

A. I. N° - 298958.0073/21-1
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A.
AUTUANTES - JOSMAN FERREIRA CASAES e JORGE JESUS DE ALMEIDA
ORIGEM - DAT NORTE / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 30/06/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0095-04/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **b)** MERCADORIAS COM SAÍDAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. **c)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. As razões de defesa não são suficientes para elidir por completo as infrações. Itens subsistentes em parte. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. MERCADORIA TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. As razões de defesa não são suficientes para elidir por completo as infrações. Itens subsistentes em parte. Itens subsistentes em parte. 2. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. As razões de defesa não são suficientes para elidir por completo a infração. Item subsistente em parte. 3. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. MERCADORIAS ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Item reconhecido. **b)** DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. As razões de defesa não são suficientes para elidir a autuação. Item subsistente. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Fato demonstrado nos autos. As razões de defesa não são suficientes para elidir as infrações. Itens subsistentes. **c)** MERCADORIAS OU SERVIÇO TOMADO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Fato demonstrado nos autos. Razões de defesa elidem em parte a autuação. Item subsistente em parte. Afastadas em parte as arguições de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2021, exige o valor de R\$ 198.057,79, inerente aos anos de 2016, 2017 e 2018, conforme demonstrativos constantes do CD/Mídia de fl. 25, em razão das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 01 - 001.002.006: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquiridas(s) com pagamento de imposto por substituição tributária nos anos de

2016, 2017 e 2018, conforme demonstrativo CRÉDITO FISCAL INDEVIDO ST constantes do CD/Mídia de fl. 25 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 43.236,08, com enquadramento no art. 9º e art. 29, § 4º, inc. II, da Lei 7.014/96, c/c art. 290, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 - 001.002.026: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto nos anos de 2016, 2017 e 2018, conforme demonstrativo CRÉDITO FISCAL INDEVIDO ISENTAS constantes do CD/Mídia de fl. 25 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 6.221,35, com enquadramento no art. 29, § 4º, inc. II, da Lei 7.014/96, c/c art. 310, inc. II, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 - 001.002.041: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque a maior no documento fiscal nos anos de 2016, 2017 e 2018, conforme demonstrativo CRÉDITO FISCAL UTILIZADO A MAIOR constantes do CD/Mídia de fl. 25 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 96.795,57, com enquadramento no art. 29 e 31, da Lei 7.014/96, c/c art. 309, § 6º, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 04 - 002.001.0003: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos anos de 2016, 2017 e 2018, conforme demonstrativo SAÍDA SEM TRIBUTAÇÃO constantes do CD/Mídia de fl. 25 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 27.018,03, com enquadramento no art. 2º, inciso I; art. 32, da Lei 7.014/96, c/c art. 332, inciso 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 05 - 003.002.002: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos anos de 2016, 2017 e 2018, conforme demonstrativo SAÍDA TRIBUTADAS A MENOR constantes do CD/Mídia de fl. 25 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 17.164,79, com enquadramento nos artigos 15, 16 e 16-A, da Lei 7.014/96, e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. II, alínea “a” do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 06 - 006.001.001: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento no ano de 2018, conforme demonstrativo DIFAL ATIVO constantes do CD/Mídia de fl. 25 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 342,10, 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 07 - 006.002.001: 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 2016, 2017 e 2018, conforme demonstrativo DIFAL DE USO E CONSUMO constantes do CD/Mídia de fl. 25 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 522,94, 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 08 - 016.001.001 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(s) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal nos anos de 2016 e 2017, conforme demonstrativo NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO ESCRITURADAS - TRIBUTADAS E NÃO TRIBUTADAS constantes do CD/Mídia de fl. 25 dos autos. Lançada Multa no valor de R\$ 3.369,18, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12. Multa tipificada no artigo 42, inciso IX, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 09 - 016.001.002 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), não tributável (s)

sem o devido registro na escrita fiscal nos anos de 2016 e 2017, conforme demonstrativo NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO ESCRITURADAS - TRIBUTADAS E NÃO TRIBUTADAS constantes do CD/Mídia de fl. 25 dos autos. Lançada Multa no valor de R\$ 3.750,76, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12. Multa tipificada no artigo 42, inciso IX, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 10 - 016.001.006 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal no ano de 2018, conforme demonstrativo NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO ESCRITURADAS – TRIBUTADAS E NÃO TRIBUTADAS constantes do CD/Mídia de fl. 25 dos autos. Lançada Multa no valor de R\$ 1.919,57, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/12. Multa tipificada no artigo 42, inciso IX, da Lei 7.014/96.

Às fls. 30 a 44 dos autos, com documentos anexos, o autuado apresenta sua defesa, na qual apresenta os seguintes esclarecimentos:

Diz ser uma pessoa jurídica inscrita no CNPJ sob nº 39.346.861/0261-35 e Inscrição Estadual nesse Estado sob nº 013.504.656, com endereço na Av. Cesar Borges, nº 212, Centro, Jequié - BA, CEP 45200-970, por sua advogada (**Doc. 01**) com endereço eletrônico mariacristina@careanato.adv.br, vem respeitosamente perante este r. órgão, com fundamento nos artigos 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 defesa o Auto de Infração em epígrafe, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

I. SÍNTESE DA AUTUAÇÃO

Diz tratar de Auto de Infração lavrado pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia sob alegação de falta de recolhimento de ICMS no montante histórico de R\$ 198.057,79, acrescido de multa e atualização monetária (Doc. 02).

Pontua que o agente Fiscal fundamentou a exigência na suposta ocorrência de 10 (dez) infrações à legislação do ICMS, as quais foram fundamentadas, basicamente, na alegação de ter utilizado crédito do imposto indevidamente, ter aproveitado crédito a maior do que o destacado no documento fiscal, não ter recolhido o diferencial de alíquotas e não ter registrado mercadorias na escrita fiscal.

Todavia, registra 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.

Sendo assim, com a devida vênia, discorda integralmente da autuação ora combatida e passa a tecer suas razões de defesa de cada infração, conforme a seguir.

II. DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE CONSTITUIÇÃO DOS SUPOSTOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS ANTERIORES A 06/10/2016

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:

“Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular; (...)"

Registra que foi cientificada da lavratura do auto de infração em 06/10/2021, ou seja, há mais de 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador das operações ocorridas até a data imediatamente anterior.

Pontua 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.

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

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

Dessa forma, considerando que foi intimada do Auto de Infração em 06/10/2021, é forçoso reconhecer a ocorrência da extinção do crédito tributário relativo ao ICMS incidente sobre as operações realizadas até 06/10/2016, já que ultrapassado o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no artigo 150, § 4º, CTN, impondo-se, assim, a decretação de nulidade do lançamento fiscal nessa extensão, com relação a grande parte do período das infrações nºs 01 a 05 e 07 a 09, ou seja, as infrações 01, 02, 03, 04, 05, 07, 08 e 09.

III. MÉRITO

III.a IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 01

Diz que, ao apurar o valor da exigência consubstanciada na Infração 01, o Agente Fiscal deixou de observar que grande parte da autuação foi atingida pela decadência, razão pela qual houve a extinção do crédito tributário objeto do lançamento, conforme exposto no item II da presente impugnação.

Além da inobservância da decadência, registra que foram incluídas na acusação de crédito indevido, mercadorias tributadas no regime normal do ICMS, as quais estão **fora** do regime da substituição tributária, fato que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal.

A título de amostragem, registra no formato de “*Quadro*” a indicação de algumas mercadorias tributadas no regime normal e que estão incluídas no levantamento da acusação fiscal de crédito indevido de substituição tributária.

Pontua que a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que foram incluídas na infração 01 está na planilha “*Infração 01Defesa*”, que diz anexar à presente impugnação (Doc. 03).

Destaca que a planilha acima referida foi elaborada com base no arquivo de levantamento do lançamento e que é parte integrante do auto de infração. Portanto, as mercadorias nela indicadas são exatamente as autuadas.

Sendo assim, aduz que à medida que se impõe é a reforma da infração 01 determinando-se a exclusão das mercadorias tributadas do levantamento que embasou a exigência.

III.b IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 02

Diz que, ao apurar o valor da exigência consubstanciada na Infração, foram incluídos períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto, conforme exposto no item II da presente impugnação.

Registra que, além da decadência, foram incluídos na acusação de crédito indevido de mercadorias tributadas no regime normal do ICMS sem qualquer isenção, fato que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal.

A título de amostragem, registra no formato de “*Quadro*” a indicação de algumas mercadorias tributadas no regime normal e que estão incluídas no levantamento da acusação fiscal de crédito

indevido de mercadorias isentas ou com redução:

Aduz que a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que foram incluídas na infração 02 está na planilha “*Infração 02 Defesa*”, que diz anexar à presente impugnação (Doc. 03).

Destaca que a planilha acima referida foi elaborada com base no arquivo de levantamento do lançamento e que é parte integrante do auto de infração. Portanto, as mercadorias nela indicadas são exatamente as autuadas.

Sendo assim, aduz que a medida que se impõe é a reforma da infração 02, determinando-se a exclusão das mercadorias tributadas do levantamento que embasou a exigência.

III.c IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 03

Diz que, ao apurar o valor da exigência consubstanciada na Infração, foram incluídos períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto, conforme exposto no item II da presente impugnação.

Sendo assim, a medida que se impõe é a reforma da infração, determinando- se a exclusão do levantamento dos períodos decaídos.

III.d IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 04

Diz que, ao apurar o valor da exigência consubstanciada na Infração, foram incluídos períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto, conforme exposto no item II da presente impugnação.

Pontua que, além da decadência, foram incluídos na acusação de falta de recolhimento do imposto, mercadorias tributadas na substituição tributária e isentas, o que torna indevido o lançamento ora em análise.

A título de amostragem, registra no formato de “*Quadro*” a indicação de algumas mercadorias incluídas na substituição tributária e isentas e que fazem parte do levantamento da acusação fiscal dessa infração.

Diz que a relação completa das mercadorias que devem ser excluídas da infração está na planilha “*Infração 04 Defesa*”, que diz anexar à presente impugnação (Doc. 03).

Destaca que a planilha acima referida foi elaborada com base no arquivo de levantamento do lançamento e que é parte integrante do auto de infração. Portanto, as mercadorias nela indicadas são exatamente as autuadas.

Sendo assim, aduz que a medida que se impõe é a reforma da infração determinando-se a exclusão das mercadorias tributadas do levantamento que embasou a exigência.

III.e IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 05

Diz que ao apurar o valor da exigência consubstanciada na Infração, foram incluídos períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto, conforme exposto no item II da presente impugnação.

Registra que, além da decadência, houve equívoco da Fiscalização na revisão das alíquotas aplicadas nas saídas, na medida em que foram considerados percentuais superiores ao disposto na legislação do ICMS. Explica-se.

Diz que, no levantamento fiscal da infração, está sendo exigido o adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza com relação a mercadorias que estão fora do Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016.

A título de amostragem, registra no formato de “*Quadro*” a indicação de algumas mercadorias que não estão incluídas no referido Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016, não podendo ser exigido o adicional.

Diz que a relação completa das mercadorias que estão fora do Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016, está na planilha “*Infração 05 Defesa*”, que segue anexa à presente impugnação (Doc. 03).

Destaca que a planilha acima referida foi elaborada com base no arquivo de levantamento do lançamento e que é parte integrante do auto de infração. Portanto, as mercadorias nela indicadas são exatamente as autuadas.

Sendo assim, aduz que à medida que se impõe é a reforma da infração determinando-se a exclusão das mercadorias tributadas do levantamento que embasou a exigência.

III.f IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 06

Diz que ainda está levantando informações e documentos que certamente demonstrarão a improcedência da infração, requerendo desde já, em nome do princípio da verdade material e ampla defesa, que possa apresentar alegações e provas até a ocasião da realização da diligência.

III.g MPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 07

Diz que, ao apurar o valor das exigências consubstanciadas na infração, foram incluídos períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto, conforme exposto no item II da presente impugnação.

Sendo assim, aduz que a medida que se impõe é a reforma da infração, determinando-se a exclusão do levantamento dos períodos decaídos.

III.h MPROCEDÊNCIA DAS INFRAÇÕES 08 E 09

Diz que, ao apurar o valor da exigência consubstanciada nas Infrações, foram incluídos na autuação períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto, conforme exposto no item II da presente impugnação.

Quanto aos demais itens das infrações 08 e 09, aduz que também foram incluídas no levantamento diversas mercadorias que foram efetivamente escrituradas no Livro Registro de Entrada - LRE, conforme demonstram os dados contidos nas planilhas em formato Excel (Doc. 03) que diz acompanhar a presente defesa denominados “*Infração 08 Defesa*” e “*Infração 09 Defesa*”.

Diante da comprovação das inclusões indevidas na imputação de tais infrações, frisa que se torna imperiosa a revisão do lançamento a elas atinentes.

III.i MPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 10

Diz ter verificado que a Nota Fiscal nº 15930 foi devidamente escriturada, devendo ser excluída do levantamento fiscal.

IV. DO REQUERIMENTO DE DILIGÊNCIA FISCAL

Pontua que, nos termos do art. 137, I, ‘a’, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) e conforme demonstrado linhas acima, a realização de diligência fiscal se faz extremamente necessária para demonstração da improcedência do auto de infração, pois as infrações são indevidas uma vez que as operações obedeceram ao disposto na legislação de regência, não havendo ausência de pagamento de imposto ou mesmo hipótese de incidência das multas aplicadas.

Diz que, no item II, restou claramente demonstrado que grande parte da autuação foi atingida pela decadência, operando-se por consequência a extinção do crédito tributário.

Registra que também se faz necessária diligência para demonstração de que as demais infrações são indevidas uma vez que as operações obedeceram ao disposto na legislação de regência, não havendo ausência de pagamento de imposto ou mesmo hipótese de incidência das multas aplicadas.

Diante do que foi exposto e certa da necessidade e do deferimento da diligência fiscal ora requerida, diz que apresentará seus quesitos na ocasião da elaboração da revisão do trabalho

fiscal.

V. CONCLUSÃO E PEDIDO

Por todas as razões aqui expostas, requer:

- a) a realização de Diligência Fiscal, através de Auditor Fiscal integrante da ASTEC do CONSEF, com exame das planilhas constantes do CD anexado à presente defesa (Doc. 03), dos documentos adicionais, bem como dos quesitos que serão disponibilizados na fase da diligência;
- b) 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 Administrativa, com o consequente cancelamento do auto de infração e da exigência nele contida.

O autuante, ao prestar a informação fiscal, às fls. 72/86 dos autos, assim se posiciona quanto a defesa apresentada pelo sujeito passivo:

I. DA INFORMAÇÃO FISCAL

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

Diz que, em sua peça defensiva, a Autuada afirma que foram incluídos na acusação de crédito indevido mercadorias tributadas no regime normal do ICMS, as quais estão fora do regime da substituição tributária, fato que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal.

A título de amostragem, indica algumas mercadorias tributadas no regime normal, e que estão incluídas no levantamento da acusação fiscal de crédito indevido.

Passa, então, a analisar individualizada mente cada produto apontado pela Autuada:

- AMENDOA EUROCAJU SACHE 100G – Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.11.0 – NCM 2008-1 – Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 Kg;
- BISC ARROZ SCOTTI 100G - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.22.1 – NCM 1905.31 – Biscoitos e bolachas não derivados de farinha de trigo dos tipos “maisena” e “maria” e outros de consumo popular que não sejam adicionados de cacau, nem recheados, cobertos ou amanteigados, independentemente de sua denominação comercial;
- CASTANHA CAJU CAST CARRILHO C/PIM 100G – Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.11.0 – NCM 2008-1 – Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 Kg;
- ESPETINHO NUTRIAL LINGUIÇA CONG. 370G – Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.31 – NCM 0201, 0202, 0204 e 0206 – Carne de gado bovino, ovino, e bufalino e produtos comestíveis resultantes da matança desse gado frescos, resfriados ou congelados, bem como o item – 11.35.0 - NCM 0207, 0209, 0210.99 e 1501 – Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves;
- MISTURA BOLO FINNA 450G. BAUN - Produto realmente saiu do regime da substituição tributária a partir de 03/2016, informamos a exclusão de tais mercadorias das planilhas de débito, a partir deste período.

- PEITO DE FRANGO (Diversos) - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item – 11.35.0 - NCM 0207, 0209, 0210.99 e 1501 – Carnes e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, em salmoura, simplesmente temperados, secos ou defumados, resultantes do abate de aves;

- PILHA DURACELL ALCALINA PALITO AAA C/2 - Produto só saiu do regime da substituição tributária a partir de 03/2016.

- SACO P/1 BAGUETE MF13X80 C/1000, SACO PLAST P/BISC 20X35X06 - Produto enquadrado no regime da substituição tributária, informamos trata-se de sacos para embalagem de pães na secção de PADARIA dos mercados e supermercados, produto enquadrado no regime da substituição tributária, portanto o produto acessório (SACO PADARIA 40X50) acompanham a tributação do produto principal (PÃO, BISCOITO, PANETONE, etc.); e

- SACOLA BU RETORNÁVEL RAFIA 102 - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 12.0 – PRODUTOS DE PAPELARIA – item 12.5.1 – NCM 4202.1 e 4202.9 – Baús, malas e maletas para viagem.

Em seguida diz reconhecer como procedente em parte as alegações defensivas, e informa o refazimento das planilhas levando em consideração os produtos que efetivamente saíram do regime da substituição tributária, e que anexou a este PAF novas planilhas para esta Infração, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 26.737,45.

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

Informa que a Autuada aduz que, ao apurar o valor da exigência consubstanciada na Infração, foram incluídas mercadorias tributadas no regime normal do ICMS sem qualquer isenção, fato que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal.

Quanto a esta Infração, as mercadorias que a Suplicante discorda são:

- AMENDOA NOOTZ LA VIOLETA TORR SALG 40G – Produto tributado normalmente pelo ICMS e excluído da planilha de débito;

- AMENDOIM CRU COM CASCA KG - Produto “*in natura*”, sem qualquer beneficiamento, portanto isento do ICMS, conforme Artigo do Regulamento do ICMS transcrita abaixo:

SEÇÃO II

Da Isenção

SUBSEÇÃO I

Da Isenção das Operações com Produtos Hortifrutigranjeiros, Agropecuários e Extrativos Animais e Vegetais

Art. 14. São isentas do ICMS as operações com hortaliças, frutas, animais, produtos agropecuários e produtos extrativos animais e vegetais:

I - nas saídas internas e interestaduais efetuadas por quaisquer estabelecimentos, exceto se destinados a industrialização, dos seguintes produtos hortícolas e frutícolas em estado natural, resfriados ou congelados (Conv. ICM 44/75 e Convs. ICMS 94/05);

- BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 – Produto ISENTO – Trata-se de bobinas com sacos plásticos disponíveis na secção de HORTIFRUTIGRANJEIROS dos mercados e supermercados para acondicionarem frutas e verduras, produtos beneficiados com isenção, portanto o produto acessório (bobinas com sacos plásticos) acompanha a tributação do (s) produtos (s) principal.

Em seguida diz reconhecer como procedente em parte as alegações defensivas, e informa o refazimento das planilhas levando em consideração os produtos que efetivamente saíram do regime da substituição tributária, e que anexa a este PAF novas planilhas para esta Infração, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 6.201,95.

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

Diz que, em sua peça defensiva, a Defendente informa que o Agente Fiscal incluiu na autuação períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto.

Entende 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, efetuou 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, conforme consta em parecer emitido pela Procuradoria do Estado da Bahia, através da procuradoria fiscal, que “*promoveu a uniformização de orientação jurídica acerca dos temas*”, através de Ofício Gab/PROFIS/PGE nº 42/2016.

Portanto diz manter 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***

Registra que a Autuada, em sua peça defensiva, alega que o Agente Fiscal incluiu na autuação períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto.

Entende 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, efetuou 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, conforme consta em parecer emitido pela Procuradoria do Estado da Bahia, através da procuradoria fiscal, que “*promoveu a uniformização de orientação jurídica acerca dos temas*”, através de Ofício Gab/PROFIS/PGE nº 42/2016.

Diz informar, ainda, a Autuada, para esta Infração, que foram incluídas na acusação de falta de recolhimento do imposto, mercadorias tributadas na substituição tributária e isentas, o que torna indevido o lançamento ora em análise.

Passa, então, a analisar individualizadamente tais mercadorias:

- ALECRIM TROP 20G UN – Produto industrializado da marca TROP, trata-se de alecrim desidratado em processo industrial e vendido em embalagem de 20g, portanto tributado normalmente pelo ICMS;
- NCM 19059090 – PIZZA SADIA 460G OF3 – Produto industrializado, com recheios diversos. NÃO está enquadrado no regime da substituição tributária;
- REGULADOR DE GAS NEDO C/MANG 80CM C/2 ABRAC - O NCM 84811000 do produto descrito, não conta do ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, portanto o produto NÃO está enquadrado no regime da substituição tributária e é tributado pelo ICMS;
- SIDRA CERESER MAÇA 660ML – Produto saiu da substituição tributária a partir de 01/10/2016, sendo, pois, tributado normalmente pelo ICMS; e
- NCM 19052090 – TORTA SADIA MISS D OF3 - Tais mercadorias, estão classificadas nas posições NCM nº. 19052090 e 19059090, que passaram a ser tributadas pelo regime a partir de 01/06/2018, além do que são produtos industrializados, e tributado normalmente pelo ICMS. NÃO está enquadrado no regime da substituição tributária.

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

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

Para esta Infração, diz que a Autuada alega que na elaboração do levantamento fiscal, houve equívoco da Fiscalização na revisão das alíquotas aplicadas nas saídas, na medida em que foram

considerados percentuais superiores ao disposto na legislação do ICMS.

Aduz que está sendo exigido o adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza com relação a mercadorias que estão fora do Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016.

Consigna que as mercadorias que a Suplicante discorda são:

- KIT TOK SHAMP+COND 300ML JABORANDI – informamos que os produtos enquadrados no CÓDIGO NCM 3305.9, fazem parte SIM da INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05/2016;
- KIT TOK SHAMP/COND NIELLY GOLD EXT BRILHO – informamos que os produtos enquadrados no CÓDIGO NCM 3305.9, fazem parte SIM da INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05/2016;
- LENÇOS UMED INTIMUS FEM C/16 - informamos que os produtos enquadrados no CÓDIGO NCM 33049990, fazem parte SIM da INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05/2016;
- LIMP FACIAL LOREAL ÁGUA MICELAR 200ML - informamos que os produtos enquadrados no CÓDIGO NCM 33049910, fazem parte SIM da INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05/2016;
- CREME TURMA XUXA P/ASSADURAS 90G – produto não consta na Instrução Normativa nº 05/2016, e excluído das planilhas de débito;
- SH-COND TRESEMME PR ESP 400ML HIDRAT - informamos que os produtos enquadrados no CÓDIGO NCM 33059, fazem parte SIM da INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05/2016; e
- LENÇO UMED NIVEA INTIMO NAT.C/20 - informamos que os produtos enquadrados no CÓDIGO NCM 4818.2, fazem parte SIM da INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05/2016.

Finaliza dizendo que reconhece como procedente em parte as alegações defensivas, uma vez que identifica nas planilhas de débito mercadorias que estão fora do Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016, e que foram indevidamente, aplicada alíquota em montante superior ao permitido pela legislação do ICMS.

Informa, então, o refazimento das planilhas levando em consideração tais produtos, e que anexamos a este PAF novas planilhas para esta Infração, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 17.131,80.

- ***INFRAÇÃO 06) 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.***

Informa que a Defendente, em sua peça impugnatória, ainda está levantando informações e documentos que demonstrarão a improcedência da infração.

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

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

Diz que a Defendente informa, em sua peça impugnatória, que foram incluídos períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto, conforme exposto no item II da presente impugnação.

Entende 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, efetuou 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, conforme consta em parecer emitido pela Procuradoria do Estado da Bahia, através da procuradoria fiscal, que “*promoveu a uniformização de orientação jurídica acerca dos temas*”, através de Ofício Gab/PROFIS/PGE nº 42/2016.

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

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

Diz, também, para esta Infração, que a Defendente, em sua peça impugnatória, que foram incluídos períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto, conforme exposto no item II da presente impugnação.

Entende 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, efetuou 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, conforme consta em parecer emitido pela Procuradoria do Estado da Bahia, através da procuradoria fiscal, que “*promoveu a uniformização de orientação jurídica acerca dos temas*”, através de Ofício Gab/PROFIS/PGE nº 42/2016.

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

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

Diz que, novamente informa a Defendente, em sua peça impugnatória, que foram incluídos períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto, conforme exposto no item II da presente impugnação.

Entende 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, efetuou 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, conforme consta em parecer emitido pela Procuradoria do Estado da Bahia, através da procuradoria fiscal, que “*promoveu a uniformização de orientação jurídica acerca dos temas*”, através de Ofício Gab/PROFIS/PGE nº 42/2016.

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

• ***INFRAÇÃO 10) Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal.***

Para esta infração, diz que a Autuada informa que verificou a regular escrituração da nota fiscal de nº 15930.

Reconhece como procedente a alegação defensiva e que excluiu a mesma da planilha de débito, remanescendo o montante de R\$ 1.917,86.

II. DA CONCLUSÃO

Diante do acatamento parcial das alegações da Autuada e efetuados os expurgos pertinentes constantes no PAF ora em lide, referentes as Infrações 01, 02, 05 e 10 correspondentes ao refazimento dos Demonstrativos de Débito para as mesmas, diz reclamar em favor da Fazenda Pública Estadual um crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 181.505,06 (Cento e oitenta e um mil quinhentos e cinco reais e seis centavos) acrescidos dos consectários legais pertinentes.

Às fls. 90/94, vê-se manifestação à Informação Fiscal de fls. 72/86 dos autos, onde o sujeito passivo assim posiciona:

• ***I.A. INFRAÇÃO 01***

Pontua que, em que pese o Sr. Auditor Fiscal ter acatado parte das alegações de defesa da Contribuinte, se faz necessária a elaboração de novo levantamento fiscal, pois permanecem na autuação, indicação de algumas mercadorias tributadas no regime normal do ICMS, as quais estão fora do regime da substituição tributária, fato que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal.

Também não foram excluídos os fatos geradores atingidos pela decadência, uma vez que a intimação do auto de infração se deu após 5 anos da ocorrência de parte das operações que compõem o lançamento ora combatido.

A título de exemplo, diz que, em contraponto do que foi afirmado na informação fiscal, o Sr. Auditor Fiscal entende que **amendoim e castanha**, produtos incluídos na substituição tributária, **seriam o mesmo que amêndoas**. Todavia, diz que não é.

Pontua que a mercadoria amêndoas é tributada pelo regime normal, não se enquadrando na substituição tributária, como entende a Fiscalização. O mesmo ocorre com os demais produtos mantidos no lançamento.

Sendo assim, reitera a necessidade de elaboração de novo levantamento fiscal, visando a exclusão dos períodos atingidos pela decadência e das mercadorias tributadas no regime normal.

• II.b. INFRAÇÃO 02

Diz que, em que pese o Sr. Auditor Fiscal ter acatado parte das alegações de defesa da Contribuinte, restaram diversas mercadorias que são tributadas no regime normal do ICMS, estando fora de qualquer regra de isenção ou redução, o que autoriza o creditamento do imposto integral destacado no documento fiscal.

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

- BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M: Tributado Normal - 18%. Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.
- AMENDOIM CRU COM CASCA KG: Tributado Normal - 18%. Artigo 15, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Diz que a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que remanescem no levantamento da infração 02 está na planilha “*Infração 02 - Defesa*”, gravada no CD anexo à impugnação.

Assim como, não foram excluídos os fatos geradores atingidos pela decadência, uma vez que a intimação do auto de infração se deu após 5 anos da ocorrência de parte das operações que compõem o lançamento ora combatido.

Sendo assim, pugna-se pela elaboração de novo levantamento fiscal, para que sejam excluídas todas as mercadorias tributadas no regime normal.

• II.c. INFRAÇÃO 03

Diz que a razão de defesa da Contribuinte demonstra a improcedência da autuação - Decadência dos fatos geradores ocorridos anteriormente aos cinco anos da intimação do lançamento.

Consigna que 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.

Pontua 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 sendo permitida a acusação fiscal sem a devida prova.

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.

• II.d. INFRAÇÃO 04

Diz, com relação a infração nº 04, que se faz necessária a elaboração de novo levantamento fiscal

para a exclusão de parte do lançamento pela decadência, o que por si só já torna mandatório o refazimento do relatório fiscal.

Ao analisar as razões de defesa da Contribuinte, **o Sr. Auditor Fiscal desconsiderou a indicação de diversas mercadorias isentas e outras tributadas na substituição tributária**, rebateando que essas estariam incluídas no rol de produtos com tributação normal, o que de fato não estão.

Sendo assim, requer-se a elaboração de revisão do levantamento fiscal da infração em tela para sejam consideradas a tributação correta para o crédito referente a tais mercadorias bem como sejam excluídos os fatos geradores atingidos pela decadência.

• ***II.e. INFRAÇÃO 05***

Registra que, em que pese o Sr. Auditor Fiscal ter acatado parte das alegações de defesa da Contribuinte, se faz necessária a elaboração de novo levantamento fiscal para exclusão dos fatos geradores atingidos pela decadência, uma vez que a intimação do auto de infração ocorreu após o decurso do prazo de cinco da ocorrência das operações.

Tal como, a informação fiscal alega que o recolhimento do imposto ICMS teria sido inferior ao apurado, o que não reflete a verdade dos fatos.

Sendo assim, a Contribuinte requer nova análise dos documentos que comprovam a improcedência da infração, uma vez que houve equívoco da Fiscalização na revisão das alíquotas aplicadas nas saídas, na medida em que foram considerados percentuais superiores ao disposto na legislação do ICMS.

• ***II.f. INFRAÇÕES 07, 08 e 09***

Diz que, a razão de defesa da Contribuinte, demonstra a improcedência da autuação - Decadência dos fatos geradores ocorridos anteriormente aos cinco anos da intimação do lançamento.

Pontua que 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.

Consigna 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 sendo permitida a acusação fiscal sem a devida prova.

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.

• ***II.g. INFRAÇÃO 10***

A Impugnante manifesta sua concordância com a conclusão da informação fiscal relativamente à infração 10.

CONCLUSÃO E PEDIDO

Por todas as razões aqui expostas a recorrente reitera suas razões de defesa com relação ao quanto não acatado na informação fiscal e pugna pela improcedência da autuação.

Às fls. 100/108 dos autos, o agente Autuante apresenta Informação Fiscal à manifestação do Contribuinte Autuado de fls. 90/94 nos termos a seguir:

• ***INFORMAÇÃO FISCAL***

- Infração 01

Diz que a Defendente alega que, em que pese o Sr. Auditor Fiscal ter acatado parte das alegações de defesa da Contribuinte, permanecem na autuação mercadorias tributadas no regime normal do ICMS, as quais estão fora do regime da substituição tributária, e que também não foram excluídos

os fatos geradores atingidos pela decadência.

Argui **que a mercadoria amêndoada é tributada pelo regime normal**, não se enquadrando na substituição tributária, o mesmo ocorrendo com os demais produtos mantidos no lançamento (**sem citar quais**), sendo também estes não tributados pelo regime da substituição tributária.

Diz que a defendante não apresenta nenhum fato novo que já não tenha sido redarguido na informação fiscal anexada a este PAF às fls. 72 a 88.

Assim sendo, diz que remanesce, para esta infração, um crédito tributário no total de R\$ 26.737,45.

- Infração 02

Diz que a Defendente inicia suas alegações defensivas alegando a decadência dos fatos geradores ocorridos anteriormente aos cinco anos da intimação do lançamento. Afirma ainda que foram incluídas mercadorias tributadas no regime normal do ICMS, sem qualquer isenção, fato que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal.

A título de amostragem cita os produtos BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M e AMENDOIM CRU COM CASCA KG.

Pontua que, em razão da defendante não apresentar nenhum fato novo que já não tenha sido redarguido na informação fiscal anexada a este PAF às fls. 72 a 88, remanesce um crédito tributário no montante de R\$ 6.201,95.

- Infração 03

Diz que a Suplicante, para esta infração, manifesta-se apenas quanto ao prazo decadencial, razão pela qual, ratifica a informação fiscal prestada neste PAF às fls. 72 a 88, e mantém para esta infração a cobrança em seu montante integral.

- Infração 04

Diz que, em sua nova peça de defesa, alega a Defendente reafirma a extinção pela decadência de parte do lançamento, alega ainda que apesar do acatamento de parte das alegações da defesa da Contribuinte, foi desconsiderada diversas mercadorias isentas e outras tributadas na substituição tributária (sem mencionar que mercadorias seriam sessas).

Em razão da defendante não apresentar nenhum fato novo que já não tenha sido redarguido na informação fiscal anexada a este PAF às fls. 72 a 88, e mantém para esta infração a cobrança em seu montante integral.

- Infração 05

Diz que a Suplicante, para esta infração, argui que, apesar do acatamento de parte das alegações de defesa da Contribuinte, faz-se necessária a elaboração de novo levantamento fiscal para exclusão dos fatos geradores atingidos pela decadência.

Em razão da defendante não apresentar nenhum fato novo que já não tenha sido redarguido na informação fiscal anexada a este PAF às fls. 72 a 88, diz que remanesce um crédito tributário no montante de R\$ 17.131,80.

- Infração 06

Diz que a Defendente, em sua nova peça impugnatória, não se manifesta, portanto, mantém para esta infração a cobrança em seu montante integral.

- Infração 07

Diz que a Autuada argui apenas o prazo decadencial, razão pela qual, também ratifica a informação fiscal prestada neste PAF às fls. 72 a 88, e mantém para esta infração a cobrança em seu montante integral.

- Infração 08

Diz que, também, para esta infração, a Autuada argui apenas o prazo decadencial, razão pela qual, também ratifica a informação fiscal prestada neste PAF às fls. 72 a 88, e mantém para esta infração a cobrança em seu montante integral.

- Infração 09

Diz que, novamente, a Autuada argui apenas o prazo decadencial, razão pela qual, também ratifica a informação fiscal prestada neste PAF às fls. 72 a 88, e mantém para esta infração a cobrança em seu montante integral.

- Infração 10

Diz que, para esta infração, a defendant se manifesta pela concordância com a conclusão da Informação Fiscal para esta infração, remanescendo um crédito tributário no montante de R\$ 1.917,86.

• CONCLUSÃO

Diante do acatamento parcial das alegações da Autuada e efetuados os expurgos pertinentes constantes no PAF ora em lide, referentes às Infrações 01, 02, 05, e 10, correspondentes ao refazimento dos Demonstrativos de Débito para as mesmas, reclama em favor da Fazenda Pública Estadual um crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 181.505,06 (Cento e oitenta e um mil quinhentos e cinco reais e seis centavos) acrescidos dos consectários legais pertinentes.

À fl. 109, 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, Drª 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\$ 189.057,79, relativo a sete irregularidades; e por multa acessória, no montante de R\$ 9.039,51, relativo a três irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, perfazendo o total de dez infrações no valor total de R\$ 198.057,79, sendo impugnadas parcialmente ou total as infrações 01, 02, 03, 04, 05, 07, 08, 09 e 10. Por sua vez, em relação à infração 6, não traz aos autos qualquer razão de defesa, o que de pronto vejo restar procedente, nos termos do art. 140 do RPAF/99, Decreto nº 7.629, de 09/07/99. Assim, a discussão restringe-se às infrações impugnadas.

Pontua o sujeito passivo, nos termos do art. 137, I, “a” do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), que a realização de diligência fiscal se faz necessária para a demonstração da improcedência do auto de infração, pois ao seu entender as infrações são indevidas, uma vez que as operações obedeceram ao disposto na legislação de regência, não havendo ausência de pagamento de imposto ou mesmo hipótese de incidência das multas aplicadas, bem assim para demonstração de que há itens que foram atingidos pela decadência, operando-se, por consequência, a extinção do crédito tributário.

Neste aspecto, em sede de informação fiscal, o agente Atuante já houvera manifestado, concordando com algumas das considerações apontadas na peça de defesa, e com isso, efetuando os ajustes que entendera ser procedente, além do próprio defendant ter tido oportunidade de se manifestar às fls. 90/94, sobre a Informação Fiscal produzida pelo agente Autuante, onde este, nos termos do § 6º do art. 127 do RPAF/BA, ao proceder a análise das arguições remanescentes apontadas pelo Contribuinte Autuado, apresentou nova Informação Fiscal às fls. 100/108 dos autos, que considero suficientes para a formação de minha convicção na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova, na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, Decreto nº 7.629, de 09/07/99, onde não foi constatada qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, motivo pelo qual,

entendo que a lide está apta ao seu deslinde.

Seguindo então à análise da lide, em primeiro plano, como preliminar de mérito, o contribuinte autuado argui a decadência em relação ao direito de constituição dos supostos créditos tributários anteriores a 06/10/2016, relativos às infrações 01, 02, 03, 04, 05, 07, 08 e 09.

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

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

Após citar entendimento de estudioso do Direito, além de decisões do STJ, inclusive entendimento sustentado pelo E. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, diz que não resta qualquer dúvida de 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 em 06/10/2021, é forçoso reconhecer a ocorrência da extinção do crédito tributário relativo ao ICMS incidente sobre as operações realizadas até 06/10/2021, já que está ultrapassado o prazo decadencial de 5 (cinco) anos, previsto no artigo 150, § 4º do CTN.

Portanto, diz verificar que os supostos débitos de ICMS referentes ao período anterior a 06/10/2021 já estavam extintos pela decadência, na forma dos artigos 150, § 4º, e 156, V do CTN, quando foi intimada, impondo-se assim a decretação de nulidade do lançamento fiscal nessa extensão, com relação a grande parte do período das imputações nºs 01, 02, 03, 04, 05, 07, 08 e 09 do Auto de Infração em tela.

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

A disposição do art. 150, § 4º remete à 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 destacada:

“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 em que o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, efetua o pagamento da

importância pecuniária declarada e posteriormente o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido, em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação. É o que se extrai da leitura do citado dispositivo na forma a seguir destacado:

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

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

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

No caso do Auto de Infração em tela, relativamente às infrações nºs 01, 02, 03, 04 e 05, **coaduno com o entendimento do sujeito passivo**, de que a Fazenda Pública Estadual não tem o direito de cobrar o crédito tributário em apreço, isso em relação às datas de ocorrência até 06/10/2016, **já que ultrapassou o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no artigo 150, § 4º do CTN**, considerando que foi intimado em 06/10/2021, data de ciência do presente procedimento fiscal, isto é, data em que foi formalizado, para cobrar crédito tributário decorrente da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, relativo a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, mercadorias beneficiadas com isenção ou redução do imposto e mercadorias com o destaque do imposto a maior no documento fiscal, bem assim, por ter deixado de recolher o imposto devido por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis; além do recolhimento a menor do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, pois de fato, ensejam a aplicação do prazo decadencial então previsto no art. 150, § 4º do CTN, **de forma que o termo inicial para a contagem do prazo é com a materialização dos fatos geradores**.

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

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

Todavia, em relação às infrações 07, 08 e 09, que tratam, no caso da infração 07, de cobrança do ICMS DIFAL decorrente de mercadorias adquiridas de fora do Estado e destinadas a consumo do estabelecimento, não registradas na escrita fiscal do defendantede; e as demais decorrentes de multas por ter dado entrada no seu estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação e não sujeitos à tributação, também sem o devido registro na escrita fiscal; vejo que não há que se arguir a decadência de exigência dos citados débitos, decorrentes das operações comerciais inerentes ao período de 01/01/2016 à 31/12/2018, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, **pois se trata da constituição de um crédito tributário em que o sujeito passivo deveria ter efetuado o lançamento na escrita fiscal e não o fez**, moldando então **essas operações no art. 173, I do CTN**, em que a contagem do prazo dá-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, nem tampouco nas infrações 08 e 09, vez que o sujeito passivo foi intimado em 06/10/2021, data de ciência do presente procedimento fiscal, através DT-e, na forma do expediente de fl. 27 dos autos, então o Estado da Bahia teria até 31/12/2021 para constituir o lançamento ora em análise, que o fez antes. Assim, refuto a arguição de decadência em relação às datas de ocorrência da infração 07 e das infrações 08 e 09 do Auto de Infração em análise.

Aliás, tais entendimentos, sejam das infrações de nºs 01, 02, 03, 04 e 05, ou das infrações de nºs 07, 08 e 09, vem a respeitar a orientação da Procuradoria Geral do Estado, através do Ofício GAB/PROFIS/PGE nº 42/2016, datado de 22/11/2016, em que promoveu a uniformização de suas orientações jurídicas acerca de alguns temas relacionados ao ICMS na Bahia, dentre eles, o de decadência, através do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0.

Neste contexto, os fatos geradores que ocorreram nas datas de ocorrência até 06/10/2016, relativos às imputações de nºs 01, 02, 03, 04 e 05, porquanto a ciência do Auto de Infração em tela, ter ocorrido em 06/10/2021, de fato, imperou a decadência na forma prevista art. 150, § 4º do CTN, devendo considerar homologados os lançamentos e definitivamente extintos tais lançamentos, por terem sido efetuados 5 (cinco) anos após a materialização do fato gerador.

Entretanto, em relação às imputações de nºs 07, 08 e 09, não há que se arguir a decadência de exigência dos débitos decorrentes das operações comerciais inerentes ao período fiscalizado de 01/01/2016 a 30/04/2018, pois, como anteriormente destacado, se trata da constituição de um crédito tributário, em que o sujeito passivo deveria ter efetuado o lançamento na escrita fiscal e não o fez, moldando então essas operações no art. 173, I do CTN, onde a contagem do prazo dá-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 a qualquer das datas de ocorrências dos créditos constituídos nessas imputações.

Com isso, em relação à constituição do lançamento fiscal, relativo às imputações de nº 01, 02, 03, 04 e 05, do Auto de Infração em tela, deve-se proceder à exclusão dos créditos relativo às datas de ocorrência que de fato imperaram a decadência na forma prevista art. 150, § 4º do CTN, ou seja, todos os créditos constituídos até a data de ocorrência 06/10/2016, nos termos arguidos pelo sujeito passivo. Entretanto, em relação às infrações 07, 08 e 09, não há qualquer crédito lançado que tenha imperado a decadência, mantendo na sua integralidade os lançamentos fiscais constituídos.

Pois bem! No mérito, vê-se as considerações de defesa em relação as infrações de nºs 01, 02, 03, 04, 05, 07, 08, 09 e 10 do Auto de Infração, pois o sujeito passivo, em relação às infrações 06, manteve-se silente. 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 referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária nos anos de 2016, 2017 e 2018, conforme demonstrativo CRÉDITO FISCAL INDEVIDO ST constante do CD/Mídia de fl. 25 dos autos, o sujeito passivo trouxe a arguição de que diversas mercadorias incluídas no demonstrativo de débito são tributadas no regime normal do ICMS, estando fora do regime da substituição tributária, o que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal.

A título de amostragem, registra no formato de “Quadro” a indicação de algumas mercadorias tributadas no regime normal, e que estão incluídas no levantamento da acusação fiscal de crédito indevido de substituição tributária.

Pontua que a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que foram incluídas na infração 01, está na planilha “*Infração 01Defesa*”, que diz anexar à presente impugnação (Doc. 03).

Em sede de Informação Fiscal, às fls. 72/86, o agente Autuante diz reconhecer como procedente em parte as alegações defensivas da Autuada, e informa o refazimento das planilhas de débito,

que aduz anexar a este PAF (Mídia/CD-R) à fl. 88, novas planilhas para esta Infração (com notas explicativas para as mercadorias objeto de defesa), remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 26.737,45.

Às fls. 90/94, vê-se manifestação do Contribuinte Autuado à Informação Fiscal de fls. 72/86 dos autos, onde tece suas considerações de forma segregada, abordando suas contrarrazões em relação a cada valor remanescente das infrações imputadas.

Relativamente à infração 01, diz que em contraponto ao que foi afirmado na informação fiscal, o Sr. Auditor Fiscal entende que **amendoim** e **castanha**, produtos incluídos na substituição tributária, **seriam o mesmo que amêndoas**. Todavia, diz que não é.

Pontua que a mercadoria amêndoas é tributada pelo regime normal, não se enquadrando na substituição tributária, como entende a Fiscalização. O mesmo diz ocorrer com os demais produtos mantidos no lançamento.

Passo então a me posicionar sobre a infração 01. Vejo primeiramente **que não cabe ao Autuado**, quando é dado o direito de se manifestar nos autos, conforme os termos do § 7º, do art. 127 do RPAF/BA, **simplesmente dizer que ocorre com os demais produtos mantidos no lançamento, ou mesmo dizer que reitera todas as alegações já tecidas nos autos**, mas sim prestar com clareza e precisão, do que não concorda da informação fiscal, abrangendo todos os aspectos destacados pelo Autuante, com fundamentação, **que assim não procedeu**, exceto em relação ao produto “amêndoas”.

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

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

Em sendo assim, não vendo nada que desabone as alterações efetuadas nos demonstrativos de débito da exigência fiscal nº 01, vejo restar subsistente parcialmente, correspondente ao montante de R\$ 18.865,81, conforme os valores apontados no demonstrativo remanescente de débito constante do CD/Mídia de fls. 88, excluindo os itens de produtos relacionados a “amêndoas”, bem assim, as datas de ocorrência que imperaram a decadência na forma prevista do art. 150, § 4º do CTN, nos termos discorridos acima:

DEMONSTRATIVO REMANESCENTE DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 01					
DATA OCORR	DATA VENCTO	VALOR HIST LANÇAMENTO ORIGINAL (R\$)	VALOR HIST APÓS INFORMAÇÃO FISCAL (R\$)	OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)
31/01/2016	09/02/2016	1.065,93	1.065,93	DECADÊNCIA	0,00
28/02/2016	09/03/2016	1.581,44	1.581,44	DECADÊNCIA	0,00
31/03/2016	09/04/2016	1.598,08	1.598,08	DECADÊNCIA	0,00
30/04/2016	09/05/2016	829,61	295,05	DECADÊNCIA	0,00
31/05/2016	09/06/2016	1.664,56	999,57	DECADÊNCIA	0,00
30/06/2016	09/07/2016	952,47	73,31	DECADÊNCIA	0,00
31/07/2016	09/08/2016	1.081,74	358,74	DECADÊNCIA	0,00
31/08/2016	09/09/2016	2.042,74	1.439,04	DECADÊNCIA	0,00
30/09/2016	09/10/2016	1.048,63	338,22	DECADÊNCIA	0,00
31/10/2016	09/11/2016	431,33	41,10	PROC EM PARTE	41,10
30/11/2016	09/12/2016	1.638,81	273,79	PROC EM PARTE	273,79

31/12/2016	09/01/2017	1.374,07	296,64	PROC EM PARTE	296,64
31/01/2017	09/02/2017	960,94	345,79	PROC EM PARTE	345,79
28/02/2017	09/03/2017	962,67	499,73	PROC EM PARTE	499,73
31/03/2017	09/04/2017	676,70	665,58	PROC EM PARTE	665,58
30/04/2017	09/05/2017	742,23	391,01	PROC EM PARTE	330,18
31/05/2017	09/06/2017	730,75	385,43	PROC EM PARTE	385,43
30/06/2017	09/07/2017	856,84	490,61	PROC EM PARTE	480,81
31/07/2017	09/08/2017	433,64	332,18	PROC EM PARTE	332,18
31/08/2017	09/09/2017	695,27	419,34	PROC EM PARTE	367,71
30/09/2017	09/10/2017	507,21	283,64	PROC EM PARTE	283,64
31/10/2017	09/11/2017	3.386,99	1.427,62	PROC EM PARTE	1.427,62
30/11/2017	09/12/2017	365,24	180,65	PROC EM PARTE	180,65
31/12/2017	09/01/2017	1.659,20	978,66	PROC EM PARTE	978,66
31/01/2018	09/02/2018	3.087,81	2.746,51	PROC EM PARTE	2.746,51
28/02/2018	09/03/2018	1.266,85	909,12	PROC EM PARTE	909,12
31/03/2018	09/04/2018	680,43	544,35	PROC EM PARTE	544,35
30/04/2018	09/05/2018	744,88	623,01	PROC EM PARTE	623,01
31/05/2018	09/06/2018	727,02	572,72	PROC EM PARTE	572,72
30/06/2018	09/07/2018	1.361,01	1.026,07	PROC EM PARTE	1.026,07
31/07/2018	09/08/2018	613,71	421,43	PROC EM PARTE	421,43
31/08/2018	09/09/2018	787,89	462,42	PROC EM PARTE	462,42
30/09/2018	09/10/2018	1.617,05	1.386,90	PROC EM PARTE	1.386,90
31/10/2018	09/11/2018	547,38	229,62	PROC EM PARTE	229,62
30/11/2018	09/12/2018	2.323,14	1.624,97	PROC EM PARTE	1.624,97
31/12/2018	09/01/2019	2.191,82	1.429,18	PROC EM PARTE	1.429,18
Total da infração 01		43.236,08	26.737,45		18.865,81

A infração 02, que diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto nos anos de 2015, 2016 e 2017, conforme demonstrativo CRÉDITO FISCAL INDEVIDO ISENTAS constantes do CD/Mídia de fl. 25 dos autos, o sujeito passivo trouxe a arguição de que o agente Fiscal ignorou o fato de que diversas mercadorias são tributadas no regime normal do ICMS, estando fora de qualquer regra de isenção ou redução, o que autoriza o creditamento do imposto integral destacado no documento fiscal.

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

Aduz que a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que foram incluídas na infração 02, está na planilha “*Infração 02 Defesa*”, que diz anexar à presente impugnação (Doc. 03).

Em sede de Informação Fiscal, às fls. 72/86, o agente Autuante diz reconhecer como procedente em parte as alegações defensivas da Autuada, e informa o refazimento das planilhas de débito, a qual aduz anexar a este PAF (Mídia/CD-R) à fl. 88 novas planilhas para esta Infração (com notas explicativas para as mercadorias objeto de defesa), remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 6.201,95.

Às fls. 90/94, vê-se manifestação do Contribuinte Autuado à Informação Fiscal de fls. 72/86 dos autos, onde tece suas considerações de forma segregada, abordando suas contrarrazões em relação a cada valor remanescente das infrações imputadas.

Relativamente à infração 02, às fls. 100 a 108, o agente Autuante apresenta Informação Fiscal à manifestação do Contribuinte Autuado, de fls. 90/94, nos termos a seguir: “*A título de amostragem a Defendente cita os produtos BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34 X45X015M e AMENDOIM CRU COM CASCA KG e, que estariam tributados no regime normal*”.

Diz então o Autuante, que em razão da defendente não apresentar nenhum fato novo que já não tenha sido redarguido na Informação Fiscal de fls. 72 a 88, mantém o saldo remanescente já

apontado de R\$ 6.201,95. Os termos contrapostos na Informação Fiscal foram assim apresentados:

- **AMENDOIM CRU COM CASCA KG** - Produto “*in natura*”, sem qualquer beneficiamento, **portanto isento do ICMS**, conforme art. 14 do RICMS, que transcreve.

- **BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M** - *Produto ISENTO* – Trata-se de bobinas com sacos plásticos disponíveis na seção de hortifrutigranjeiros dos mercados e supermercados para acondicionarem frutas e verduras, **produtos beneficiados com isenção**.

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

Como já expressado linhas acima, repito **que não cabe ao Autuado**, quando é dado o direito de se manifestar nos autos, conforme os termos do § 7º, do art. 127 do RPAF/BA, **simplesmente pugnar pela elaboração de novo levantamento fiscal, para que sejam excluídas todas as mercadorias tributadas no regime normal**, mas sim prestar com clareza e precisão o que não concorda da informação fiscal, abrangendo todos os aspectos destacados pelo Autuante, com fundamentação, **que assim não procedeu**.

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

Quanto aos demais produtos constantes do demonstrativo de débito da infração 02, nos termos do artigo 143 do RPAF/BA, Decreto nº 7.629/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção da autuação fiscal, no caso em tela, de indicar quais produtos, de fato, restaram remanescentes no demonstrativo de débito da imputação fiscal de nº 2, que não eram isentos do imposto nas suas saídas, e que, portanto, não ensejariam a glosa do crédito fiscal tomado nos termos da autuação.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone as alterações efetuadas nos demonstrativos de débito da exigência fiscal de nºs 02, vejo restar subsistente parcialmente, correspondente ao montante de R\$ 4.391,91, conforme os valores apontados no demonstrativo remanescente de débito constante do CD/Mídia de fls. 88, excluindo as datas de ocorrência que imperaram a decadência na forma prevista do art. 150, § 4º do CTN, nos termos discorridos acima:

DEMONSTRATIVO REMANESCENTE DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 02					
DATA OCORR	DATA VENCTO	VALOR HIST LANÇAMENTO ORIGINAL (R\$)	VALOR HIST APÓS INFORMAÇÃO FISCAL (R\$)	OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)
31/01/2016	09/02/2016	138,60	138,60	DECADÊNCIA	0,00
28/02/2016	09/03/2016	210,68	210,68	DECADÊNCIA	0,00
31/03/2016	09/04/2016	122,26	122,26	DECADÊNCIA	0,00
30/04/2016	09/05/2016	621,88	621,88	DECADÊNCIA	0,00
31/05/2016	09/06/2016	232,65	232,65	DECADÊNCIA	0,00
30/06/2016	09/07/2016	75,60	75,60	DECADÊNCIA	0,00
31/07/2016	09/08/2016	235,77	235,77	DECADÊNCIA	0,00
31/08/2016	09/09/2016	130,29	110,89	DECADÊNCIA	0,00
30/09/2016	09/10/2016	61,71	61,71	DECADÊNCIA	0,00
31/10/2016	09/11/2016	145,41	145,41	PROCEDENTE	145,41
30/11/2016	09/12/2016	210,60	210,60	PROCEDENTE	210,60
31/12/2016	09/01/2017	311,19	311,19	PROCEDENTE	311,19
31/01/2017	09/02/2017	156,16	156,16	PROCEDENTE	156,16
28/02/2017	09/03/2017	46,80	46,80	PROCEDENTE	46,80
31/03/2017	09/04/2017	163,12	163,12	PROCEDENTE	163,12
30/04/2017	09/05/2017	146,26	146,26	PROCEDENTE	146,26

31/05/2017	09/06/2017	191,66	191,66	PROCEDENTE	191,66
30/06/2017	09/07/2017	338,89	338,89	PROCEDENTE	338,89
31/07/2017	09/08/2017	15,60	15,60	PROCEDENTE	15,60
31/08/2017	09/09/2017	31,68	31,68	PROCEDENTE	31,68
30/09/2017	09/10/2017	17,58	17,28	PROCEDENTE	17,28
31/10/2017	09/11/2017	172,57	172,57	PROCEDENTE	172,57
30/11/2017	09/12/2017	135,13	135,13	PROCEDENTE	135,13
31/12/2017	09/01/2017	292,28	292,28	PROCEDENTE	292,28
31/01/2018	09/02/2018	50,97	50,97	PROCEDENTE	50,97
28/02/2018	09/03/2018	82,78	82,78	PROCEDENTE	82,78
31/03/2018	09/04/2018	250,35	250,35	PROCEDENTE	250,35
30/04/2018	09/05/2018	132,09	132,09	PROCEDENTE	132,09
31/05/2018	09/06/2018	105,10	105,10	PROCEDENTE	105,10
30/06/2018	09/07/2018	193,26	193,26	PROCEDENTE	193,26
31/07/2018	09/08/2018	173,74	173,74	PROCEDENTE	173,74
31/08/2018	09/09/2018	152,63	152,63	PROCEDENTE	152,63
30/09/2018	09/10/2018	108,08	108,08	PROCEDENTE	108,08
31/10/2018	09/11/2018	153,45	153,45	PROCEDENTE	153,45
30/11/2018	09/12/2019	161,90	161,90	PROCEDENTE	161,90
31/12/2018	09/01/2020	452,93	452,93	PROCEDENTE	452,93
Total da Infração 02		6.221,65	6.201,95		4.391,91

A infração 03, que diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque a maior no documento fiscal nos anos de 2016, 2017 e 2018, conforme demonstrativo CRÉDITO FISCAL UTILIZADO A MAIOR, constantes do CD/Mídia de fl. 25 dos autos, o sujeito passivo trouxe apenas a arguição de decadência, cujo os fundamentos já foram analisados linhas acima, o qual foi acolhido na sua inteireza.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone os demonstrativos de débito da exigência fiscal nºs 03, resta subsistente parcialmente correspondente ao montante de R\$ 33.580,96, conforme os valores apontados nos demonstrativos de débito abaixo destacados, já excluídas as datas de ocorrência que imperaram a decadência na forma prevista do art. 150, § 4º do CTN:

DEMONSTRATIVO REMANESCENTE DE DÉBITO APÓS A DECLARAÇÃO DE DECADÊNCIA DOS CRÉDITOS CONSTITUÍDOS ATÉ 30/09/2014 – INFRAÇÃO 03					
DATA OCORR	DATA VENCTO	VALOR HIST LANÇAMENTO ORIGINAL (R\$)	VALOR HIST APÓS INFORMAÇÃO FISCAL (R\$)	OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)
31/01/2016	09/02/2016	3.917,59	3.917,59	DECADÊNCIA	0,00
28/02/2016	09/03/2016	4.248,63	4.248,63	DECADÊNCIA	0,00
31/03/2016	09/04/2016	8.851,91	8.851,91	DECADÊNCIA	0,00
30/04/2016	09/05/2016	9.441,39	9.441,39	DECADÊNCIA	0,00
31/05/2016	09/06/2016	7.518,02	7.518,02	DECADÊNCIA	0,00
30/06/2016	09/07/2016	7.319,18	7.319,18	DECADÊNCIA	0,00
31/07/2016	09/08/2016	9.122,08	9.122,08	DECADÊNCIA	0,00
31/08/2016	09/09/2016	6.637,83	6.637,83	DECADÊNCIA	0,00
30/09/2016	09/10/2016	6.157,68	6.157,68	DECADÊNCIA	0,00
31/10/2016	09/11/2016	4.116,72	4.116,72	PROCEDENTE	4.116,72
30/11/2016	09/12/2016	8.440,33	8.440,33	PROCEDENTE	8.440,33
31/12/2016	09/01/2017	6.820,63	6.820,63	PROCEDENTE	6.820,63
31/01/2017	09/02/2017	3.642,21	3.642,21	PROCEDENTE	3.642,21
28/02/2017	09/03/2017	1.120,71	1.120,71	PROCEDENTE	1.120,71
31/03/2017	09/04/2017	1.618,21	1.618,21	PROCEDENTE	1.618,21
30/04/2017	09/05/2017	1.301,13	1.301,13	PROCEDENTE	1.301,13
31/05/2017	09/06/2017	525,14	525,14	PROCEDENTE	525,14
30/06/2017	09/07/2017	554,64	554,64	PROCEDENTE	554,64
31/07/2017	09/08/2017	408,30	408,30	PROCEDENTE	408,30
31/08/2017	09/09/2017	395,82	395,82	PROCEDENTE	395,82
30/09/2017	09/10/2017	975,17	975,17	PROCEDENTE	975,17
31/10/2017	09/11/2017	119,84	119,84	PROCEDENTE	119,84
30/11/2017	09/12/2017	132,01	132,01	PROCEDENTE	132,01

31/12/2017	09/01/2017	180,33	180,33	PROCEDENTE	180,33
31/01/2018	09/02/2018	176,96	176,96	PROCEDENTE	176,96
28/02/2018	09/03/2018	356,57	356,57	PROCEDENTE	356,57
31/03/2018	09/04/2018	126,72	126,72	PROCEDENTE	126,72
30/04/2018	09/05/2018	254,44	254,44	PROCEDENTE	254,44
31/05/2018	09/06/2018	339,49	339,49	PROCEDENTE	339,49
30/06/2018	09/07/2018	685,91	685,91	PROCEDENTE	685,91
31/07/2018	09/08/2018	256,02	256,02	PROCEDENTE	256,02
31/08/2018	09/09/2018	149,51	149,51	PROCEDENTE	149,51
30/09/2018	09/10/2018	336,55	336,55	PROCEDENTE	336,55
31/10/2018	09/11/2018	118,54	118,54	PROCEDENTE	118,54
30/11/2018	09/12/2019	366,53	366,53	PROCEDENTE	366,53
31/12/2018	09/01/2020	62,53	62,53	PROCEDENTE	62,53
Total da Infração 03		96.795,27	96.795,27		33.580,96

A infração 04, que diz respeito a ter deixado de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas nos anos de 2016, 2017 e 2018, conforme demonstrativo SAÍDA SEM TRIBUTAÇÃO constantes do CD/Mídia de fl. 25 dos autos, o sujeito passivo trouxe a arguição de que o agente Fiscal incluiu no levantamento mercadorias tributadas na substituição tributária e isentas.

A título de amostragem, regista no formato de “*Quadro*” a indicação de algumas mercadorias incluídas na substituição tributária e isentas, que fazem parte do levantamento da acusação fiscal dessa infração.

Diz que a relação completa das mercadorias que devem ser excluídas da infração, está na planilha “*Infração 04 Defesa*”, que diz anexar à presente impugnação (Doc. 03).

Em sede de Informação Fiscal, às fls. 72/86, o agente Autuante analisa de forma individualizada todas as mercadorias arguidas na peça de defesa:

- ALECRIM TROP 20G UN – “*Produto industrializado da marca TROP, trata-se de alecrim desidratado em processo industrial e vendido em embalagem de 20g, portanto tributado normalmente pelo ICMS*”;
- NCM 19059090 – PIZZA SADIA 460G OF3 – “*Produto industrializado, com recheios diversos. NÃO está enquadrado no regime da substituição tributária*”;
- REGULADOR DE GAS NEDO C/MANG 80CM C/2 ABRAC – “*O NCM 84811000 do produto descrito, não conta do ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, portanto o produto NÃO está enquadrado no regime da substituição tributária e é tributado pelo ICMS*”;
- SIDRA CERESER MAÇA 660ML – “*Produto saiu da substituição tributária a partir de 01/10/2016, sendo, pois, tributado normalmente pelo ICMS*”; e
- NCM 19052090 – TORTA SADIA MISS D OF3 – “*Tais mercadorias, estão classificadas nas posições NCM nº. 19052090 e 19059090, que passaram a ser tributadas pelo regime a partir de 01/06/2018, além do que são produtos industrializados, e tributado normalmente pelo ICMS. NÃO está enquadrado no regime da substituição tributária*”.

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

As fls. 90/94, vê-se a manifestação do Contribuinte Autuado à Informação Fiscal de fls. 72/86 dos autos, onde diz que ao analisar as razões de defesa da Contribuinte, **o Sr. Auditor Fiscal desconsiderou a indicação de diversas mercadorias isentas e outras tributadas na substituição tributária**, rebatendo que essas estariam incluídas no rol de produtos com tributação normal, o que de fato não estão.

Sendo assim, **requer-se a elaboração de revisão do levantamento fiscal da infração em tela, para seja considerada a tributação correta** para o crédito referente a tais mercadorias, bem como sejam excluídos os fatos geradores atingidos pela decadência.

Passo então a me posicionar sobre a infração 04. Pois bem. Observa-se que o Autuado apenas pontua que reitera todos os argumentos da peça defensória, haja vista a informação fiscal de fls. 72/86 dos autos, não ter reformado o levantamento fiscal, porém, não traça qualquer letra de razão quanto à argumentação apresentada pelo agente Fiscal, em que manteve na sua integralidade a autuação.

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

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

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

Em sendo assim, não vendo nada que desabone o demonstrativo de débito da exigência fiscal de nºs 04, resta subsistente parcialmente, correspondente ao montante de R\$ 14.658,07, conforme os valores apontados nos demonstrativos abaixo destacados, já excluídas as datas de ocorrência que imperaram a decadência na forma prevista do art. 150, § 4º do CTN, conforme o entendimento já esposado no início deste voto, na análise de preliminar de mérito:

DEMONSTRATIVO REMANESCENTE DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 04					
DATA OCORR	DATA VENCTO	VALOR HIST LANÇAMENTO ORIGINAL (R\$)	VALOR HIST APÓS INFORMAÇÃO FISCAL (R\$)	OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)
31/01/2016	09/02/2016	5.815,74	5.815,74	DECADÊNCIA	0,00
28/02/2016	09/03/2016	2.296,81	2.296,81	DECADÊNCIA	0,00
31/03/2016	09/04/2016	508,50	508,50	DECADÊNCIA	0,00
30/04/2016	09/05/2016	348,79	348,79	DECADÊNCIA	0,00
31/05/2016	09/06/2016	341,37	341,37	DECADÊNCIA	0,00
30/06/2016	09/07/2016	1.575,92	1.575,92	DECADÊNCIA	0,00
31/07/2016	09/08/2016	217,70	217,70	DECADÊNCIA	0,00
31/08/2016	09/09/2016	584,33	584,33	DECADÊNCIA	0,00
30/09/2016	09/10/2016	670,80	670,80	DECADÊNCIA	0,00
31/10/2016	09/11/2016	1.142,39	1.142,39	PROCEDENTE	1.142,39
30/11/2016	09/12/2016	790,61	790,61	PROCEDENTE	790,61
31/12/2016	09/01/2017	877,17	877,17	PROCEDENTE	877,17
31/01/2017	09/02/2017	885,53	885,53	PROCEDENTE	885,53
28/02/2017	09/03/2017	454,87	454,87	PROCEDENTE	454,87
31/03/2017	09/04/2017	773,49	773,49	PROCEDENTE	773,49
30/04/2017	09/05/2017	863,20	863,20	PROCEDENTE	863,20
31/05/2017	09/06/2017	435,29	435,29	PROCEDENTE	435,29
30/06/2017	09/07/2017	262,23	262,23	PROCEDENTE	262,23
31/07/2017	09/08/2017	173,14	173,14	PROCEDENTE	173,14
31/08/2017	09/09/2017	148,67	148,67	PROCEDENTE	148,67
30/09/2017	09/10/2017	106,27	106,27	PROCEDENTE	106,27
31/10/2017	09/11/2017	203,91	203,91	PROCEDENTE	203,91
30/11/2017	09/12/2017	257,47	257,47	PROCEDENTE	257,47
31/12/2017	09/01/2018	312,81	312,81	PROCEDENTE	312,81
31/01/2018	09/02/2018	240,88	240,88	PROCEDENTE	240,88
28/02/2018	09/03/2018	180,61	180,61	PROCEDENTE	180,61

31/03/2018	09/04/2018	261,03	261,03	PROCEDENTE	261,03
30/04/2018	09/05/2018	271,91	271,91	PROCEDENTE	271,91
31/05/2018	09/06/2018	169,03	169,03	PROCEDENTE	169,03
30/06/2018	09/07/2018	631,40	631,40	PROCEDENTE	631,40
31/07/2018	09/08/2018	865,32	865,32	PROCEDENTE	865,32
31/08/2018	09/09/2018	683,42	683,42	PROCEDENTE	683,42
30/09/2018	09/10/2018	802,41	802,41	PROCEDENTE	802,41
31/10/2018	09/11/2018	825,97	825,97	PROCEDENTE	825,97
30/11/2018	09/12/2019	961,74	961,74	PROCEDENTE	961,74
31/12/2018	09/01/2020	1.077,30	1.077,30	PROCEDENTE	1.077,30
Total da infração 04		27.018,03	27.018,03		14.658,07

Quanto à infração 05, que relaciona recolhimento a menor de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos anos de 2016, 2017 e 2018, conforme demonstrativo SAÍDA TRIBUTADAS A MENOR constantes do CD/Mídia de fl. 25 dos autos, o defendant pontua, que ao elaborar o levantamento fiscal da infração em referência, o agente Fiscal está exigindo o adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, com relação a mercadorias que estão fora do Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016.

A título de amostragem, registra no formato de “Quadro” a indicação de algumas mercadorias que não estão incluídas no referido Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016, não podendo ser exigido o adicional

Diz que a relação completa das mercadorias que estão fora do Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016, está na planilha “*Infração 05 Defesa*”, que segue anexa à presente impugnação (**Doc. 03**).

Em sede de Informação Fiscal, às fls. 72/86, o agente Autuante analisa de forma individualizada todas as mercadorias arguidas na peça de defesa:

- KIT TOK SHAMP+COND 300ML JABORANDI – “*informa que os produtos enquadrados no CÓDIGO NCM 3305.9, fazem parte SIM da INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05/2016*”;
- KIT TOK SHAMP/COND NIELLY GOLD EXT BRILHO – “*informa que os produtos enquadrados no CÓDIGO NCM 3305.9, fazem parte SIM da INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05/2016*”;
- LENÇOS UMED INTIMUS FEM C/16 – “*informa que os produtos enquadrados no CÓDIGO NCM 33049990, fazem parte SIM da INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05/2016*”;
- LIMP FACIAL LOREAL ÁGUA MICELAR 200ML – “*informa que os produtos enquadrados no CÓDIGO NCM 33049910, fazem parte SIM da INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05/2016*”;
- CREME TURMA XUXA P/ASSADURAS 90G – “*produto não consta na Instrução Normativa nº 05/2016, e excluído das planilhas de débito*”;
- SH-COND TRESEMME PR ESP 400ML HIDRAT – “*informa que os produtos enquadrados no CÓDIGO NCM 33059, fazem parte SIM da INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05/2016*”; e
- LENÇO UMED NIVEA INTIMO NAT.C/20 – “*informa que os produtos enquadrados no CÓDIGO NCM 4818.2, fazem parte SIM da INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05/2016*”.

Finaliza, então, dizendo que reconhece como procedente em parte as alegações defensivas, uma vez que identifica nas planilhas de débito, mercadorias que estão fora do Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016, e que fora indevidamente aplicada alíquota em montante superior ao permitido pela legislação do ICMS.

Informa assim o refazimento das planilhas levando em consideração tais produtos, e que anexa a este PAF novas planilhas à fl. 88 para esta Infração, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 17.131,80.

Às fls. 90/94, vê-se manifestação do Contribuinte Autuado à Informação Fiscal de fls. 72/86 dos

autos, onde tece suas considerações de forma segregada, abordando suas contrarrazões em relação a cada valor remanescente das infrações imputadas.

Relativamente à infração 05, diz que em que pese ter acatado parte das alegações de defesa, requer nova análise dos documentos que comprovam a improcedência da infração, uma vez que houve equívoco da Fiscalização na revisão das alíquotas aplicadas nas saídas, na medida em que foram considerados percentuais superiores ao disposto na legislação do ICMS.

Passo então a me posicionar sobre a infração 05. Pois bem. Como já expressado linhas acima, repito **que não cabe ao Autuado**, quando é dado o direito de se manifestar nos autos, conforme os termos do § 7º, do art. 127 do RPAF/BA, **simplesmente dizer que requer nova análise dos documentos que comprovam a improcedência da infração**, mas sim prestar com clareza e precisão, o que não concorda da informação fiscal, abrangendo todos os aspectos destacados pelo Autuante, com fundamentação, **que assim não procedeu**.

Assim, nos termos do artigo 140 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. No caso em tela, o agente Fiscal Autuante indicou o motivo dos produtos destacados na peça de defesa que foram aplicadas alíquotas diversas da prevista na legislação quando da sua saída, mantendo-se silente, o deficiente, na manifestação de fls. 90/94, apenas destacando que requer nova análise dos documentos que comprovam a improcedência da infração.

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

Em sendo assim, não vendo nada que desabone o demonstrativo de débito da exigência fiscal de nºs 04, resta subsistente parcialmente, correspondente ao montante de R\$ 13.552,60, conforme valores apontados no demonstrativo constante do CD/Mídia de fls. 88, abaixo destacado, já excluídas as datas de ocorrências que imperaram a decadência, na forma prevista do art. 150, § 4º, do CTN, conforme entendimento já esposado no início deste voto na análise de preliminar de mérito:

DEMONSTRATIVO REMANESCENTE DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 05					
DATA OCORR	DATA VENCTO	VALOR HIST LANÇAMENTO ORIGINAL (R\$)	VALOR HIST APÓS INFORMAÇÃO FISCAL (R\$)	OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)
31/01/2016	09/02/2016	65,09	65,09	DECADÊNCIA	0,00
31/03/2016	09/03/2016	1.854,70	1.854,70	DECADÊNCIA	0,00
30/04/2016	09/04/2016	682,88	682,88	DECADÊNCIA	0,00
31/05/2016	09/05/2016	156,80	156,80	DECADÊNCIA	0,00
30/06/2016	09/06/2016	89,29	89,29	DECADÊNCIA	0,00
31/07/2016	09/07/2016	134,88	134,88	DECADÊNCIA	0,00
31/08/2016	09/08/2016	237,31	237,31	DECADÊNCIA	0,00
30/09/2016	09/09/2016	360,27	358,24	DECADÊNCIA	0,00
31/10/2016	09/10/2016	438,59	436,86	PROC EM PARTE	436,86
30/11/2016	09/11/2016	337,03	336,04	PROC EM PARTE	336,04
31/12/2016	09/12/2016	304,12	303,33	PROC EM PARTE	303,33
31/01/2017	09/01/2017	154,01	154,01	PROCEDENTE	154,01
28/02/2017	09/02/2017	154,44	154,44	PROCEDENTE	154,44
31/03/2017	09/03/2017	264,55	264,55	PROCEDENTE	264,55
30/04/2017	09/04/2017	167,44	167,44	PROCEDENTE	167,44
31/05/2017	09/05/2017	176,35	176,35	PROCEDENTE	176,35
30/06/2017	09/06/2017	312,79	312,79	PROCEDENTE	312,79
31/07/2017	09/07/2017	496,98	496,98	PROCEDENTE	496,98
31/08/2017	09/08/2017	672,80	672,80	PROCEDENTE	672,80
30/09/2017	09/09/2017	396,90	396,66	PROC EM PARTE	396,66

31/10/2017	09/10/2017	190,89	190,72	PROC EM PARTE	190,72
30/11/2017	09/11/2017	487,22	487,00	PROC EM PARTE	487,00
31/12/2017	09/12/2017	661,31	660,23	PROC EM PARTE	660,23
31/01/2018	09/01/2017	184,97	183,31	PROC EM PARTE	183,31
28/02/2018	09/02/2018	282,20	280,10	PROC EM PARTE	280,10
31/03/2018	09/03/2018	119,56	118,72	PROC EM PARTE	118,72
30/04/2018	09/04/2018	205,68	203,83	PROC EM PARTE	203,83
31/05/2018	09/05/2018	78,07	75,51	PROC EM PARTE	75,51
30/06/2018	09/06/2018	91,61	89,65	PROC EM PARTE	89,65
31/07/2018	09/07/2018	145,08	141,29	PROC EM PARTE	141,29
31/08/2018	09/08/2018	182,19	178,86	PROC EM PARTE	178,86
30/09/2018	09/09/2018	80,65	80,24	PROC EM PARTE	80,24
31/10/2018	09/10/2018	899,51	898,05	PROC EM PARTE	898,05
30/11/2018	09/11/2018	2.626,22	2.623,62	PROC EM PARTE	2.623,62
31/12/2018	09/12/2019	3.472,41	3.469,22	PROC EM PARTE	3.469,22
Total da infração 05		17.164,79	17.131,79		13.552,6

A infração 06, que relaciona a ter deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras Unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento no ano 2018, conforme demonstrativo DIFAL ATIVO - 2018 constantes do CD/Mídia de fl. 25 dos autos, o sujeito passivo trouxe apenas a informação de que estava levantando informações e documentos que demonstrariam a improcedência da infração.

Cabe destacar, que os demonstrativos de débito que fundamentam a constituição do lançamento, apresentam com clareza que se tratam de operações oriundas de outras Unidades da Federação, registradas na escrita fiscal do Contribuinte Autuado, em que houvera a incidência do ICMS DIFAL, onde deixou de recolher, sem qualquer arguição da defendant, exceto a informação de que estava levantando informações e documentos que demonstrariam a improcedência da infração.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone os demonstrativos de débito da exigência fiscal nº 06, resta subsistente a infração imputada.

A infração 07, que relaciona a ter deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras Unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento nos anos 2016, 2017 e 2018, conforme demonstrativo DIFAL DE USO E CONSUMO – 2016, 2017 e 2018 constantes do CD/Mídia de fl. 25 dos autos, o sujeito passivo trouxe apenas arguição de decadência.

Pois bem! Como bem já apresentado no início deste voto, em sede de preliminar de mérito, vejo que não há que se arguir a decadência de exigência dos citados débitos decorrentes da falta de recolhimento do imposto relativo à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras Unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, **pois se trata da constituição de um crédito tributário em que o sujeito passivo deveria ter efetuado o lançamento na escrita fiscal e não o fez**, moldando então **essas operações, no art. 173 I do CTN**, em que a contagem do prazo dá-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 em 06/10/2021, data de ciência do presente procedimento fiscal, através DT-e na forma do expediente de fl. 27 dos autos, então o Estado da Bahia teria até 31/12/2021 para constituir o lançamento, ora em análise, que o fez antes.

Assim, refuto a arguição de decadência em relação às datas de ocorrência da infração 07 do Auto de Infração em análise. Infração 07 subsistente.

As infrações 08 e 09, que tratam de multa por ter dado entrada o sujeito passivo no seu

estabelecimento, de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação e não sujeitos à tributação também, sem o devido registro na escrita fiscal, nos anos de 2016, 2017 e 2018, o deficiente trouxe apenas arguição de decadência.

Pois bem! Como bem já apresentado no início deste voto, em sede de preliminar de mérito, vejo que não há que se arguir a decadência de exigência dos citados débitos tributários por multas decorrente de entrada no seu estabelecimento, de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação e não sujeitos à tributação, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, **pois se trata da constituição de um crédito tributário em que o sujeito passivo deveria ter efetuado o lançamento na escrita fiscal e não o fez**, moldando então **essas operações no art. 173, I do CTN**, em que a contagem do prazo dá-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Logo, repito, não há que se falar em decadência em relação aos créditos constituídos na infração 08 e 09, vez que o sujeito passivo foi intimado em 06/10/2021, data de ciência do presente procedimento fiscal, através DT-e na forma do expediente de fl. 27 dos autos, então o Estado da Bahia teria até 31/12/2021 para constituir o lançamento, ora em análise, que o fez antes.

Assim, refuto também a arguição decadência em relação às datas de ocorrência das infrações 08 e 09 do Auto de Infração em análise. Infrações 08 e 09 subsistentes.

Por fim, a infração 10 que diz respeito à imputação de multa no valor de R\$ 1.919,57 ao Contribuinte Autuado, por ter dado entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal no ano de 2018, conforme demonstrativo NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO ESCRITURADAS – TRIBUTADAS E NÃO TRIBUTADAS - 2016, 2017 e 2018, constantes do CD/Mídia de fl. 25 dos autos, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS, Decreto nº 13.780/12, tipificada no artigo 42, inciso IX da Lei 7.014/96, há a arguição de defesa de que se verificou a regular escrituração da Nota Fiscal de nº 15930, constante do demonstrativo de débito da infração 10, em análise.

Em sede de Informação Fiscal, às fls. 72/86, o agente Autuante analisa a arguição de defesa e reconhece como procedente, excluindo da autuação a Nota Fiscal nº 15930, onde diz ter refeito a planilha de débito na forma do CD/Mídia de fl. 88 dos autos, remanescendo o valor de R\$ 1.917,86.

Às fls. 90/94, vê-se manifestação do Contribuinte Autuado à Informação Fiscal de fls. 72/86 dos autos, onde diz concordar com o resultado da Informação Fiscal.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone as alterações do demonstrativo de débito da exigência fiscal de nºs 10, resta subsistente parcialmente, correspondente ao montante de R\$ 1.917,86, conforme os valores apontados no demonstrativo abaixo destacado:

DEMONSTRATIVO REMANESCENTE DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 10					
DATA OCORR	DATA VENCTO	VALOR HIST LANÇAMENTO ORIGINAL (R\$)	VALOR HIST APÓS INFORMAÇÃO FISCAL (R\$)	OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)
31/01/2018	09/02/2018	101,88	101,88	PROCEDENTE	101,88
28/02/2018	09/03/2018	79,52	79,52	PROCEDENTE	79,52
31/03/2018	09/04/2018	107,32	107,32	PROCEDENTE	107,32
30/04/2018	09/05/2018	142,25	142,25	PROCEDENTE	142,25
31/05/2018	09/06/2018	146,70	146,70	PROCEDENTE	146,70
30/06/2018	09/07/2018	70,41	68,70	PROC EM PARTE	68,70
31/07/2018	09/08/2018	52,90	52,90	PROCEDENTE	52,90
31/08/2018	09/09/2018	251,45	251,45	PROCEDENTE	251,45
30/09/2018	09/10/2018	319,14	319,14	PROCEDENTE	319,14
31/10/2018	09/11/2018	279,53	279,53	PROCEDENTE	279,53
30/11/2018	09/12/2018	117,61	117,61	PROCEDENTE	117,61
31/12/2018	09/01/2019	250,86	250,86	PROCEDENTE	250,86
Total da infração 10		1.919,57	1.917,86		1.917,86

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

INFRAÇÃO	VL LANÇADO	VL JULGDO	RESULTADO	MULTA %
INF. 01 – 001.002.006	43.236,08	18.865,81	PROC EM PARTE	60%
INF. 02 – 001.002.026	6.221,35	4.391,91	PROC EM PARTE	60%
INF. 03 – 001.002.041	96.795,27	33.580,96	PROC EM PARTE	60%
INF. 04 – 002.001.003	27.018,03	14.658,07	PROC EM PARTE	60%
INF. 05 – 003.002.002	17.164,79	13.552,60	PROC EM PARTE	60%
INF. 06 – 006.001.001	342,10	342,10	PROCEDENTE	60%
INF. 07 – 006.002.001	522,94	522,94	PROCEDENTE	60%
INF. 08 – 016.001.001	1.086,90	1.086,90	PROCEDENTE	---
INF. 09 – 016.001.002	3.750,76	3.750,76	PROCEDENTE	---
INF. 10 – 016.001.006	1.919,57	1.917,86	PROC. EM PARTE	---
Total	198.057,79	92.669,91		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298958.0073/21-1, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 85.914,39**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII “a”, e II, alíneas “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$ 6.755,52**, previstas no mesmo Artigo e Lei supra citados, previstas no inciso IX, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA