICABILIDADE. LANÇAMENTO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. PAGAMENTO A MENOR. CREDITAMENTO INDEVIDO. TERMO INICIAL. FATO GERADOR. ART. 150, § 4º, DO CTN. MULTA DO ART. 1.026 DO CPC. APLICAÇÃO NÃO ADEQUADA NA ESPÉCIE. (...) III - Esta corte consolidou posicionamento segundo o qual, para efeito de decadência do direito de lançamento do crédito tributário, o creditamento indevido equipara-se a pagamento a menor, fazendo incidir o disposto no art. 150, § 4º, do CTN. (...) (AgInt no REsp 1842061/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2019, DJe 18/12/2019)

O raciocínio é coerente, pois, a entrega de declaração dispara a contagem do prazo de homologação tácita não apenas do que informa, como também das operações omitidas, embora realizadas, porque, o que já foi objeto de pagamento antecipado, não depende de ato comissivo para ser confirmado, pois representa débito confessado e adimplido, situação que não muda em razão de existir ou não omissão. Observe-se, por exemplo, que a eventual desconformidade na declaração entregue não permite que se promova o lançamento correspondente ao montante que já foi pago, resultando na extinção parcial do débito, ainda que não “homologado expressamente”.

O que foi declarado, por sua vez, ainda que sem o respectivo pagamento, constitui definitivamente o crédito tributário, de modo a não mais se falar em decadência. Quanto aos créditos fiscais, a própria hipótese de sua apropriação e/ou utilização dependem da existência de escrituração, inclusive quando indevidos, uma vez que não podem ser gerados por operações não declaradas as quais, da mesma forma, são imprestáveis para constituir débito passível de compensação.

Dito de outro modo, a homologação do lançamento, sobretudo em sua modalidade “tácita”, não se restringe ao que já foi recolhido. Caso contrário, a própria condição resolutória perderia sua função, pois, tem como finalidade a verificação da regularidade do que foi apurado, declarado e eventualmente recolhido pelo contribuinte. Se, ao invés disso, fosse apenas “carimbar” os acertos daquilo que foi apurado e declarado, sem verificar a conformidade das informações prestadas com as efetivamente realizadas, não haveria qualquer necessidade da sua existência, pois, o que foi declarado e recolhido antecipadamente se considera quitado e o não recolhido, embora declarado, é débito confessado, vencido e não pago, situações jurídicas que não dependem da homologação para surgir e não comportam mais o exame da decadência.

Reforça esse pensamento a existência da uma modalidade tácita da homologação, por expor que a

condição é estabelecida também como um dever do Fisco de praticar os atos que lhe competem no mesmo prazo, sob pena de convalidá-los automaticamente pela inércia. Mas, não há necessidade de condicionar o débito espontaneamente confessado a uma conduta da administração, o que implica a necessidade de se dar o alcance amplo à homologação do lançamento, para abranger as operações não incluídas na declaração entregue, e não o restringir, ou seja, *considerando a sua atividade com um todo*, sob pena de esvaziar sua própria razão de existir.

Assim, divirjo do Ilmo. Relator, para dar PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para reconhecer a decadência de todos os créditos lançados cujo fato gerador ocorreu mais de cinco antes da data de intimação do contribuinte (11/05/2020), ou seja, as cobranças relativas às competências anteriores a maio de 2015.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado e modificar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298958.0002/20-9, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$66.370,08**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a” e II, alíneas “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$11.716,78**, previstas no incisos IX da citada Lei e Artigo, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Quanto à decadência) – Conselheiros: Ildemar José Landin, Rafael Benjamin Tomé Arruty, Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE (Quanto à decadência) – Conselheiros(as): Anderson Ítalo Pereira e Valdirene Pinto Lima.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de Agosto de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - RELATOR

ANDERSON ÍTALO PEREIRA - VOTO DIVERGENTE
(Quanto à decadência)

THIAGO ANTON ALBAN – REPR DA PGF/PROFIS