

**A. I. Nº** - 298958.0006/19-0  
**AUTUADO** - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.  
**AUTUANTES** - JOSMAN FERREIRA CASAES  
**ORIGEM** - DAT NORTE / IFEP NORTE  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 29/03/2022

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0039-04/22-VD**

**EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS. a) POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** Razões de defesa não são capazes de elidir a autuação. Item subsistente. **b) SAIDAS SUBSEQUENTES COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO.** Razões de defesa não são capazes de elidir a autuação. Item subsistente. **c) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL.** Razões de defesa não são capazes de elidir a autuação, exceto quanto à decadência declarada de ofício. Item subsistente parcialmente. **2. SAIDAS DE MERCADORIAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. a) MERCADORIA TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS.** Razões de defesa elidem em parte a autuação. Refeito o demonstrativo de débito em sede de Informação Fiscal. Acatada a arguição de decadência. Item subsistente parcialmente. **b) APLICAÇÃO DE ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO.** Item reconhecido. **3. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. AQUISIÇÕES EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO.** Razões de defesa elidem em parte a autuação. Refeito o demonstrativo de débito em sede de Informação Fiscal Item subsistente parcialmente. **b) MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO.** Razões de defesa elidem em parte a autuação. Refeito o demonstrativo de débito em sede de Informação Fiscal Item subsistente parcialmente. **4. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO.** Item reconhecido. **b) MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO.** Item reconhecido. A arguição de decadência acatada em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 25/09/2019, exige o valor de R\$ 177.891,71, inerente aos anos de 2014, 2015 e 2016, conforme demonstrativo de fls. 9 a 17 dos autos, e CD/Mídia de fl. 20, em razão das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 - 01.02.06: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária nos anos de 2015 e 2016, conforme demonstrativo que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 20. Lançado ICMS no valor de R\$16.073,60, 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 13.780/12, e 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 e 2016, conforme demonstrativo que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 20. Lançado ICMS no valor de R\$10.431,88, com enquadramento no art. 29, § 4º, inc. II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 310, inciso II, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 - 01.02.41: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais nos anos de 2015 e 2016, conforme demonstrativo que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 20. Lançado ICMS no valor de R\$15.094,42, com enquadramento no art. 29 e 31, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 309, § 7º, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 4 - 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos anos de 2014, 2015 e 2016, conforme demonstrativo que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 20. Lançado ICMS no valor de R\$92.361,53, com enquadramento no art. 2º, inc. I, e art. 32, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inc. I, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96

INFRAÇÃO 5 - 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 2014, 2015 e 2016, conforme demonstrativo que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 20. Lançado ICMS no valor de R\$2.728,73, 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 6 - 06.01.01: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento nos anos de 2014 e 2016, conforme demonstrativo que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 20. Lançado ICMS no valor de R\$31.832,74, 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 - 06.02.01: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento nos anos de 2014, 2015 e 2016, conforme demonstrativo que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 20. Lançado ICMS no valor de R\$5.157,95, 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 8 – 16.01.01 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem (ns) ou serviço(s) sujeito(s) à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal nos anos de 2014, 2015 e 2016, conforme demonstrativo que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 20 dos autos. Lançada multa no valor de R\$1.209,25, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 9 – 16.01.02 Deu entrada no estabelecimento, de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal nos anos de 2014, 2015 e 2016, conforme demonstrativo que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 20 dos autos. Lançada multa no valor de R\$3.001,61, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Às fls. 32 a 54 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, na qual diz ser uma pessoa jurídica inscrita no CNPJ sob nº 39.346.861/0194-23 e Inscrição Estadual nesse Estado

sob nº 011.731.665, com endereço na TV Matatu Sales, S/N, Matatu, Juazeiro – BA, CEP 48904-570, por sua advogada (Doc. 1), vem respeitosamente perante este r. órgão, com fundamento no art. 123 e seguintes do Decreto nº 7.629/99 que dispõe sobre o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia apresentar tempestivamente sua impugnação.

#### *I. SÍNTESE DA AUTUAÇÃO*

Diz que a agente Fiscal fundamentou a exigência na suposta ocorrência de 09 infrações à legislação do ICMS, as quais foram fundamentadas, basicamente, na alegação de ter utilizado crédito do imposto indevidamente relativo a mercadorias com pagamento de imposto por substituição tributária, redução ou isenção; não ter recolhido o diferencial de alíquota nas aquisições destinadas ao ativo fixo e por fim, de não ter registrado a aquisição de mercadorias na escrita fiscal.

Todavia, pontua que, a autuação levou em consideração alguns períodos já atingidos pela decadência, uma vez que as operações que fundamentam as supostas exigências ocorreram há mais de 5 (cinco) anos da data da ciência da autuação.

Desde logo, com relação as infrações 05, 08 e 09, informa que efetuou o pagamento, cuja guia de recolhimento e comprovante segue anexo à presente (Doc. 2), sendo objeto da presente impugnação apenas as infrações 01 a 04, 06 e 07.

Sendo assim, passa a tecer suas razões de defesa de cada infração, conforme a seguir.

#### *II. PRELIMINARMENTE: DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE CONSTITUIÇÃO DOS SUPOSTOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS ANTERIORES A 30/09/2014 - INFRAÇÕES 04 E 07*

Diz que, como é sabido, o fato gerador do ICMS encontra-se descrito pelo artigo 12, da Lei Complementar nº 87/1996, que regulamenta o imposto em âmbito nacional e dentre outras providências, estabelece a ocorrência do fato gerador com a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte, que descreve.

Observa que foi cientificada da lavratura do auto de infração em 30/09/2019, ou seja, há mais de 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador das operações ocorridas até a data imediatamente anterior a 30/09/2014.

Diz que é sabido 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.

Registra que essas 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 destacar considerações de Paulo de Barros Carvalho (Direito Tributário: fundamentos Jurídicos da Incidência, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 238), no presente caso, ao teor do disposto no artigo 150, § 4º do CTN, na data em que o Fisco constituiu o crédito tributário, já não mais lhe assistia este direito, tendo em vista ter-se consubstanciado a decadência do direito de constituição do crédito tributário. Cumpre transcrever o preceito legal:

*“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 à homologação, será ele de 5 (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.” (grifou-se)*

Frisa que, eventual interpretação diversa, apta a admitir que fosse efetuado lançamento de ofício depois de já ter o Fisco homologado tacitamente a norma individual e concreta expedida pelo particular e declarado extinto o crédito tributário, provocaria consequências de total insegurança jurídica.

Após destacar considerações de outros estudiosos do Direito, como Hugo de Brito Machado, Eurico Marcos Diniz de Saint, diz que o Superior Tribunal de Justiça pacificou seu entendimento quanto à contagem do prazo decadencial de cinco anos a partir da ocorrência do fato gerador, na forma do artigo 150, § 4º, do CTN, no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação, quando o contribuinte recolher parcialmente o imposto a ser homologado (fato este pacífico e incontestado, eis que já comprovado no decorrer do processo de fiscalização).

Após, também, destacar ementas de julgamentos proferido pelo STJ a esse respeito, ressalta que os Ministros do Superior Tribunal de Justiça consignaram, no Recurso Especial nº 973.733/SC, recurso representativo de controvérsia julgado na forma do artigo 543-C, CPC/1975 (correspondente ao artigo 1.036 do CPC/2015) e que originou a Súmula nº 555/STJ, que o prazo decadencial fixado pelo artigo 173 do CTN somente se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação quando não houver recolhimento antecipado do tributo. Veja-se o teor da Súmula 555:

*SÚMULA 555/STJ: “Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.”*

Diz que é este, inclusive, o entendimento sustentado pelo E. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Cita ementa do TJ/BA, relativo ao Agravo de Instrumento nº 0018765-48.2016.8.05.0000, Relator Des. Moacyr Montenegro Souto, Terceira Câmara Cível; Data do julgamento: 05.12.2017; Data de publicação: 13.12.2017.

Portanto, 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 30/09/2019, é forçoso reconhecer a ocorrência da extinção do crédito tributário relativo ao ICMS incidente sobre as operações realizadas até 30/09/2014, já que ultrapassado o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no artigo 150, § 4º, CTN, relativamente as infrações nºs 04 e 07 do auto de infração.

### III. MÉRITO

#### III.1 IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 01 - MERCADORIAS OBJETO DE DEVOLUÇÃO: ESTORNO DO CRÉDITO: AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO FISCO

Diz que 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.”.

Pontua que, ao apurar o valor da exigência consubstanciada na Infração 01, o agente Fiscal deixou de observar que diversas mercadorias foram objeto de devoluções de vendas ocorridas no período, cujo suposto crédito indevido é igual ao montante de venda tributada na saída, fato que anula a exigência perpetrada pelo Fisco da Bahia.

Aduz que, merece destaque o fato de que com relação a essas mercadorias, não houve qualquer prejuízo ao Fisco na medida em que, se ocorreu creditamento do imposto, também ocorreu estorno quando da devolução das mercadorias.

Frisa que, se houve estorno, qual prejuízo teria sido gerado ao erário? Diz que a resposta é nenhum! E assim sendo, não se pode manter uma exigência tributária que não encontra respaldo fático e cuja manutenção, caso assim entenda essa E. Junta de Julgamento, ocasionará o enriquecimento sem causa do Estado.

Diz anexar a comprovação das devoluções, que pode ser extraída dos dados contidos na planilha formato Excel gravada no CD anexo (Doc. 2 – arquivo denominado “Defesa Infração 01”).

Dessa forma, restando demonstrada a ausência de lesão ao Fisco, salienta que a medida que se impõe é a reforma da infração em tela.

### III.2 IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 02

Destaca que 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”*.

Diz que, ao apurar o valor da exigência consubstanciada na infração, em tela, o Agente Fiscal desconsiderou devoluções de vendas ocorridas no período, cujo suposto crédito indevido é igual ao montante de venda tributada na saída, fato que anula a exigência perpetrada pelo Fisco da Bahia, não gerando nenhum prejuízo ao erário público.

Frisa que, muito pelo contrário, pois caso haja manutenção da cobrança, restará configurado o enriquecimento sem causa do Estado, o que não pode ser admitido.

Diz que a comprovação das alegações acima pode ser extraída dos dados contidos na planilha formato Excel gravada no CD anexo (Doc. 3 – arquivo denominado “Defesa Infração 02”).

### III.3. IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 03

Registra que a infração 03 foi consubstanciada com a seguinte acusação fiscal: *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is)”*.

Aduz que, quanto a essa infração, ainda está levantando informações da apuração e devido ao grande número de operações, o trabalho ainda está pendente de finalização.

Em razão disso, pede vênica, em homenagem do princípio da verdade material, para juntar informações e documentos de modo a comprovar a improcedência de tais infrações até o momento da realização da diligência fiscal, o que desde já se requer.

### III.4 IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 04

Frisa que a infração 04 foi consubstanciada com a seguinte acusação fiscal: *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”*.

Diz que, ao apurar o valor da exigência consubstanciada na Infração em tela, 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, conforme exposto no item III da presente impugnação.

Pontua, também, que fez tabula rasa ao considerar na autuação mercadorias que fazem parte do regime de substituição tributária, as quais por óbvio, já tiveram o imposto recolhido anteriormente.

Registra que, as mercadorias que estão incluídas na substituição tributária e que são objeto da presente infração são iogurtes, malas e mochilas, salgadinhos industrializados, produtos de abate animal e brinquedos, conforme disciplinado pelo Anexo I, itens 21 e 27.5, 33, 34, do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, vigente à época dos fatos geradores.

Frisa que, além do equívoco quanto a tributação de operações com mercadorias incluídas no regime da substituição tributária, o agente Fiscal incluiu no levantamento fiscal operações de mera transferência entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, o que está fora do campo de incidência do ICMS, conforme será exposto a seguir.

#### III.4.1 INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO ICMS - TRANSFERÊNCIA ENTRE ESTABELECIMENTOS DO MESMO CONTRIBUINTE (SÚMULA 166/STJ)

Diz que é fundamental ressaltar que, através do auto de infração ora combatido, **especificamente com relação à infração 04**, o Estado da Bahia pretende cobrar ICMS decorrente de operações de transferência de mercadoria realizadas entre estabelecimentos filiais da mesma pessoa jurídica.

Todavia, aduz que é de clareza solar que a transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo sujeito passivo não condiz com o fato gerador do ICMS previsto no ordenamento jurídico.

Consigna que o Imposto incidente sobre a Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS), encontra fulcro na Constituição Federal que, em seu artigo 155, inciso II, § 2º, inciso XII, alíneas “a” e “d”, que destaca.

Assim, diz que a Constituição Federal traçou a regra matriz de incidência do ICMS, determinando, expressamente, seu campo de incidência e dispondo que o imposto incidirá sobre as operações de circulação de mercadoria, bem como sobre a prestação de serviços de comunicação e de transporte entre municípios e estados.

Ademais, em seu artigo 155, §2º, XII, a Carta Magna atribui à Lei Complementar a função de ditar as diretrizes gerais da regra matriz de incidência do ICMS, competindo a tal diploma legal a regulamentação do tributo em comento.

Depois de outras considerações, diz que, em matéria de ICMS, todos os Estados-Membros devem observar os referidos dispositivos constitucionais para editarem as respectivas leis estaduais, além do art.146, incisos I e III, alínea “a”, da referida Carta Magna. E ainda como forma de deferência à Carta Magna, é imperioso que os legisladores estaduais observem também os preceitos da já mencionada Lei Complementar nº 87/1996 (“LC 87/96”), norma geral no tocante ao ICMS.

Destaca o teor do artigo 2º, inciso I da LC 87/96. Neste contexto, diz que resta patente que o ordenamento jurídico pátrio expressamente prevê a incidência do ICMS sobre a circulação de mercadorias, além das hipóteses de prestação de serviços de transporte intermunicipal e interestadual e de comunicação.

No presente caso, pontua que o Estado da Bahia pretende cobrar ICMS sobre operações de transferência de mercadoria realizadas entre seu estabelecimento e outra filial da mesma pessoa jurídica.

Todavia, diz que, analisando-se detidamente a materialidade apontada, observa-se que improcede a pretensão estatal, uma vez que, diante da ausência de translação da propriedade da mercadoria que se pretende tributar, se torna inquestionável a não ocorrência do fato gerador do ICMS, fato imprescindível para a constituição e cobrança do referido imposto.

Após citar entendimentos de estudiosos do direito, diz que, para a realização da circulação, necessária se faz a alteração da propriedade da mercadoria, uma vez que a circulação pressupõe que a mercadoria saia do poder da pessoa com quem está passando a ser detida por outrem, ou seja, deve ocorrer, imprescindivelmente, a transmissão da titularidade.

Nesse sentido, frisa que a simples remessa de mercadorias entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica constitui uma mera movimentação sem a transferência da titularidade exercida sobre o bem, isto é, constitui fato atípico ao ICMS, na medida em que a propriedade segue inalterada.

Diz que tal entendimento encontra arrimo na Súmula nº 166 do Superior Tribunal de Justiça:

*“SÚMULA 166/STJ: NÃO CONSTITUI FATO GERADOR DO ICMS O SIMPLES DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE.”*

Dessa forma, pontua que, analisando-se o caso concreto, observa-se que a infração 04, constante do auto de infração lavrado pelo Estado da Bahia se refere a transferências de mercadorias realizadas entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, não sendo possível vislumbrar operação de circulação de mercadoria qualquer em tais hipóteses, eis que os bens remetidos às

filiais estiverem, a todo tempo, sob a titularidade exclusividade da mesma pessoa jurídica.

#### III.4.2. DO POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DAS CORTES SUPERIORES E DO PRÓPRIO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DO ESTADO DA BAHIA EM CASOS SEMELHANTES

Não obstante a edição de Súmula 166 pelo STJ, diz que, os entendimento aqui esposado, de estudiosos do direito, também é corroborado pelo posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal: (STF, AgReg no Recurso Extraordinário 1.063.312/RS, Relator Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 07.12.201713); (Recurso Especial nº 1.125.133/SP, recurso representativo da controvérsia julgado sob a égide do artigo 543-C, CPC/1973 (correspondente ao artigo 1.036, CPC/2015) e que originou a Súmula 166/STJ):.

Destacar, ainda, outras oportunidades em que o Superior Tribunal de Justiça reafirmou tal entendimento: (STJ, AgRg no Recurso Especial nº 1.295.362/SC, Relatora Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 12.04.2016, DJe de 19.04.2016.); (STJ, AgRg no Recurso Especial nº 1.295.362/SC, Relatora Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 12.04.2016, DJe de 19.04.2016.).

Conclui que o ICMS exigido pelo Estado da Bahia na infração 04 deve ser cancelado ante a inocorrência do fato gerador do imposto - previsto no artigo 155, II, da Constituição Federal – nas meras circulações de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo sujeito passivo, como entendem o STF, STJ e o Conselho de Fazenda Estadual.

Por fim, diz que a comprovação das alegações de defesa trazidas nesse tópico pode ser extraída dos dados contidos na planilha formato Excel gravada no CD anexo (Doc. 3 – arquivo denominado “Defesa Infração 04”).

#### III.5. IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 06

Diz que a infração 06 foi consubstanciada com a seguinte acusação fiscal: *“Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento”*.

Consigna que, ao apurar o valor da exigência da infração em tela, o agente Fiscal deixou de observar que grande parte dos bens destinados ao ativo fixo da empresa tiveram o diferencial de alíquota devidamente recolhido, conforme demonstra o resumo da apuração do período autuado.

Registra que a comprovação das alegações acima pode ser extraída dos dados contidos na planilha formato Excel gravada no CD anexo (Doc. 3 – arquivo denominado “Defesa Infração 06”).

Sendo assim, aduz que é imperiosa a reforma da exigência fiscal ora em exame, para que reflita a verdade dos fatos, jamais exigindo imposto indevidamente, sob pena de enriquecimento sem causa do Estado, o que não pode ser admitido.

#### III.6. IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 07

Frisa que a infração 07 foi consubstanciada com a seguinte acusação fiscal: *“Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento”*.

Neste sentido, ao apurar o valor da exigência consubstanciada na Infração 07, o Agente Fiscal deixou de observar que grande parte da autuação foi atingida pela decadência, razão pela qual diz que houve a extinção do crédito tributário objeto do lançamento, conforme exposto no item III da presente impugnação.

Diz, também, que deixou de observar que grande parte das mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento tiveram o diferencial de alíquota devidamente recolhido, conforme demonstra o resumo da apuração do ICMS do período autuado.

Salienta que a comprovação das alegações acima pode ser extraída dos dados contidos na

planilha formato Excel gravada no CD anexo (Doc. 3 – arquivo denominado “Defesa Infração 07”).

Sendo assim, diz que é imperiosa a reforma da exigência fiscal ora em exame, para que reflita a verdade dos fatos, jamais exigindo imposto indevidamente, sob pena de enriquecimento sem causa do Estado, o que não pode ser admitido.

#### *IV. DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL: A BUSCA PELA VERDADE MATERIAL - DO REQUERIMENTO DE DILIGÊNCIA FISCAL*

Diz que o princípio da verdade material é basilar do processo administrativo fiscal, visando sempre alcançar o julgamento fiel à realidade dos fatos, não se limitando aos aspectos processuais formais.

Dessa forma, o processo administrativo deve ser considerado como instrumento de garantias à efetivação dos direitos fundamentais do Contribuinte relacionados à Administração Pública para enfrentar os conflitos de interesses entre ambos.

No caso presente, o agente Fiscal cometeu diversos equívocos ao lavrar a autuação, na medida em que exige imposto sobre fatos geradores já fulminados pela decadência, desconsidera devoluções e estorno e créditos bem como exige tributos relativo ao diferencial de alíquota que foi efetivamente recolhido pela Contribuinte.

Ressalta ainda, que o agente Fiscal pretende cobrar imposto sobre operações de transferências entre filiais da mesma pessoa jurídica, as quais estão fora do campo de incidência do ICMS.

Tudo isso diz ter culminado na exigência de tributo de forma indevida. E caso haja a manutenção da cobrança, haverá lesão ao patrimônio da Impugnante, na medida em que se verá obrigada a recolher imposto sem causa.

Após traçar outras considerações, nos termos do art. 137, I, ‘a’, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) e conforme demonstrado linhas acima, diz que a realização de diligência fiscal se faz extremamente necessária para demonstração da improcedência do auto de infração.

#### *V. CONCLUSÃO E PEDIDO*

Por todas as razões aqui expostas a Impugnante requer:

- i. realização de Diligência Fiscal, através de Auditor Fiscal integrante da ASTEC do CONSEF, com exame das planilhas constantes no CD anexo à presente defesa (Doc. 3), dos documentos que serão disponibilizados na fase da diligência bem como da resposta aos quesitos que serão formulados em momento oportuno;
- ii. após a diligência, confirmadas as razões de fato e de direito que compõem as alegações de defesa aqui expostas, requer seja dado integral provimento à presente Impugnação, com o consequente cancelamento do auto de infração e da exigência nele contida, determinando-se, por consequência, o seu arquivamento.

O autuante, ao prestar a informação fiscal, às fls. 73/84 dos autos, assim posiciona quanto a defesa apresentada pelo sujeito passivo:

- *INFRAÇÃO 01 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária.*

Diz que a Autuada, em sua peça impugnatória argui que grande parte das mercadorias foram objeto de devoluções de vendas ocorridas no período, cujo suposto crédito indevido é igual ao montante de venda tributada na saída, fato que anula a exigência perpetrada pelo Fisco da Bahia.

Aduz destacar, o Contribuinte Autuado, o fato de que, com relação a essas mercadorias, não houve qualquer prejuízo ao Fisco na medida em que, se ocorreu creditamento do imposto, também ocorreu estorno quando da devolução das mercadorias.

Ainda em sua peça defensiva, pontua que alega a Autuada, que parte das mercadorias foram objeto de devoluções de vendas ocorridas no período, cujo suposto crédito indevido é igual ao

montante de venda tributada na saída, fato que anula a exigência perpetrada pelo Fisco da Bahia.

Diz que a Autuada apenas alega, sem, no entanto, informar nenhum outro dado que corrobore tal alegação, como número das Notas Fiscais, data de emissão, número da chave, etc.

Quanto aos estornos, informa que não houve a comprovação das devoluções, em campos específicos da planilha “DEFESA INFRAÇÃO 01”, onde a suplicante apenas informa “transferências para comercialização e compras para comercialização”, sem, no entanto, comprovar de maneira cabal tais operações, portanto, não há o que se falar em devoluções de vendas ocorridas no período e em estornos de crédito para esta infração.

Assim sendo, diz manter a cobrança para esta infração 01 em seu montante integral.

- *INFRAÇÃO 02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto.*

Também para esta Infração, diz que a Autuada, argui que grande parte das mercadorias foram objeto de devoluções de vendas ocorridas no período, cujo suposto crédito indevido é igual ao montante de venda tributada na saída, fato que anula a exigência perpetrada pelo Fisco da Bahia.

Aduz destacar, o Contribuinte Autuado, o fato de que com relação a essas mercadorias, não houve qualquer prejuízo ao Fisco na medida em que, se ocorreu creditamento do imposto, também ocorreu estorno quando da devolução das mercadorias.

Ainda em sua peça defensiva, alega a Autuada, que parte das mercadorias foram objeto de devoluções de vendas ocorridas no período, cujo suposto crédito indevido é igual ao montante de venda tributada na saída, fato que anula a exigência perpetrada pelo Fisco da Bahia.

Diz que, a Autuada, apenas alega, sem, no entanto, informar nenhum outro dado que corrobore tal alegação, como número das Notas Fiscais, data de emissão, número da chave, etc.

Quanto aos estornos, informa que, já que não houve a comprovação das devoluções, em campos específicos da planilha “DEFESA INFRAÇÃO 02”, onde a suplicante apenas informa “transferências para comercialização e compras para comercialização”, sem, no entanto, comprovar de maneira cabal tais operações, portanto, não há o que se falar em devoluções de vendas ocorridas no período e em estornos de crédito para esta infração.

Assim sendo, diz manter a cobrança para esta infração 02 em seu montante integral.

- *INFRAÇÃO 03 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais.*

Em sua peça impugnatória, informa, a Autuada, a que está levantando informações da apuração e devido ao grande número de operações.

Neste sentido, portanto, mantém a cobrança da infração 03 em seu montante integral.

- *INFRAÇÃO 04 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.*

Em sua peça defensiva, diz que a Autuada alega que o Fiscal Autuante não observou o período atingido pela decadência e que também incluiu no rol de mercadorias que fazem parte da autuação, produtos submetidos ao regime da substituição tributária, e que, ao apurar o valor da exigência consubstanciado na autuação, o Agente Fiscal deixou de observar que as operações são relativas a mercadorias incluídas no regime de substituição tributária, as quais já tiveram o imposto recolhido anteriormente.

Observa que parte das mercadorias mencionadas são: “iogurtes, maletas e mochilas, produtos resultantes do abate suíno, salgadinhos industrializados, brinquedos, ceras e óleos minerais”.

Por outro lado, diz que não assiste razão ao contribuinte evocar o prazo decadencial contado a partir do fato gerador, tendo em vista que a Autuada apurou o montante do imposto devido,

efetuiu o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente o Fisco verificou que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

Portanto, diz não assiste razão ao contribuinte evocar o prazo decadencial contado a partir do fato gerador, pois utilizou créditos fiscais manifestamente ilegítimos, haja vista, que a saída das mercadorias se deu sem débito do imposto, por estarem enquadradas no regime da substituição tributária.

Quanto as alegadas mercadorias que não podem fazer parte da presente autuação, tais como *“iogurtes, malas e mochilas, salgados industrializados, produtos de abate animal e brinquedos”*, que, conforme alegado pela Autuada, disciplinado no Anexo I, itens 21, 27.5, 33, 34 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, vigente à época dos fatos geradores.

Bem assim, quanto a arguição pelo Autuado do suposto equívoco cometido pelo Agente Fiscal, ao incluir o levantamento fiscal operações de mera transferência entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, o que está fora do campo de incidência do ICMS.

Informa que grande parte das mercadorias mencionadas pela Autuada, não estão enquadrados no regime da substituição tributária, jamais foram incluídos no regime da substituição tributária, ou já foram revogados do regime da substituição tributária, conforme a seguir:

- *“Iogurtes”*: Embora a Autuada descreva o produto como Iogurte, trata-se na verdade de COMPOSTO LACTEO – CNM 0403-9 e não 0403-1;
- *“Malas e mochilas”*: não são malas e mochilas escolares, e malas e mochilas para viagem, produtos não enquadrados no regime da ST;
- *“Salgadinhos Industrializados”*: Produto não enquadrado no regime da ST, por não se tratar de salgado industrializado – NCM 1905-9;
- *“Produtos de abate animal”*: Alimentos industrializados, não estão enquadrados do regime da substituição tributária, sendo tributados pelo ICMS;
- *“Brinquedos”*: Embora a Autuada descreva tais mercadorias como brinquedos, em verdade não o são, trata-se de produtos para recreação, sendo tributados pelo ICMS.

Para melhor exemplificar a acima mencionado, anexo a este PAF nova planilha, intitulada PRODUTOS – 2014, 2015 e 2016, discriminando de forma individualizada cada produto.

Por outro lado, informa ser procedente em parte as alegações defensivas da Autuada com relação, apenas, aos produtos: *Caixa Dello P/Corresp, Porta Caneta, Porta Revista, Régua Dello (Produtos de Papelaria) e Molho Schw Caramelo 125ml (Ração Animal)*. Informa a exclusão de tal produto das planilhas de débito, e o refazimento das mesmas.

Quanto à alegada inclusão de operações de mera transferência entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, planilha INFRAÇÃO DEFESA 04, não entende como pertinentes e mantém a cobrança das mencionadas mercadorias.

Diante do exposto e excluídos os valores cobrados indevidamente, diz remanescer ainda um crédito fiscal de ICMS em favor da Fazenda Pública Estadual o montante de R\$ 92.207,76.

- *INFRAÇÃO 05 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.*

Diz que em sua peça impugnatória, a autuada não se reporta a esta Infração, portanto, mantém a cobrança da mesma em seu montante integral.

- *INFRAÇÃO 06 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.*

Diz que a Suplicante informa que grande parte dos bens destinados ao ativo fixo da empresa tiveram o diferencial de alíquota devidamente recolhido.

Após análise das planilhas de débito, informa serem procedentes em parte as alegações defensivas, uma vez que detectou os recolhimentos de ICMS efetuados como diferencial de alíquota de mercadorias destinadas a integrar o ativo permanente do estabelecimento. Informa, então, a inclusão dos montantes e o refazimento das planilhas de débito.

Diante do exposto, e refazimento das planilhas, remanesce ainda um crédito fiscal de ICMS em favor da Fazenda Pública Estadual o montante de R\$ 2.303,13.

- *INFRAÇÃO 07- Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.*

Diz que a Autuada informa que grande parte da autuação foi atingida pela decadência, razão pela qual houve a extinção do crédito tributário objeto do lançamento. Alega ainda que grande parte das mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento tiveram o diferencial de alíquota devidamente recolhido.

Quanto ao prazo decadencial, informa que razão cabe a Autuada, referente ao mês de setembro de 2014, razão pela qual diz ter excluído o montante referente a este mês da planilha de débito.

Por outro lado, após análise das planilhas de débito, informa serem procedente em parte as alegações defensivas, uma vez que detectou recolhimentos de ICMS efetuados como diferencial de alíquota de mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento. Informa a inclusão dos montantes e o refazimento das planilhas de débito.

Diante do exposto, após o refazimento das planilhas, remanesce ainda um crédito fiscal de ICMS em favor da Fazenda Pública Estadual o montante de R\$1.181,80.

- *INFRAÇÃO 08) Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal.*

Diz que em sua peça impugnatória, a autuada não se reporta a esta Infração, portanto, mantém a cobrança da mesma em seu montante integral.

- *INFRAÇÃO 09) Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal.*

Diz que em sua peça impugnatória, a autuada não se reporta a esta Infração, portanto, mantém a cobrança da mesma em seu montante integral.

#### DA CONCLUSÃO

Diante do acatamento parcial das alegações da Autuada e efetuados os expurgos pertinentes constantes no PAF ora em lide, referente às Infrações 04, 06 e 07, correspondente ao refazimento do Demonstrativo de Débito para a mesma, diz reclamar em favor da Fazenda Pública Estadual um crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$144.232,18.

Voltando aos autos às fls. 92/98, em sede de manifestação à Informação Fiscal de fls. 73/84, o Contribuinte Autuado, através do seu patrono constituído, diz que, com o objetivo de facilitar a análise da matéria em exame no presente lançamento, passa a tecer sua manifestação de forma segregada, abordando cada infração, o que faz nos seguintes termos:

#### 1. *INFRAÇÃO 01: DECADÊNCIA E MERCADORIAS INCLUÍDAS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – IMPOSSIBILIDADE DE NOVA EXIGÊNCIA FISCAL*

- *INFRAÇÃO 01 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária*

Diz que, ao apurar o valor da exigência consubstanciada na Infração 01, verificou que diversas mercadorias foram objeto de devoluções de vendas ocorridas no período, cujo suposto crédito

indevido é igual ao montante de venda tributada na saída, fato que anula a exigência perpetrada pelo Fisco da Bahia.

Além disso, diz que é imperioso destacar que diversas das mercadorias que fazem parte do lançamento da infração 1, estão incluídas no regime da substituição tributária e foram novamente tributadas na operação de saída, conforme demonstra o relatório de vendas que é parte da planilha denominada “**Defesa infração 1**”.

Dessa forma, ainda que a Contribuinte, na visão do Sr. Auditor Fiscal, não tivesse logrado êxito em demonstrar que algumas operações de venda foram objeto de devolução e estorno do crédito, pontua que, o que não se pode negar, é que houve nova tributação das mercadorias incluídas no regime da substituição tributária na ocasião da saída.

Tal fato diz que está cabalmente demonstrado no relatório de vendas extraído dos equipamentos ECFs (*Emissores de Cupom Fiscal*) do período fiscalizado, o qual está contido na aba “**Vendas ECF**”, que é parte da planilha denominada “**Defesa infração 01**”.

Frisa que é necessário repisar, que com relação a essas mercadorias, ainda que tenha ocorrido o creditamento indevido, o fato é que foram novamente tributadas nas operações de saída, ocasionando tributação em duplicidade, fato que ocasionará enriquecimento sem causa do erário público, caso a exigência não seja reformada por esse E. Junta de Julgamento.

Após outras considerações, pede vênias para requerer nova análise dos argumentos e documentos de defesa da infração 1, para que seja analisado o relatório de vendas dos ECFs, que é parte integrante da planilha “Defesa Infração 1”, anexo à impugnação.

*II. I.b. IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 02: MERCADORIAS ISENTAS OU COM REDUÇÃO DE IMPOSTO – IMPOSSIBILIDADE DE NOVA EXIGÊNCIA FISCAL ANTE A TRIBUTAÇÃO NORMAL NA OPERAÇÃO DE SAÍDA*

- *INFRAÇÃO 02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto.*

Diz que, da mesma forma como ocorreu na infração 1, a Contribuinte também apurou o crédito na entrada de mercadorias isentas ou com redução de imposto e igualmente as tributou nas operações de saída.

Dessa feita, aduz que, em que pede ter havido o creditamento de mercadorias isentas ou não tributadas, o fato é que houve anulação do crédito pela tributação na saída, o que acarreta na anulação das operações, não representando qualquer prejuízo ao Fisco baiano.

Após outras considerações, pede vênias para requerer nova análise dos argumentos e documentos de defesa da infração 02, para que seja analisado o relatório de vendas dos ECFs, que é parte integrante da planilha “Defesa Infração 2”, anexo à impugnação.

*III. I.c. IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 04*

- *INFRAÇÃO 04 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.*

Diz que as razões de defesa da Contribuinte trouxeram, em breve síntese, os seguintes aspectos que demonstram a improcedência da autuação:

- a) Decadência dos fatos geradores ocorridos anteriormente aos cinco anos da intimação do lançamento;
- b) Tributação de produtos incluídos na Substituição Tributária;
- c) Não incidência do ICMS nas operações de transferências entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica.

Frisa que passara a tecer suas considerações ponto a ponto acerca das alegações do Sr. Auditor Fiscal constantes na informação fiscal.

*a) Decadência dos fatos geradores ocorridos anteriormente aos cinco anos da intimação do lançamento;*

Quanto ao item “a” acima, o Sr. Auditor Fiscal se limita a alegar que houve ocorrência de dolo, fraude ou simulação, sem trazer qualquer comprovação ou mesmo simples relato de fatos que teriam sido praticados naqueles intuitos.

Diz que é imperioso destacar que no lançamento fiscal também não há nenhuma comprovação ou mesmo qualquer menção à prática de dolo, fraude ou simulação, não podendo o Sr. Auditor Fiscal, vir agora, de forma rasa e leviana, acusar a Contribuinte de ter agido no intuito de lesar o Erário Público, simplesmente para justificar um lançamento claramente decaído pela inércia da Fiscalização.

E não havendo comprovação de dolo, fraude ou simulação, é inquestionável a aplicação da regra contida no artigo 150, § 4º, do CTN, cujo preceito normativo determina a contagem do prazo a partir da data de ocorrência do fato gerador, o qual deve ser observado no caso presente.

*b) Tributação de produtos incluídos na Substituição Tributária;*

No que tange ao item “b” acima que se refere a produtos incluídos na substituição tributária, diz que o Sr. Auditor Fiscal acatou a defesa quanto as mercadorias relacionadas a “papelaria”, mantendo as demais, tais como “iogurtes, maletas e mochilas, salgadinhos industrializados, produtos de abate animal e brinquedos”.

Todavia, diz que a interpretação do Sr. Auditor Fiscal está equivocada, pois tais mercadorias estão incluídas no rol da substituição tributária, conforme disciplinado pelo Anexo I, itens 21 e 27.5, 33, 34, do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, vigente à época dos fatos geradores.

E se houve tributação na modalidade da substituição tributária, não pode o Fisco Baiano pretender tributar novamente operações já alcançadas pela incidência do imposto, sob pena de enriquecimento sem causa do Erário Público.

Dessa forma, diz que se impõe é a determinação de nova análise da planilha apresentada pela Contribuinte junto com a peça de defesa (CD anexo, arquivo “Defesa Infração 4”), de modo que sejam excluídas as mercadorias tributadas na sistemática da substituição tributária.

*c) Não incidência do ICMS nas operações de transferências entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica.*

Por fim, com relação ao item “c” acima, que trata da não incidência do ICMS nas transferências entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, o Sr. Auditor Fiscal se limitou a dizer “*não entendemos como pertinentes e mantemos a cobrança das mencionadas mercadorias*” (sic).

Diz que as meras transferências entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica estão fora do campo de incidência do ICMS. Esse é, inclusive, o entendimento preconizado pelo “*Incidente de Uniformização PGE nº 2016.169506-0*”, cujo comando de orientação segue abaixo reproduzo:

*“Entendimento firmado: Não incide ICMS nas transferências internas de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular.”*

Pontua que tal orientação teve por base o entendimento definido pelo Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 166, que segue abaixo transcrita:

*“SÚMULA 166/STJ: NÃO CONSTITUI FATO GERADOR DO ICMS O SIMPLES DESLOCAMENTO DE MERCADORIA DE UM PARA OUTRO ESTABELECIMENTO DO MESMO CONTRIBUINTE.”*

Dessa forma, diz que não restam dúvidas de que as transferências de mercadorias realizadas entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica e que são objeto da infração 04, não estão alcançadas pela tributação do ICMS, não sendo possível vislumbrar operação de circulação de mercadoria qualquer em tais hipóteses, eis que os bens remetidos às filiais estiverem, a todo tempo, sob a titularidade exclusividade da mesma pessoa jurídica.

Pelo exposto, ante a inocorrência do fato gerador do ICMS, conforme preconizado pela Súmula STJ/166 e Incidente de Uniformização de Jurisprudência PGE nº 2016.169506-0, há de se reconhecer a impossibilidade da exigência do imposto em tais hipóteses e, por conseguinte, excluir o crédito tributário objeto da infração 04.

IV. *I.d. INFRAÇÃO 05*

Diz que reconheceu a procedência da infração 5 e realizou o pagamento no curso do prazo de defesa, conforme demonstra o comprovante de quitação anexo à presente (Doc. 01).

V. *I.e. IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 06*

Diz que a infração 6, o Sr. Auditor Fiscal acatou integralmente as razões de defesa apresentadas na peça de impugnação. Sendo assim, a Contribuinte manifesta sua concordância com a conclusão da informação fiscal referente a esse item.

VI. *I.f. IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 07*

Diz que a infração 7, o Sr. Auditor Fiscal concordou integralmente com os argumentos de defesa apresentados. Dessa forma, a Contribuinte concorda com a conclusão da informação fiscal referente a essa infração.

VII. *I.g. INFRAÇÕES 08 E 09*

Diz que reconheceu a procedência da infração 05 (08 e 09) e realizou o pagamento no curso do prazo de defesa, conforme demonstra o comprovante de quitação anexo à presente (Doc. 01).

*CONCLUSÃO E PEDIDO*

Por todas as razões aqui expostas a Recorrente reitera suas razões de defesa com relação às infrações 01, 02 e 04 requerendo que sejam novamente revisadas pela Fiscalização, ante a improcedência das acusações fiscais. No que tange às infrações 06 e 07, a Contribuinte manifesta sua concordância com a conclusão da informação fiscal e requer sejam julgadas improcedentes naquela extensão.

Às fls. 104/112 o agente Fiscal traz considerações às contrarrazões de fls. 92/98, em sede de manifestação à Informação Fiscal de fls. 73/84, conforme a seguir:

- *DA INFORMAÇÃO FISCAL – INFRAÇÃO 01: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária.*

Diz que a Autuada, em sua peça defensiva argui que verificou que diversas mercadorias foram objeto de devolução de vendas ocorridas no período, cujo suposto crédito indevido é igual ao montante tributado na saída, fato que diz anular a exigência perpetrada pelo Fisco Bahia.

Neste aspecto, apesar das alegações da suplicante, informa inexistir nas planilhas de crédito tributária, notas fiscais de devolução, portanto diz não proceder tal justificativa.

Diz alegar, ainda, que diversas mercadorias que fazem parte do lançamento da infração 1, estão incluídas no regime da substituição tributária e foram novamente tributadas na operação de saída, conforme diz demonstrar o relatório de vendas que é parte da planilha denominada *“Defesa infração 01”*.

Sobre a arguição de que não houve qualquer prejuízo ao Fisco na medida em que, se de um lado houve creditamento de mercadorias incluídas na substituição tributária e de outro houve tributação na saída, o crédito tomado fica anulado pelo débito na saída, não havendo qualquer prejuízo ao Fisco, que já recebeu o imposto através do sistema da Substituição tributária.

Diz ratificar a informação prestada às fls. 73 a 85, e informando que houve sim prejuízo ao Fisco, na medida em que tais mercadorias são tributadas, a Autuada fez uso do crédito fiscal destacado em notas fiscais quando da entrada destas em seu estabelecimento, e deu saída nas mesmas sem tributação.

Assim sendo, mantem a cobrança para esta infração em seu montante integral.

- *INFRAÇÃO 02) Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto.*

Diz que argumenta a Autuada que “*pode ter havido*” o creditamento de mercadorias isentas ou não tributadas, e que houve a anulação do crédito pela tributação na saída, o que acarreta na anulação das operações, não representado qualquer prejuízo ao Fisco baiano.

Diz que, a Autuada, argui ainda que caso o contribuinte tenha cometido equívoco na apuração do ICMS, fato inegável é que não há, nessa infração 02, tributo a ser exigido, uma vez que houve tributação na operação de saída.

Frisa discordar totalmente das argumentações defensivas, uma vez que está comprovada a utilização do crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção ou redução do imposto, e a subsequente saída se deu sem tributação como pode ser facilmente constatado através das EFD's da Autuada, caindo por terra as frágeis alegações defensivas.

Diz discordar, também, quando afirma que a Contribuinte se verá obrigada a realizar o pagamento de imposto que já foi recolhido, de forma equivocada, quando da saída das mercadorias objeto da presente infração. Se a Autuada utilizou crédito fiscal indevido, de mercadorias beneficiadas com isenção ou redução do imposto, e posteriormente deu saída de tais mercadorias sem tributação, claramente constata-se que a beneficiada é a Contribuinte, e não o Fisco baiano.

Quanto aos estornos, informa que, já que não houve a comprovação das devoluções, em campos específicos da planilha “*Defesa Infração 02*” a suplicante apenas informa “*transferências para comercialização e compras para comercialização*”, sem, no entanto, comprovar de maneira cabal tais operações.

Assim sendo, mantem a cobrança para esta infração em seu montante integral.

- *INFRAÇÃO 04) Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.*

Diz que em sua nova peça defensiva, a Autuada apresenta breve síntese, que, segundo esta, demonstram a improcedência da autuação:

- a) Decadência dos fatos geradores ocorridos anteriormente aos cinco anos da intimação do lançamento;
- b) Tributação de produtos incluídos na Substituição Tributária;
- c) Não incidência do ICMS nas operações de transferências entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica.

Após traçar as considerações de defesa, apresenta sua manifestação, sem tampouco trazer qualquer consideração nova em relação a Informação Fiscal anterior.

Assim sendo, mantem a cobrança para esta infração no valor apontado na Informação Fiscal, ou seja, R\$92.207,76.

#### CONCLUSÃO

Pois bem! Observo que na informação fiscal datada de 16/12/2019 (fls. 73/84), o i. agente Fiscal alterou os demonstrativos de débitos da infração 04, de R\$92.361,53 para o valor de R\$92.207,76; infração 06, de R\$31.832,74 para o valor de R\$2.303,13; infração 07, de R\$5.157,95 para o valor de R\$1.181,80. Já as infrações 01, 02 e 03, mesmo sendo arguidas pela defesa, não fez qualquer alteração, por não acatar qualquer dos argumentos da defesa. Por sua vez as infrações 05, 08 e 09, também, manteve os valores cobrados na inicial, neste caso, por não ter sido objeto de defesa, inclusive com manifestação do defendente de que iria efetuar os pagamentos.

Neste sentido, em relação as infrações 01, 02, 03 e 04 que, ainda, existem lides a serem dirimidas,

dado o universo de itens a serem analisados, por este Relator Julgador e os demais membros da Junta de Julgamento Fiscal, com as razões e contrarrazões apresentadas pela parte, enseja que seja acostado aos autos os demonstrativos impressos que fundamentaram essas autuações na forma do que está expresso no § 3º, do art. 8º, do RPAF/BA.

Por outro lado, vejo operações com CFOP 5409 (Transferência Interna), no demonstrativo de débito remanescente da infração 04, ou seja, também, no demonstrativo de débito da infração 01 e infração 02, inclusive com arguição do defendente. Também observo arguições de decadência da defesa, que perpassa sua análise por todos os itens que compõe o Auto de Infração, em tela.

Neste contexto, em sede de Instrução, este Relator, em respeito ao princípio da ampla defesa e verdade material, em pauta suplementar do dia 31/07/2020, submeteu o presente PAF aos membros da 4ª JJF, onde ficou decidido converter o presente processo em diligência ao agente Fiscal Autuante, para que sejam adotadas as seguintes providências:

- a) **Item 1:** gravar um novo arquivo CD/Mídia dos demonstrativos de débito remanescentes das infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08 e 09, com suas impressões na forma do que está disposto no § 3º, do art. 8º, do RPAF/BA, tomando como referência a data da primeira Informação Fiscal de fls. 73/84, datada 16/12/2019, onde se possa identificar, no mínimo, “a data de ocorrência dos fatos”, “a nota fiscal”, “a UF de origem”, “a UF destino”, “o Produto”, “a Alíquota”, “a Base de Cálculo”, “o ICMS devido”, “o ICMS pago” e “o ICMS a recolher”, conforme o tipo de autuação, com isso habilitar este Órgão Julgador desenvolver a liquidação do lançamento a ser julgado, com assertividade.
- b) **Item 2:** em relação ao “item 1”, conceder 30 (trinta) dias, para o Contribuinte Autuado se manifestar, querendo, conforme os termos do § 7º, do art. 127, do RPAF/BA, no caso de não concordância do saldo remanescente do demonstrativo de débito das infrações 01, 02, 03 e 04, apresentando justificativas pontuais, inclusive com provas documentais e demonstrativo impressos, se possível, do fato arguido e não apenas indicando, em sua peça de defesa, para este Órgão Julgador verificar no arquivo do CD/Mídia, que venha juntar aos autos, como assim vem procedendo em sua peça de defesa.
- c) **Item 3:** havendo manifestação do Contribuinte Autuado, ensejando ou não a elaboração de novo demonstrativo de débito para infração 01, 02 e 03, o i. agente Fiscal Autuante deve desenvolver nova Informação Fiscal, conforme os termos do § 6º do art. 127 do RPAF/BA, acostando aos autos todos os novos demonstrativos, porventura desenvolvidos, que deverão ser apresentadas em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, na forma § 3º, do art. 8º, do mesmo diploma legal, encaminhando ao órgão competente da INFAZ o presente PAF para os encaminhamentos devidos.

Após cumprido o pedido de diligência, deverá retornar o presente PAF ao CONSEF para instrução, visando o devido julgamento.

Às fls. 128/130 dos autos têm Informação Fiscal atendendo pedido dessa 4ª JJF em que é apensado os documentos/demonstrativos solicitados, constantes do CD/Mídia de fl. 267.

À fl. 273, vê-se manifestação do Contribuinte Autuado em relação à Informação Fiscal de fl. 128/130, onde, após análise das planilhas e informações acostadas aos autos através da citada informação fiscal, diz ter constatado que não houve alteração acerca das informações apresentadas pela Fiscalização na primeira oportunidade, razão pela qual reitera todos os pontos trazidos na defesa, bem como suas considerações na resposta à Informação Fiscal apresentada em 14/01/2020 (fl. 92/98).

Compulsando, então as planilhas impressas de fls. 131/266, bem assim o CD/Mídia de fl. 267, diferentemente do pedido no “**item 1**” por esta 4ª JJF, em pauta suplementar do dia 31/07/2020, como acima destacado, **veja, de fato, restar razão ao defendente a manifestação de fl. 263 dos autos.**

Analisando, especificamente a planilha impressa, bem assim o CD/Mídia de fl. 257, em relação a Infração 04, a infração 06 e a Infração 05, onde a Fiscalização já reduziu o valor da autuação de R\$92.361,53, R\$31.832,74 e R\$5.157,95 para os valores de R\$92.207,76, R\$2.303,13 e R\$1.181,80, respectivamente, vê-se que, tanto as planilhas impressas, quanto as planilhas no CD/Mídia, não possibilita, este Relator Julgador, identificar tais saldo remanescente de forma mensal, por data de ocorrência de constituição do lançamento, ora em análise.

Além disso, em que pese não ter sido objeto do Pedido de Diligência desta 4ª JJF, nos termos do § 6º, do art. 127, do RPAF/BA, **há de se destacar**, dado o volume de informações relacionadas às infrações, objeto do presente lançamento fiscal, **a necessidade**, também, **do agente fiscal elaborar novos demonstrativos de débitos para os saldos mensais remanescente das infrações**, que entende serem os devidos, **isso por data de ocorrência**, possibilitando, assim, este Relator Julgador, após o resultado do julgamento das lides constantes do presente PAF, **efetivar a liquidez do crédito tributário**, ora constituído.

Também foi destacado no Pedido de Diligência desta 4ª JJF, às fls. 123/125 dos autos, de que este Relator Julgador observou a ocorrência de operações com CFOP 5409 (Transferência Interna), no demonstrativo de débito remanescente da infração 04, como também, no demonstrativo de débito da infração 01 e infração 02, inclusive com arguição do defendente, em que o agente Fiscal Autuante, na sua Informação Fiscal de fls. 128/130 dos autos, não traçou qualquer consideração sobre tal registro.

Neste contexto, em sede, ainda, de Instrução, este Relator, em respeito ao princípio da ampla defesa e verdade material, em pauta suplementar do dia 30/04/2021, submeteu o presente PAF aos membros da 4ª JJF, onde ficou decidido converter o presente processo em diligência ao agente Fiscal Autuante, para que sejam adotadas as seguintes providências:

- a) **Item 1:** gravar um novo arquivo CD/Mídia **dos demonstrativos de débito remanescentes das infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08 e 09**, com suas impressões na forma do que está disposto no § 3º, do art. 8º, do RPAF/BA, tomando como referência a data da primeira Informação Fiscal de fls. 73/84, datada 16/12/2019, onde se possa identificar, no mínimo, “a data de ocorrência dos fatos”, “a nota fiscal”, “a UF de origem”, “a UF destino”, “o Produto”, “a Alíquota”, “a Base de Cálculo”, “o ICMS devido”, “o ICMS pago” e “o ICMS a recolher”, conforme o tipo de autuação, **com isso habilitar este Órgão Julgador desenvolver a liquidez do lançamento a ser julgado, com assertividade**.
- b) **Item 2:** em se confirmando a ocorrência de operações com CFOP 5409 (Transferência Interna), em qualquer dos demonstrativos de débito das Infrações, essas operações devem ser excluídas do levantamento fiscal. (*Incidente de Uniformização PGE nº 2016.169506-0*).
- c) **Item 3:** em relação ao “item 1”, conceder 30 (trinta) dias, para o Contribuinte Autuado se manifestar, querendo, conforme os termos do § 7º, do art. 127, do RPAF/BA, no caso de não concordância do saldo remanescente do demonstrativo de débito das infrações 01, 02, 03 e 04, apresentando justificativas pontuais, inclusive com provas documentais e demonstrativo impressos, **se possível**, do fato arguido e não apenas indicando, em sua peça de defesa, para este Órgão Julgador verificar no arquivo do CD/Mídia, que venha juntar aos autos, como assim vem procedendo em sua peça de defesa.
- d) **Item 4:** havendo manifestação do Contribuinte Autuado, ensejando ou não a elaboração de novo demonstrativo de débito para infração 01, 02 e 03, o i. agente Fiscal Autuante **deve desenvolver nova Informação Fiscal**, conforme os termos do § 6º do art. 127 do RPAF/BA, **acostando aos autos todos os novos demonstrativos, porventura desenvolvidos**, que deverão ser apresentadas em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, na forma § 3º, do art. 8º, do mesmo diploma legal, encaminhando ao órgão competente da INFAZ o presente PAF para os encaminhamentos devidos.
- e) **Item 5:** Também, o agente Fiscal Autuante, **deve produzir um demonstrativo de débito**

**resumo mensal dos saldos remanescentes das infrações, indicando “data de ocorrência”, “data de vencimento” e “valor histórico-R\$”.**

Às fls. 282/285, com demonstrativos/documentações de fls. 286/469, constantes do CD/Mídia de fl.470 dos autos, o agente Fiscal Autuante apresenta nova Informação Fiscal, conforme a seguir:

Em relação ao item 1 do pedido da 4ª JJF, diz que os dados solicitados estão informados nas planilhas descritas no corpo desta informação fiscal às fls. 282/284 e estão gravadas no CD/Mídia de fl. 470 dos autos.

Seguindo, para a Infração 04, após consulta a todas as planilhas de débito, informa que todas as operações com o CFOP 5409 constantes nas planilhas, estão com o campo referentes ao débito apurado zerados, portanto não há cobrança para estas operações. Informo ainda, que destacou na cor vermelha, para evidenciar e chamar a atenção para o fato de não haver cobrança para tais operações.

Informa, também, a anexação a este PAF, de novas planilhas de débito referentes à Infração 04, tanto em papel impresso, quanto em mídia CD, referentes ao refazimento das mesmas, com a exclusão da cobrança de mercadorias que efetivamente estão enquadradas no regime da substituição tributária, tais como MALAS, MALETAS, NECESSER, SACOLAS, KIT MALA, MIKS ICE, OLEO KING LUBRIFICANTE, QUEROSENE, REGUA, REMOVEDORES, MOCHILETES e SACOLAS. Remanescendo para esta Infração o montante de R\$ 61.531,71 em favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia.

Diz ter anexado a este PAF arquivo impresso e gravado em mídia CD, descrito como *INFRAÇÕES - SINTÉTICO*, demonstrativo de débito resumo mensal dos saldos remanescentes por infração.

Às fls. 479/482 o sujeito passivo volta aos autos trazendo as seguintes considerações;

- *INFRAÇÃO 01: MERCADORIAS INCLUÍDAS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – IMPOSSIBILIDADE DE NOVA EXIGÊNCIA FISCAL*

Diz que em informação fiscal, foram refutados os argumentos de defesa trazidos ao presente PAF, a qual defende que diversas mercadorias foram objeto de devoluções de vendas ocorridas no período, cujo suposto crédito indevido é igual ao montante de venda tributada na saída, fato que anula a exigência perpetrada pelo Fisco da Bahia.

Além disso, destaca que diversas das mercadorias que fazem parte do lançamento da infração 01, estão incluídas no regime da substituição tributária e foram novamente tributadas na operação de saída, conforme diz demonstrar o relatório de vendas que é parte da planilha denominada “*Defesa infração 01*”.

Após repisar considerações trazidas anteriormente, requer sejam acatados os argumentos e documentos de defesa da infração 01, analisando-se o relatório de vendas dos ECFs que comprovam a tributação na saída das mercadorias autuadas, que é parte integrante da planilha “*Defesa Infração 1*”, anexo à impugnação.

- *INFRAÇÃO 02: MERCADORIAS ISENTAS OU COM REDUÇÃO DE IMPOSTO – IMPOSSIBILIDADE DE NOVA EXIGÊNCIA FISCAL ANTE A TRIBUTAÇÃO NORMAL NA OPERAÇÃO DE SAÍDA*

Diz que, de forma idêntica ao que ocorreu na infração 01, também apurou o crédito na entrada de mercadorias isentas ou com redução de imposto e igualmente as tributou nas operações de saída. Dessa feita, em que pese ter havido o creditamento de mercadorias isentas ou não tributadas, o fato é que houve anulação do crédito pela tributação na saída, o que acarreta na anulação das operações, não representando qualquer prejuízo ao Fisco baiano.

Após repisar considerações trazidas anteriormente, requer sejam acatados os argumentos e documentos de defesa da infração 02, analisando-se o relatório de vendas dos ECFs que comprovam a tributação na saída das mercadorias autuadas, que é parte integrante da planilha “*Defesa Infração 2*”, anexo à impugnação.

• **INFRAÇÃO 04 – IMPROCEDENCIA**

Diz que, em que pese o Sr. Auditor Fiscal, ao elaborar a nova informação fiscal, ter acertadamente excluído diversas mercadorias incluídas na Substituição Tributária, ainda remanescem produtos que estão incluídos no referido regime e que não podem fazer parte do lançamento, os quais a Contribuinte indica por amostragem, cuja integralidade de produtos e fundamento legal está contido (CD anexo, arquivo “Defesa Infração 4”), que destaca no corpo da manifestação à fl. 482 como planilha.

Finaliza que, além da manutenção de alguns produtos tributados no regime da substituição tributária, também devem ser acatados, na ocasião do julgamento desse PAF por essa E. Junta, a alegação de decadência, que fulmina parte considerável do lançamento tributário consubstanciado nessa infração.

À fl. 486 têm-se novo Pedido de Diligência desta 4ª JJF datado de 30/09/2021, conforme os seguintes termos:

Pois bem! No pedido de diligência desta 4ª JJF, datado de 29/04/2021, de fls. 276/277 dos autos, **está claro a solicitação de manifestação do agente Fiscal Autuante, antes da devolução dos autos ao CONSEF, em relação a qualquer manifestação do Contribuinte Autuado** aos termos do requerido pelos membros da Junta de Julgamento, conforme assim dispõe § 6º do art. 127 do RPAF/BA.

Compulsando, então, a manifestação do Contribuinte Autuado de fls. 479/482, em relação a Informação Fiscal de fls. 282/285 e anexos, vejo que não se observa qualquer consideração (§ 6º do art. 127 do RPAF/BA) por parte do Agente Fiscal Autuante, não obstante se tenha considerações contundentes de méritos em relação as infrações 01, 02 e 04.

Relativamente a infração 04, em especial, que diz respeito a cobrança de ICMS por ter deixado de recolher em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, o Contribuinte Autuado traz aos autos situações pontuais que ensejam o agente Fiscal Autuante manifestar em relação a cada item apontado na manifestação de fls. 479/482.

Ademais, foi solicitado, também, por esta 4ª JJF, no pedido diligência, que, observando o agente Fiscal Autuante, relativamente aos saldos remanescentes das autuações, a ocorrência de operações decorrentes de “transferências internas”, procedesse a exclusão dos demonstrativos. Então, observo, salvo melhor juízo, nos saldos remanescentes das infrações 01, 02 e 03 operações com “CFOP 1152-Transferência para comercialização” entre outras.

Neste contexto, em sede, ainda, de Instrução, este Relator, em respeito ao princípio da ampla defesa e verdade material, em pauta suplementar do dia 30/09/2021, submeteu o presente PAF aos membros da 4ª JJF, onde ficou decidido converter o presente processo em diligência ao agente Fiscal Autuante, para que sejam adotadas as seguintes providências:

- a) **Item 1:** primeiramente, analisar os saldos remanescentes das infrações 01, 02, 03 e 04, logo, identificando operações relacionadas a transferências entre estabelecimentos do mesmo Contribuinte Autuado, excluir da autuação.
- b) **Item 2:** a partir do saldo remanescentes das infrações 01, 02, 03 e 04 manifestar, conforme os termos do § 6º do art. 127 do RPAF/BA, sobre as arguições apontadas pelo Contribuinte Autuado na manifestação de fls. 479/482.

Às fls. 491/497 consta Informação Fiscal em atendimento ao pedido desta 4ª JJF de fl. 486 dos autos, que seguir passo a descrever:

- **Item 1:** *primeiramente, analisar os saldos remanescentes das infrações 01, 02, 03 e 04, logo, identificando operações relacionadas a transferências entre estabelecimentos do mesmo Contribuinte Autuado, excluir da autuação.*

Após traçar considerações sobre decisão do STF em relação a ADC 49, que diz respeito a não

incidência de ICMS nas transferências entre estabelecimento do mesmo contribuinte, entende não caber a exclusão das cobranças destas operações, objeto das planilhas de débito, uma vez que, se a Suprema Corte decidiu pela não incidência de ICMS no mero deslocamentos do mesmo titular, na mesma unidade federada ou em unidades diferentes, não é fato gerador de ICMS, a Autuada não deveria fazer uso de tais créditos fiscais, destacados nas notas fiscais de transferência de mercadorias.

Informa, ainda, que as Infrações 01, 02 e 03, são referentes a entrada de mercadorias, e a Infração 04, diz respeito a saída de mercadorias, onde não identificou nenhuma operação relativa a transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Chama a atenção ao fato de que, os créditos fiscais utilizados pela Autuada nas Infrações 01, 02 e 03, decorreram de produtos (mercadorias) isentas, enquadradas no regime da substituição tributária e de apropriação de crédito fiscal em valor superior ao permitido pela legislação do ICMS.

Assim sendo, mantém a cobrança das infrações 01, 02 e 03, em seu montante integral, e para a infração 04, um crédito fiscal de ICMS em favor da Fazenda Pública Estadual no montante de R\$61.531,71.

- *Item 2: a partir do saldo remanescentes das infrações 01, 02, 03 e 04 manifestar, conforme os termos do § 6º do art. 127 do RPAF/BA, sobre as arguições apontadas pelo Contribuinte Autuado na manifestação de fls. 479/482.*

Às fls. 493/497 apresenta todo um apanhado replicando suas considerações já trazidas aos autos justificando a manutenção das infrações 01, 02 e 03 do Auto de Infração em tela.

Relativamente à infração 04, da mesma forma, replica todas as suas considerações já trazidas aos autos justificando ter acatado algumas das arguições de defesa, cujo o valor original da autuação foi alterada de R\$92.361,53 para o valor de R\$61.531,71 nos termos da Informação Fiscal de fls. 282/285.

- PINGO D'OURO CHIPS PICANHA 65G; BACONZITO CHIPS 110G e DORITOS DIPPAS 170G - Salgadinhos Industrializados: Produto NÃO enquadrado no regime da ST, por não se tratar de salgado industrializado - NCM 1905-9; Nos exercícios de 2014 e 2015 os produtos com NCM 1905, NÃO estavam enquadrados no regime da substituição tributária, e no exercício de 2016, foi incluído na substituição tributária os produtos com NCM 1905, mas, informa que no exercício de 2016 NÃO constam nas planilhas de débito tais produtos;
- ESCOVINHA KARAMELLLO C/06; BICHOS KARAMELLLO e AVIÃO KARAMELLLO C/06 - Embora a Autuada descreva tais mercadorias como BRINQUEDOS, em verdade NÃO o são, trata-se de produtos para recreação, sendo tributados pelo ICMS, conforme fls. 449 a 468 deste PAF. Ainda assim, a partir do exercício de 2016, brinquedos saíram da substituição tributária;
- CHICKEN SEARA CENOURA T MÔNICA 300G; SALSICHA ANGLO VIENA LT 180G; SALSICHA SEARA HOT DOG 500G; HAMBÚRGUER REZENDE BOV 56G; LINGUIÇA CONFIANÇA MISTA CHURRASCO KG; SALSICHA SEARA LONGUETE 500G e MINI CHICKEN PERD FGO/QJO 300G - Alimentos industrializados, NÃO estão enquadrados do regime da substituição tributária, sendo tributados pelo ICMS.

Do exposto, em relação a infração 04, diz remanescer, ainda, um crédito fiscal de ICMS em favor da Fazenda Pública Estadual o montante de R\$61.531,71.

À fl. 500 consta Detalhes de Pagamento do presente PAF extraído o SIGAT Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária.

À fl. 498-v, verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante

legal do autuado, Dr<sup>a</sup> Marina Marques Gomes, OAB/DF nº 60.634, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS decorrente de obrigação principal, no montante de R\$ 173.680,85, relativo a 07 (sete) irregularidades; e por multa acessória, no montante de R\$ 4.210,86, relativo a 2 (duas) irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, perfazendo o total de 09 (nove) infrações no valor de R\$ 177.891,71, sendo impugnadas parcialmente ou totalmente as infrações 01, 02, 03, 04, 06 e 07. Por sua vez, as infrações 5, 8 e 9, foram acatadas pelo defendente, inclusive com manifestação expressa nos autos de pagamento, cuja comprovação de pagamento anexou às fls. 68/69 dos autos, em que de pronto serão consideradas procedentes. Assim, a contenda se restringe às infrações 01, 02, 03, 04, 06 e 09, que passo a manifestar.

Em primeiro plano o contribuinte autuado argui a preliminar de decadência em relação ao direito de constituição dos supostos créditos tributários anteriores a 30/09/2014, relativos às imputações de nºs 04 e 07 do Auto de Infração, em epígrafe.

Diz que como é sabido, o fato gerador do ICMS encontra-se descrito no artigo 12 da Lei Complementar nº 87/1996, que regulamenta o imposto em âmbito nacional, e dentre outras providências, estabelece a ocorrência do fato gerador com a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte, que descreve.

Observa que foi cientificada da lavratura do auto de infração em 30/09/2019, ou seja, há mais de 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador das operações ocorridas até a data imediatamente anterior a 30/09/2014.

Diz que é sabido 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.

Dessa forma, considerando que foi intimada do Auto de Infração em 30/09/2019, aduz ser forçoso reconhecer a ocorrência da extinção do crédito tributário relativo ao ICMS incidente sobre as operações realizadas até 30/09/2014, já que ultrapassaram o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no artigo 150, § 4º CTN, relativamente às infrações nºs 04 e 07 do auto de infração, em epígrafe.

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 à 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 forma posta 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 à imputação de nº 04, **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 imediatamente anteriores a 30/09/2014, **já que, de fato, ultrapassou o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no artigo 150, § 4º do CTN**, considerando que foi intimado do Auto de Infração em 30/09/2019, data de ciência do presente procedimento fiscal, isto é, data em que foi formalizado para cobrar crédito tributário por ter deixado de recolher o imposto (ICMS), em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, ou seja, a data em que se aperfeiçoou o lançamento fiscal para efeito da contagem do prazo decadencial, conforme os termos da Súmula nº 12 deste Conselho de Fazenda, relativo à falta de recolhimento do ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Em que pese o sujeito passivo não tenha arguido decadência em relação à imputação de nº 03, **de ofício**, vejo que a Fazenda Pública Estadual não tem direito de cobrar os créditos tributários em apreço, isso em relação à data de ocorrência imediatamente anterior a 30/09/2014, **já que ultrapassou o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no artigo 150, § 4º do CTN**, decorrentes de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por destaque de imposto a maior nos documentos fiscais regularmente escrituradas, 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**.

Todavia, em relação à arguição de decadência da infração 07, que trata da falta de recolhimento do 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; vejo que não há que se arguir a decadência da exigência dos citados débitos decorrentes das operações comerciais inerentes ao período de 31/07/2014, 31/08/2014, ou seja, as datas de ocorrência imediatamente anterior a 30/09/2014, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, **pois se trata da constituição de um crédito tributário decorrente de operações não registradas, 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 àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Logo, não há que se falar em decadência em relação aos créditos constituídos na infração 07, vez

que o sujeito passivo foi intimado do Auto de Infração em 30/09/2019, data de ciência do presente procedimento fiscal, isto é, data em que foi formalizado para cobrar crédito tributário decorrente da falta de recolhimento do ICMS DIFAL, relativo a operações adquiridas de outras Unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, ou seja, a data em que se aperfeiçoou o lançamento fiscal para efeito da contagem do prazo decadencial, conforme os termos da Súmula nº 12 deste Conselho de Fazenda, então o Estado da Bahia teria até 31/12/2019 para constituir o lançamento de nº 07, ora em análise, que o fez antes. Assim, refuto a arguição de decadência em relação às datas de ocorrência da infração 07.

Aliás, tais entendimentos, sejam das infrações de nºs 03 e 04, ou da infração de nº 07, 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 imediatamente anterior 30/09/2014, relativos às imputações de nºs 03 e 04, porquanto a ciência do Auto de Infração em tela ter ocorrido em 30/09/2019, de fato, imperou a decadência na forma prevista art. 150, § 4º do CTN, devendo considerar homologados e definitivamente extintos tais lançamentos, por ter sido efetuado 5 (cinco) anos após a materialização do fato gerador, nos termos arguidos pelo sujeito passivo, e de ofício por recomendação deste Relator Julgador. Entretanto, em relação à arguição de decadência da infração 07 pelo sujeito passivo, 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 às infrações de nºs 01, 02, 04, 06 e 07 do Auto de Infração, pois o sujeito passivo, em relação à infração 03, manteve-se silente. As demais infrações, isto é, as infrações nºs 05, 08 e 09 foram acatadas, inclusive com registro de pagamento expresso na peça de defesa, cuja comprovação anexou às fls. 68/69 dos autos. Passo, então, a manifestar sobre as arguições de mérito do Auto de Infração em tela.

Em relação à infração 01, que diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 16.073,60, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária nos anos de 2015 e 2016, conforme demonstrativos constantes do CD/Mídia de fl. 20 dos autos, o sujeito passivo trouxe a arguição de que diversas mercadorias foram objeto de devoluções de vendas ocorridas no período, cujo suposto crédito indevido é igual ao montante de venda tributada na saída, fato que anula a exigência perpetrada pelo Fisco da Bahia.

Aduz que merece destaque o fato de que com relação a essas mercadorias, não houve qualquer prejuízo ao Fisco, na medida em que se ocorreu creditamento do imposto, também ocorreu estorno quando da devolução das mercadorias.

Diz anexar a comprovação das devoluções, que pode ser extraída dos dados contidos na planilha formato Excel gravada no CD anexo (Doc. 02 – arquivo denominado “Defesa Infração 01”).

Em sede de Informação Fiscal, às fls. 73/84 dos autos, o agente Autuante diz que a Autuada apenas alega, sem no entanto informar nenhum outro dado que corrobore tal alegação, como “*número das notas fiscais*”, “*data de emissão*”, “*número da chave*”, etc.

Em relação à infração 02, que diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 10.431,88, referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto nos anos de 2015 e 2016, conforme demonstrativos constantes do CD/Mídia de fl. 20 dos autos, o sujeito passivo trouxe a arguição de que o Agente Fiscal desconsiderou devoluções de vendas ocorridas no período, cujo suposto crédito indevido é igual ao montante de vendas tributadas na saída, fato que anula a exigência perpetrada pelo Fisco da Bahia, não gerando nenhum prejuízo ao erário público.

Diz que a comprovação das alegações acima pode ser extraída dos dados contidos na planilha formato Excel gravada no CD anexo (Doc. 03 – arquivo denominado “Defesa Infração 02”).

Em sede de Informação Fiscal, às fls. 73/84 dos autos, o agente Autuante diz que não houve a comprovação das devoluções em campos específicos da planilha “DEFESA INFRAÇÃO 02”, onde a suplicante apenas informa “transferências para comercialização e compras para comercialização”, sem, no entanto, comprovar de maneira cabal tais operações, portanto, não há o que se falar em devoluções de vendas ocorridas no período e em estornos de crédito para esta infração.

Em relação à infração 03, que diz respeito a ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 15.094,42, em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais nos anos de 2015 e 2016, conforme demonstrativo que é parte integrante do CD/Mídia de fl. 20, o defendente aduz estar levantando informações da apuração, e devido ao grande número de operações, o trabalho ainda está pendente de finalização.

Em razão disso, pede vênua, em homenagem ao princípio da verdade material, para juntar informações e documentos de modo a comprovar a improcedência de tais infrações até o momento da realização da diligência fiscal, o que desde já se requer.

Em sede de Informação Fiscal, às fls. 73/84 dos autos, o agente Autuante, apenas diz manter a cobrança da infração 03 em seu montante integral.

Em relação à infração 04, que diz respeito a ter deixado de recolher ICMS no valor de R\$ 92.361,53, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos anos de 2014, 2015 e 2016, conforme demonstrativo que é parte integrante do CD/Mídia de fl. 20, o sujeito passivo aduz que o Agente Fiscal deixou de observar que grande parte do período autuado foi alcançado pela decadência, razão pela qual, entende que houve a extinção do crédito tributário, conforme exposto no *item III* da presente impugnação.

Pontua também, que a autuação considera mercadorias que fazem parte do regime de substituição tributária, as quais já tiveram o imposto recolhido anteriormente. Registra que as mercadorias que estão incluídas na substituição tributária e que são objeto da presente infração são “iogurtes, malas e mochilas, salgadinhos industrializados, produtos de abate animal e brinquedos”, conforme disciplinado pelo Anexo I, itens 21 e 27.5, 33, 34 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, vigente à época dos fatos geradores.

Frisa que além do equívoco quanto à tributação de operações com mercadorias incluídas no regime da substituição tributária, o agente Fiscal incluiu no levantamento fiscal operações de mera transferência entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, o que está fora do campo de incidência do ICMS, conforme todo o arrazoadado apresentado na peça de defesa.

Em sede de Informação Fiscal, às fls. 73/84 dos autos, o agente Autuante diz que não assiste razão ao contribuinte evocar o prazo decadencial contado a partir do fato gerador, onde discorre sobre seu entendimento. Em seguida, diz também que grande parte das mercadorias mencionadas pela Autuada não está enquadrada no regime da substituição tributária, jamais foi incluída no regime da substituição tributária, ou já foi revogada do regime da substituição tributária, conforme a seguir:

- “Iogurtes”: Embora a Autuada descreva o produto como Iogurte, trata-se na verdade de COMPOSTO LACTEO – CNM 0403-9 e não 0403-1;
- “Maletas e mochilas”: não são maletas e mochilas escolares, e maletas e mochilas para viagem, produtos não enquadrados no regime da ST;
- “Salgadinhos Industrializados”: Produto não enquadrado no regime da ST, por não se tratar de salgado industrializado – NCM 1905-9;
- “Produtos de abate animal”: Alimentos industrializados, não estão enquadrados do regime da substituição tributária, sendo tributados pelo ICMS;
- “Brinquedos”: Embora a Autuada descreva tais mercadorias como brinquedos, em verdade não

o são, trata-se de produtos para recreação, sendo tributados pelo ICMS.

Para melhor exemplificar o acima mencionado, diz anexar a este PAF nova planilha, intitulada “*PRODUTOS – 2014, 2015 e 2016*”, discriminando de forma individualizada cada produto.

Por outro lado, informa o agente Autuante, ser procedente em parte as alegações defensivas da Autuada com relação apenas aos produtos: *Caixa Dello P/Corresp, Porta Caneta, Porta Revista, Régua Dello (Produtos de Papelaria) e Molho Schw Caramelo 125ml (Ração Animal)*. Informa então a exclusão de tal produto das planilhas de débito, e o refazimento das mesmas.

Quanto à alegada inclusão de operações de mera transferência entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, planilha *INFRAÇÃO DEFESA 04*, não entende como pertinentes e mantém a cobrança das mencionadas mercadorias.

Em relação à infração 06, que diz respeito a ter deixado de recolher ICMS no valor de R\$ 31.832,74, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento nos anos de 2014 e 2016, conforme demonstrativo que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 20, consigna o sujeito passivo, que o agente Fiscal deixou de observar que grande parte dos bens destinados ao ativo fixo da empresa tiveram o diferencial de alíquota devidamente recolhido, conforme demonstra o resumo da apuração do período autuado.

Registra que a comprovação das alegações acima pode ser extraída dos dados contidos na planilha formato Excel gravada no CD anexo (Doc. 3 – arquivo denominado “*Defesa Infração 06*”).

Em sede de Informação Fiscal, após análise das planilhas de débito às fls. 73/84 dos autos, o agente Autuante informa serem procedentes em parte as alegações defensivas, uma vez que detectou os recolhimentos de ICMS efetuados como diferencial de alíquota de mercadorias destinadas a integrar o ativo permanente do estabelecimento.

Informa então a inclusão dos montantes e o refazimento das planilhas de débito, em que diz remanescer ainda um crédito fiscal de ICMS em favor da Fazenda Pública Estadual no montante de R\$ 2.303,13.

Em relação à infração 07, que diz respeito a ter deixado de recolher ICMS no valor de R\$ 5.157,95, 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 2014, 2015 e 2016, conforme demonstrativo que é parte integrante do CD/Mídia de fl. 20, consigna o defendente, que ao apurar o valor da exigência consubstanciada na Infração 07, o agente Fiscal deixou de observar que grande parte da autuação foi atingida pela decadência, razão pela qual, diz que houve a extinção do crédito tributário objeto do lançamento, conforme exposto no *item III* da presente impugnação.

Aduz também, que deixou de observar que grande parte das mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento tiveram o diferencial de alíquota devidamente recolhido, conforme demonstra o resumo da apuração do ICMS do período autuado.

Salienta que a comprovação das alegações acima, pode ser extraída dos dados contidos na planilha formato Excel gravada no CD anexo (Doc. 3 – arquivo denominado “*Defesa Infração 07*”).

Em sede de Informação Fiscal, às fls. 73/84 dos autos o agente Autuante diz que quanto ao prazo decadencial, informa que razão cabe à Autuada, referente ao mês de setembro de 2014, razão pela qual, diz ter excluído o montante referente a este mês da planilha de débito.

Por outro lado, após análise das planilhas de débito, informa serem procedentes em parte as alegações defensivas, uma vez que detectou recolhimentos de ICMS efetuados como diferencial de alíquota de mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento. Informa a inclusão dos montantes e o refazimento das planilhas de débito.

Informa então, que após o refazimento das planilhas remanesce ainda um crédito fiscal de ICMS

em favor da Fazenda Pública Estadual no montante de R\$ 1.181,80.

Passo aqui a posicionar sobre as imputações de nº 06 e 07, vez que não há mais lide a ser dirimida nos autos.

Em relação à infração 06, que diz respeito a ter deixado de recolher ICMS no valor de R\$ 31.832,74, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento nos anos de 2014 e 2016, onde o Contribuinte Autuado, em sede de defesa, arguiu que a Fiscalização deixara de observar que parte das operações, objeto da autuação, destinadas ao ativo fixo da empresa tiveram o ICMS DIFAL devidamente recolhido aos Cofres da Fazenda Pública Estadual, e o agente Autuante, em sede de Informação Fiscal, após análise das considerações de defesa com os elementos probantes acostados aos autos, refez o demonstrativo de débito do valor de R\$ 31.832,74, para o valor de R\$ 2.303,13, não vejo qualquer ato que possa desabonar a alteração do débito lançado.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone o demonstrativo de débito remanescente da infração 06, e que os requisitos de constituição do lançamento estabelecidos através do art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estão corretamente atendidos para caracterização da autuação, onde o agente Fiscal Autuante agiu nos estritos termos da legislação, vejo restar subsistente parcialmente conforme a seguir:

DEMONSTRATIVO REMANESCENTE DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 06					
DATA OCORR	DATA VENCTO	VALOR HIST LANÇAMENTO ORIGINAL (R\$)	VALOR HIST APÓS INFORMAÇÃO FISCAL (R\$)	OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)
30/11/2014	09/12/2014	276,57	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
31/03/2016	09/04/2016	31.301,79	2285,79	PROC. EM PARTE	2285,79
31/08/2016	09/09/2016	254,38	17,34	PROC. EM PARTE	17,34
<b>Total da Infração 06</b>		<b>31.832,74</b>	<b>2.303,13</b>		<b>2.303,13</b>

Relativamente à Infração 07, que diz respeito a ter deixado de recolher ICMS no valor de R\$ 5.157,95, 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 2014, 2015 e 2016, em que o Contribuinte Autuado alegou, em sede de defesa, ter deixado a Fiscalização de observar algumas operações de aquisições de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento, constantes do demonstrativo de débito, tiveram o diferencial de alíquota devidamente recolhido; e que o agente Autuante, em sede de Informação Fiscal, após a análise das documentações acostadas aos autos, ter detectado recolhimento de ICMS DIFAL aos cofres do Estado, de fato, não considerados no levantamento, que fez sua inserção com o refazimento do demonstrativo de débito, vejo que está em linha com o que preconiza a norma legal.

Entretanto, em relação ao outro argumento de defesa do sujeito passivo, de inconsistência parcial da infração 07, de que o agente Fiscal deixara de observar que parte da autuação fora atingida pela decadência, razão pela qual diz que houve a extinção do crédito tributário objeto do lançamento, ou seja, as datas de ocorrência imediatamente anterior a 30/09/2014, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, tinham imperado a decadência, em que o Autuante, em sede de Informação Fiscal, aduziu que razão caberia à Autuada referente ao mês de setembro de 2014, pelo qual diz ter excluído o montante referente a este mês da planilha de débito; não é que vejo da análise da constituição do lançamento fiscal relativo à imputação de nº 07 do Auto de Infração em tela, como já discorrido no início deste voto, como preliminar de mérito.

Pois se trata da constituição de um crédito tributário decorrente de operações não escrituradas, 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 se dá 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, vez que o sujeito passivo foi intimado do Auto de Infração em 30/09/2019, data de ciência do presente procedimento fiscal, isto é, a data em que se aperfeiçoou o lançamento fiscal para efeito da contagem do prazo decadencial, conforme os termos da Súmula nº 12 deste Conselho de Fazenda, então o Estado da Bahia teria até 31/12/2019 para constituir o lançamento de nº 07, ora em análise, que o fez antes. Assim, não há que se arguir decadência em relação a quaisquer das datas de ocorrência da infração 07.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone as alterações do demonstrativo de débito da infração 07, efetuado pelo agente Autuante por ter detectado com a arguição de defesa do Autuado, recolhimento de ICMS DIFAL aos cofres do Estado, de fato, não considerados no levantamento e que os requisitos de constituição do lançamento estabelecidos através do art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estão corretamente atendidos para caracterização da atuação, onde o agente Fiscal Autuante agiu nos estritos termos da legislação, vejo restar subsistente parcialmente a infração 07, com as alterações do débito do valor de R\$ 5.157,95, para o valor de R\$ 1.181,80, conforme a seguir:

DEMONSTRATIVO REMANESCENTE DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 07					
DATA OCORR	DATA VENCTO	VALOR HIST LANÇAMENTO ORIGINAL (R\$)	VALOR HIST APÓS INFORMAÇÃO FISCAL (R\$)	OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)
31/07/2014	09/08/2014	51,43	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
31/08/2014	09/09/2016	212,84	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
30/09/2014	09/10/2014	54,93	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
31/10/2014	09/11/2014	97,55	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
30/11/2014	09/12/2014	201,21	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
31/12/2014	09/01/2015	268,86	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
31/01/2015	09/02/2015	166,75	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
28/02/2015	09/03/2015	1.631,32	1.043,16	PROC EM PARTE	1.043,16
31/03/2015	09/04/2015	12,17	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
30/04/2015	09/05/2015	121,28	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
31/05/2015	09/06/2015	209,91	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
30/06/2015	09/07/2015	20,64	0,01	PROC EM PARTE	0,01
31/07/2015	09/08/2015	49,80	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
31/08/2015	09/09/2015	36,86	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
30/09/2015	09/10/2015	75,60	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
31/10/2015	09/11/2015	146,16	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
30/11/2015	09/12/2015	182,48	97,26	PROC EM PARTE	97,26
31/12/2015	09/01/2016	288,34	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
31/01/2016	09/02/2016	92,47	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
29/02/2016	09/03/2016	70,28	1,81	PROC EM PARTE	1,81
31/03/2016	09/04/2016	91,88	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
30/04/2016	09/05/2016	121,77	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
31/05/2016	09/06/2016	3,33	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
30/06/2016	09/07/2016	42,57	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
31/07/2016	09/08/2016	178,31	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
31/08/2016	09/09/2016	247,71	7,66	PROC EM PARTE	7,66
30/09/2016	09/10/2016	22,48	4,03	PROC EM PARTE	4,03
31/10/2016	09/11/2016	70,77	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
30/11/2016	09/12/2016	134,76	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
31/12/2016	09/01/2017	253,49	27,87	PROC EM PARTE	27,87
<b>Total da Infração 07</b>		<b>5.157,95</b>	<b>1.181,80</b>		<b>1.181,80</b>

Passo agora a tratar no presente voto das infrações 01, 02, 03 e 04.

As infrações nºs 01 e 02 serão analisadas de forma conjunta. A Infração 01, que diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, por sua vez, a infração 02 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas

com isenção ou redução do imposto, tendo as duas imputações com datas de ocorrência nos anos de 2015 e 2016.

Pontua então o Contribuinte Autuado, em primeiro plano, relativamente à infração 01, que o agente Fiscal deixou de observar que grande parte da autuação foi atingida pela decadência, razão pela qual, houve a extinção do crédito tributário relativamente a algumas datas de ocorrência da imputação fiscal.

Sobre essa arguição de defesa, este Relator Julgador já se manifestou em sede de preliminar de mérito deste próprio voto, afastando tal arguição.

Por sua vez, seja da infração 01, ou da infração 02, consigna o Contribuinte Autuado que o agente Fiscal deixou de constatar no levantamento fiscal, que diversas mercadorias foram objeto de devoluções de vendas ocorridas no período, cujo supostos créditos indevidos apropriados na entrada, são iguais ao montante dos créditos nas saídas, fato que anularia a exigência perpetrada pelo Fisco da Bahia. Acrescenta ainda em relação à infração 01, que também ocorreu estorno quando da devolução das mercadorias.

Em sede de Informação Fiscal, o agente Autuante diz que a Autuada apenas alega, sem no entanto informar nenhum outro dado que corrobore tal alegação, como número das “notas fiscais”, “data de emissão”, “número da chave” etc., seja em relação à imputação de nº 01, ou seja em relação à imputação de nº 02 do Auto de Infração em tela.

Quanto aos estornos relativos à infração 01, informa o agente Fiscal, que não houve a comprovação das devoluções em campos específicos da planilha “DEFESA INFRAÇÃO 01”, onde diz que a suplicante apenas informa “transferências para comercialização e compras para comercialização”, sem no entanto comprovar de maneira cabal tais operações, portanto, não há o que se falar em devoluções de vendas ocorridas no período e em estornos de crédito para esta infração.

Pois bem! O presente PAF foi posto em Diligência Fiscal por 3 (três) vezes para dirimir essa e outras arguições de defesa, sendo que, seja a infração 01, ou seja a infração 02, nas oportunidades que o Contribuinte Autuado houvera tido para apresentar elementos probantes de sua arguição de defesa, a exemplo do inferido pelo agente Autuante, assim não procedeu.

Aliás, em todas as suas manifestações nos autos, em nada avançou na comprovação de suas arguições, que levasse a elidir total ou parcial a imputação fiscal de nº 01, nem tampouco a imputação de nº 02 do Auto de Infração em tela.

Também observo que no último Pedido de Diligência desta 4ª JJF, foi posta a seguinte orientação ao agente Fiscal Autuante:

*“(...) analisar os saldos remanescentes das infrações 01, 02, 03 e 04, logo, identificando operações relacionadas a transferências entre estabelecimentos do mesmo Contribuinte Autuado, excluir da autuação.”*

Ao produzir a Informação Fiscal de fls. 491/497, em atendimento ao Pedido de Diligência desta 4ª JJF, de fl. 486, informa que as imputações fiscais de nº 01 e 02 do Auto de Infração em tela, refere-se à glosa de crédito decorrente de entrada de mercadorias, onde não identificou nenhuma operação relativa a transferências entre estabelecimentos do mesmo contribuinte.

Chama a atenção o fato de que os créditos fiscais utilizados pela Autuada, glosados, objeto das Infrações 01 e 02, decorreram de produtos (mercadorias), enquadradas no regime da substituição tributária, e mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, respectivamente, em que a legislação não autorizava.

Também chama a atenção em relação ao pedido desta 4ª JJF, de que “identificando operações relacionadas a transferências entre estabelecimentos do mesmo Contribuinte Autuado, excluir da autuação”, mesmo não havendo incidência do ICMS nas transferências entre estabelecimentos do mesmo Contribuinte, ou seja, se não há fato gerador de ICMS, a Autuante não deveria fazer uso de tais créditos fiscais destacados nas notas fiscais de transferências de mercadorias, e que por isso,

entende que não seria devida a exclusão de operações com CFOP de transferência, dos demonstrativos de débito das infrações 01 e 02, se assim houvera identificado, que diz não ter ocorrido.

Neste contexto, de fato, resta razão a inferência do agente Fiscal Autuante quanto ao equívoco desta 4ª JJF, a pedido deste Relator Julgador, ao solicitar da Fiscalização, em identificando operações relacionadas a transferências entre estabelecimentos do mesmo Contribuinte Autuado, excluir da autuação, pois trata a autuação de utilização de crédito indevido, em que, de fato, o Contribuinte Autuado não poderia se apropriar de um crédito de ICMS de uma operação que não há incidência.

Aliás, cabe nessas operações de transferência entre estabelecimentos do mesmo Contribuinte Autuado, em que não há incidência do ICMS, o Contribuinte Autuado orientar o estabelecimento que efetuou a transferência, com o destaque indevido do ICMS, requerer junto à unidade Fiscal de sua circunscrição, a restituição de indébito na forma da legislação pertinente.

Assim, dado que não restou comprovado que o agente Fiscal Autuante deixou de constatar que diversas mercadorias foram objeto de devoluções de vendas ocorridas no período relativo às imputações de nº 01 e 02, ou mesmo estorno, isso em relação à imputação de nº 01, cujos os supostos créditos indevidos das entradas são iguais ao montante nas saídas, fato que anularia parcialmente a exigência perpetrada pelo Fisco da Bahia, nem tampouco tenha imperado a decadência de qualquer das datas de ocorrência das autuações, voto pela subsistência da infração 01 e da Infração 02 do Auto de Infração em tela.

Em relação à infração 03, que diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais nos anos de 2015 e 2016, conforme demonstrativo que é parte integrante do CD/Mídia de fl. 20, vê-se em sede de defesa que o sujeito passivo aduz que estaria levantando informações da apuração, e devido ao grande número de operações, o trabalho ainda estava pendente de finalização.

Em razão disso, pede vênha em homenagem ao princípio da verdade material, para juntar informações e documentos de modo a comprovar a improcedência de tais infrações até o momento da realização da diligência fiscal, o que desde já se requeria.

O presente PAF foi posto em Diligência Fiscal por 3 (três) vezes, para dirimir essa e outras arguições de defesa, sendo que nas oportunidades que o Contribuinte Autuado houvera tido para apresentar a comprovação da improcedência da autuação, assim não procedeu.

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.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone o demonstrativo de débito remanescente da infração 03, exceto quanto ao aspecto da declaração da decadência de ofício no início deste voto, em relação aos fatos geradores das data de ocorrência anteriores a 30/09/2014; e que os requisitos de constituição do lançamento estabelecidos no art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estão corretamente atendidos para caracterização da atuação, onde o agente Fiscal Autuante agiu nos estritos termos da legislação, vejo restar subsistente parcialmente a infração 03, conforme a seguir:

DEMONSTRATIVO REMANESCENTE DE DÉBITO APÓS A DECLARAÇÃO DE DECADÊNCIA DE OFÍCIO DOS CRÉDITOS CONSTITUÍDOS ANTERIORES A 30/09/2014 – INFRAÇÃO 03					
DATA OCORR	DATA VENCTO	VALOR HIST LANÇAMENTO ORIGINAL (R\$)	VALOR HIST APÓS INFORMAÇÃO FISCAL (R\$)	OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)
31/08/2014	09/09/2014	29,50	29,50	DECADÊNCIA	0,00
31/10/2014	09/11/2014	18,92	18,92	PROCEDENTE	18,92
30/11/2014	09/12/2014	21,18	21,18	PROCEDENTE	21,18

31/12/2014	09/01/2015	12,42	12,42	PROCEDENTE	12,42
31/10/2015	09/02/2015	56,75	56,75	PROCEDENTE	56,75
28/02/2015	09/03/2015	78,78	78,78	PROCEDENTE	78,78
31/07/2015	09/08/2015	27,55	27,55	PROCEDENTE	27,55
30/09/2015	09/10/2015	13,73	13,73	PROCEDENTE	13,73
31/10/2015	09/11/2015	191,08	191,08	PROCEDENTE	191,08
31/12/2015	09/01/2016	33,92	33,92	PROCEDENTE	33,92
31/01/2016	09/02/2016	5.457,02	5.457,02	PROCEDENTE	5.457,02
29/02/2016	09/03/2016	6.929,61	6.929,61	PROCEDENTE	6.929,61
31/03/2016	09/04/2016	1.026,44	1.026,44	PROCEDENTE	1.026,44
31/05/2016	09/06/2016	427,90	427,90	PROCEDENTE	427,90
31/12/2016	09/01/2017	769,62	769,62	PROCEDENTE	769,62
<b>TOTAL DA INFRAÇÃO 03</b>		<b>15.094,92</b>	<b>15.094,42</b>		<b>15.064,92</b>

Por fim, quanto à infração 04, que relaciona ter deixado de recolher ICMS no valor de R\$ 92.361,53, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos anos de 2014, 2015 e 2016, conforme demonstrativo que é parte integrante do CD/Mídia de fl. 20, diz o sujeito passivo, em sede de defesa, 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.

Sobre essa arguição de defesa, este Relator Julgador já se manifestou em sede de preliminar de mérito deste próprio voto, acatando tal arguição, em que os fatos geradores que ocorreram imediatamente anterior 30/09/2014, imperaram a decadência na forma prevista art. 150, § 4º do CTN.

Pontua também o sujeito passivo, que o agente Fiscal considerou na autuação mercadorias que fazem parte do regime de substituição tributária, as quais, entende que já tiveram o imposto recolhido anteriormente, devendo ser excluídas do levantamento fiscal.

Registra, que as mercadorias que estão incluídas na substituição tributária e que são objeto da presente infração são “*iogurtes, malas e mochilas, salgadinhos industrializados, produtos de abate animal e brinquedos*”, conforme disciplinado pelo Anexo I, itens 21 e 27.5, 33, 34 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, vigente à época dos fatos geradores.

Frisa que além do equívoco quanto à tributação de operações com mercadorias incluídas no regime da substituição tributária, o agente Fiscal incluiu no levantamento fiscal operações de mera transferência entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, o que, ao seu entender, está fora do campo de incidência do ICMS.

Sobre tal alegação, em sede de Informação Fiscal, o agente Autuante, após consulta a todas as planilhas de débito constantes do CD/Mídia de fl. 470 dos autos, informa que todas as operações com CFOP 5409, que diz respeito a transferência interna, estão com o campo referente ao débito apurado zerado, o que este Relator Julgador constatou em sede de instrução do presente PAF, não ensejando no estágio que se encontra os autos, qualquer correção no levantamento fiscal relativo a essa arguição de defesa.

Por outro lado, quanto às alegadas mercadorias que não podem fazer parte da presente autuação, tais como “*iogurtes, malas e mochilas, salgados industrializados, produtos de abate animal e brinquedos*”, conforme diz estar disciplinado no Anexo I, itens 21, 27.5, 33, 34 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, vigente à época dos fatos geradores, informa o Autuante, que grande parte das mercadorias mencionadas pela Autuada não está enquadrada no regime da substituição tributária, jamais foi incluída no regime da substituição tributária, ou já foi revogada do no regime da substituição tributária, conforme a seguir:

- “*Iogurtes*”: Embora a Autuada descreva o produto como Iogurte, trata-se na verdade de COMPOSTO LACTEO – CNM 0403-9 e não 0403-1;
- “*Malas e mochilas*”: não são malas e mochilas escolares, e malas e mochilas para viagem, produtos não enquadrados no regime da ST;

- “*Salgadinhos Industrializados*”: Produto não enquadrado no regime da ST, por não se tratar de salgado industrializado – NCM 1905-9;
- “*Produtos de abate animal*”: Alimentos industrializados, não estão enquadrados do regime da substituição tributária, sendo tributados pelo ICMS;
- “*Brinquedos*”: Embora a Autuada descreva tais mercadorias como brinquedos, em verdade não o são, trata-se de produtos para recreação, sendo tributados pelo ICMS.

Para melhor exemplificar o acima mencionado, diz anexo a este PAF nova planilha, intitulada “*PRODUTOS – 2014, 2015 e 2016*”, discriminando de forma individualizada cada produto.

Por outro lado, informa ser procedente em parte as alegações defensivas da Autuada com relação apenas aos produtos: *Caixa Dello P/Corresp, Porta Caneta, Porta Revista, Régua Dello (Produtos de Papelaria) e Molho Schw Caramelo 125ml (Ração Animal)*.

Registra ter feito a exclusão de tais produtos das planilhas de débito, e o refazimento das mesmas, em que altera o lançamento fiscal de R\$ 92.361,53, para o valor de R\$ 92.207,76.

Quanto à alegada inclusão de operações de mera transferência entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica, diz não entender como pertinentes, e mantém a cobrança das mencionadas mercadorias.

O presente PAF foi posto em Diligência Fiscal por 3 (três) vezes, para dirimir essa e outras arguições de defesa, sendo que em relação à infração 04, na manifestação de fls. 273 dos autos, o Contribuinte Autuado reitera o pedido de revisão da Fiscalização.

Às fls. 282/285, o agente Fiscal, atendendo pedido desta 4ª JJF, produz nova Informação Fiscal, onde informa a anexação a este PAF, de novas planilhas de débito referentes à Infração 04, tanto em papel impresso, quanto em mídia CD/Mídia (fl. 470), referentes ao refazimento das mesmas, com a exclusão da cobrança de mercadorias que efetivamente estão enquadradas no regime da substituição tributária, tais como *MALAS, MALETAS, NECESSER, SACOLAS, KIT MALA, MIKS ICE, OLEO KING LUBRIFICANTE, QUEROSENE, REGUA, REMOVEDORES, MOCHILETES e SACOLAS*, remanescendo para o montante de R\$ 61.531,71, em favor da Fazenda Pública do Estado da Bahia.

Às fls. 479/482, o Contribuinte Autuado traz aos autos situações pontuais em relação a infração 04, que ensejavam o agente Fiscal Autuante a se manifestar em relação a cada item arguido, então assim informou às fls. 491/498, em atendimento ao pedido desta 4ª JJF, de fl. 486 dos autos.

Diz replicar todas as suas considerações já trazidas aos autos, justificando ter acatado algumas das arguições de defesa, cujo valor original da autuação foi alterado de R\$ 92.361,53, para o valor de R\$ 61.531,71, nos termos da Informação Fiscal de fls. 282/285.

Consigna então, que o Contribuinte Autuado insurge ainda contra algumas mercadorias que constam da nova planilha de débito, onde passou a analisar de forma individualizada tais mercadorias, conforme abaixo:

- *PINGO D'OURO CHIPS PICANHA 65G; BACONZITO CHIPS 110G e DORITOS DIPPAS 170G - Salgadinhos Industrializados: **Produto NÃO enquadrado no regime da ST, por não se tratar de salgado industrializado - NCM 1905-9**; Nos exercícios de 2014 e 2015 os produtos com NCM 1905, NÃO estavam enquadrados no regime da substituição tributária, e no exercício de 2016, foi incluído na substituição tributária os produtos com NCM 1905, mas, **informa que no exercício de 2016 NÃO constam nas planilhas de débito tais produtos**; (Grifo acrescidos)*
- *ESCOVINHA KARAMELLLO C/06; BICHOS KARAMELLLO e AVIÃO KARAMELLLO C/06 - Embora a Autuada descreva tais mercadorias como BRINQUEDOS, **em verdade NÃO o são**, trata-se de produtos para recreação, sendo tributados pelo ICMS, conforme fls. 449 a 468 deste PAF. **Ainda assim**, a partir do exercício de 2016, brinquedos saíram da substituição tributária;*
- *CHICKEN SEARA CENOURA T MÔNICA 300G; SALSICHA ANGLO VIENA LT 180G; SALSICHA SEARA*

*HOT DOG 500G; HAMBÚRGUER REZENDE BOV 56G; LINGUIÇA CONFIANÇA MISTA CHURRASCO KG; SALSICHA SEARA LONGUETE 500G e MINI CHICKEN PERD FGO/QJO 300G - Alimentos industrializados, NÃO estão enquadrados do regime da substituição tributária, sendo tributados pelo ICMS.*

Assim, não vendo nada que desabone tais considerações apresentada pelo agente Autuante, as quais acato na sua inteireza, e não tendo qualquer outra arguição de equívoco/erro relativo às mercadorias que constam da nova planilha de débito da Infração 04, coadunado com as alterações até aqui efetuadas pela Fiscalização, refletidas nas novas planilhas de débito, referentes à Infração 04, acostadas aos autos de forma impressa às fls. 334/420, que são parte integrante do CD/Mídia de fl. 470, em atendimento ao pedido desta 4ª JJF, em sede de Diligência Fiscal.

Desta forma, estando o demonstrativo de débito remanescente da infração 04, em conformidade com os requisitos de constituição do lançamento estabelecidos através do art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, onde o agente Fiscal Autuante agiu nos estritos termos da legislação, vejo restar subsistente parcialmente a infração 04, excluindo os fatos geradores das datas de ocorrências imediatamente anterior a 30/09/2014, que imperaram a decadência da Fazenda Pública constituir o lançamento fiscal na forma prevista art. 150, § 4º do CTN, restando assim o demonstrativo de debito da infração 04 no valor de R\$ 57.126,67, conforme demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO REMANESCENTE DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 04					
DATA OCORR	DATA VENCTO	VALOR HIST LANÇAMENTO ORIGINAL (R\$)	VALOR HIST APÓS INFORMAÇÃO FISCAL (R\$)	OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)
31/07/2014	09/08/2014	3.407,89	2.166,14	DECADÊNCIA	0,00
31/08/2014	09/09/2014	3.421,88	2.238,91	DECADÊNCIA	0,00
30/09/2014	09/10/2014	3.104,63	1.885,92	PROC EM PARTE	1.885,92
31/10/2014	09/11/2014	2.899,81	2.046,50	PROC EM PARTE	2.046,50
30/11/2014	09/12/2014	3.381,47	2.119,07	PROC EM PARTE	2.119,07
31/12/2014	09/01/2015	3.981,87	2.177,25	PROC EM PARTE	2.177,25
31/01/2015	09/02/2015	9.141,04	6.752,65	PROC EM PARTE	6.752,65
28/02/2015	09/03/2015	8.809,31	7.628,69	PROC EM PARTE	7.628,69
31/03/2015	09/04/2015	4.811,33	3.531,02	PROC EM PARTE	3.531,02
30/04/2015	09/05/2015	2.937,76	2.172,52	PROC EM PARTE	2.172,52
31/05/2015	09/06/2015	2.306,48	1.398,56	PROC EM PARTE	1.398,56
30/06/2015	09/07/2015	1.943,30	1.425,02	PROC EM PARTE	1.425,02
31/07/2015	09/08/2015	2.431,03	1.656,11	PROC EM PARTE	1.656,11
31/08/2015	09/09/2015	2.332,40	1.511,66	PROC EM PARTE	1.511,66
30/09/2015	09/10/2015	2.590,92	1.878,31	PROC EM PARTE	1.878,31
31/10/2015	09/11/2015	2.709,74	2.112,00	PROC EM PARTE	2.112,00
30/11/2015	09/12/2015	2.368,52	1.689,98	PROC EM PARTE	1.689,98
31/12/2015	09/01/2016	4.310,47	2.166,35	PROC EM PARTE	2.166,35
31/01/2016	09/02/2016	7.576,49	6.468,92	PROC EM PARTE	6.468,92
29/02/2016	09/03/2016	3.599,00	2.618,26	PROC EM PARTE	2.618,26
31/03/2016	09/04/2016	1.443,74	553,76	PROC EM PARTE	553,76
30/04/2016	09/05/2016	994,73	422,53	PROC EM PARTE	422,53
31/05/2016	09/06/2016	1.179,57	420,72	PROC EM PARTE	420,72
30/06/2016	09/07/2016	1.159,89	362,97	PROC EM PARTE	362,97
31/07/2016	09/08/2016	1.073,33	504,88	PROC EM PARTE	504,88
31/08/2016	09/09/2016	1.082,22	523,09	PROC EM PARTE	523,09
30/09/2016	09/10/2016	2.998,50	385,72	PROC EM PARTE	385,72
31/10/2016	09/11/2016	1.464,72	1.048,06	PROC EM PARTE	1.048,06
30/11/2016	09/12/2016	1.248,68	697,01	PROC EM PARTE	697,01
31/12/2016	09/01/2017	1.650,81	969,14	PROC EM PARTE	969,14
<b>Total da infração 04</b>		<b>92.361,53</b>	<b>61.531,72</b>		<b>57.126,67</b>

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

INFRAÇÃO	VL LANÇADO	VL JULGDO	RESULTADO
INF. 01 – 01.02.06	16.073,60	16.073,60	PROCEDENTE
INF. 02 – 01.02.26	10.431,88	10.431,88	PROCEDENTE
INF. 03 – 01.02.41	15.094,42	15.064,92	PROC EM PARTE
INF. 04 – 02.01.03	92.361,53	57.126,67	PROC EM PARTE
INF. 05 – 03.02.02	2.728,73	2.728,73	PROCEDENTE
INF. 06 – 06.01.01	31.832,74	2.303,13	PROC EM PARTE
INF. 07 – 06.02.01	5.157,95	1.181,80	PROC EM PARTE
INF. 08 – 16.01.01	1.209,25	1.209,25	PROCEDENTE
INF. 09 – 16.01.02	3.001,61	3.001,61	PROCEDENTE
<b>Total do Auto de Infração</b>	<b>177.891,71</b>	<b>109.121,59</b>	

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0006/19-0**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 104.910,73**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, incisos VII “a”, 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\$ 4.210,86**, previstas no art. 42, IX da citada Lei, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de fevereiro de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADOR