

A. I. Nº - 298958.0002/21-7
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A.
AUTUANTE - JOSMAN FERREIRA CASAES
ORIGEM - DAT NORTE / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/08/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0152-04/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. b) MERCADORIAS COM SAIDAS BENEFICIADAS COM REDUÇÃO OU NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. c) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Razões de defesa elidiram, em parte, as acusações. Refeitos os cálculos. Acolhidas a arguições de decadência parcial. Itens parcialmente subsistentes. **2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO.** Razões de defesa elidiram, em parte, a acusação. Acolhida a arguição parcial de decadência. Refeitos os cálculos. Acolhida a arguição parcial de decadência. Item parcialmente subsistente. **3. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO EM DESACORDO COM O PREVISTO NA LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS.** Razões de defesa elidiram, em parte, a acusação. Refeitos os cálculos. Acolhida a arguição parcial de decadência. Item parcialmente subsistente. **4. 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. Não acolhida a arguição de decadência. Acusação mantida. **b) DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO.** Razões de defesa insuficientes para elidir a acusação. Não acolhido o pedido de decadência parcial. Acusação mantida. **5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO.** Razões de defesa elidiram em parte as acusações. Não acolhido o pedido de decadência parcial destes itens. **c) MERCADORIAS SUJEITAS E NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO.** Item não impugnado. Acusação mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão não unânime quanto a preliminar de mérito/infração 06.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos da exigência de crédito tributário no montante de R\$ 157.668,39, decorrente do Auto de Infração em referência, expedido em 28/04/2021, com ciência pelo autuado em 25/05/2021, relacionado aos exercícios de 2016, 2017 e 2018, em face das seguintes acusações:

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, constante do CD/Mídia de fl. 26”. Valor lançado R\$ 39.558,16, com enquadramento no art. 9º e art. 29, § 4º, inc. II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 290, do RICMS/BA, mais multa de 60%, prevista no 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. 26”. Valor lançado R\$ 8.580,48, com enquadramento no art. 29, § 4º, inc. II, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 310, II do RICMS/BA, mais multa de 60%, prevista no 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. 26”. Valor lançado R\$ 17.258,50, com enquadramento nos arts. 29 e 31 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 309, § 7º, do RICMS/BA, mais multa de 60%, prevista no Art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 04 (001.002.003) – “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. 26 dos autos”. Valor lançado R\$ 46.741,59, com enquadramento no art. 2º, inciso I e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, do RICMS/BA, mais multa de 60%, prevista no 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. 26 dos autos”. Valor lançado R\$ 34.913,39, com enquadramento nos artigos 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96, e multa de 60% prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da mesma lei.

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, conforme demonstrativo DIFAL ATIVO constantes do CD/Mídia de fl. 26 dos autos”. Valor lançado de R\$ 1.389,52, com enquadramento no art. 4º inciso XV, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, § 4º, inciso III, alínea “a” do RICMS/BA, e multa de 60% prevista no 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, conforme demonstrativo DIFAL DE USO E CONSUMO constantes do CD/Mídia de fl. 26 dos autos”. Valor lançado de R\$ 479,52, com enquadramento no art. 4º inciso XV, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 305, § 4º, inciso III, alínea “a” do RICMS/BA, e multa de 60% prevista no 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 no ano de 2016, conforme demonstrativo NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO ESCRITURADAS – TRIBUTADAS E NÃO TRIBUTADAS constantes do CD/Mídia de fl. 26 dos autos”. Penalidade aplicada no valor de R\$ 1.440,45, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS, tipificada no artigo 42, inciso IX, da Lei nº 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 no ano de 2016, conforme demonstrativo NOTAS FISCAIS DE ENTRADA NÃO ESCRITURADAS – TRIBUTADAS E NÃO TRIBUTADAS constantes do CD/Mídia de fl. 26 dos autos”. Penalidade aplicada no valor de R\$ 4.392,82, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, tipificada no artigo 42, inciso IX, da Lei nº 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. 26 dos autos*”. Penalidade aplicada no valor de R\$ 2.913,96, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, tipificada no artigo 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96.

O autuado, por intermédio de sua Representante Legal, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 31 a 46, onde, inicialmente, mencionou a tempestividade da peça defensiva e efetuou uma breve síntese da autuação, para, em seguida, passar a discorrer sobre os argumentos defensivos propriamente ditos.

Neste sentido, em preliminar, passou a arguir a decadência dos créditos tributários exigidos com fatos geradores anteriores a 24/05/2016, pugnando, assim, pela extinção das infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06, 08 e 09.

Para efeito de consubstanciar seus argumentos, citou o Art. 12, I, da Lei Complementar nº 87/96 que trata da ocorrência do fato gerador do imposto, além do Art. 150, § 4º do CTN que estabelece o prazo decadencial de 05 (cinco) anos para que o fisco efetue a homologação do lançamento e, assim não o fazendo, considerar-se-á homologado tacitamente a norma individual e concreta expedida pelo particular, extinguindo-se, portanto, o crédito tributário.

Após citar farta doutrina e jurisprudência de Tribunais Superiores relacionados a este tema, concluiu citando que, como foi intimado da infração em 24/05/2021, é forçoso reconhecer a ocorrência da extinção do crédito tributário relativo ao ICMS incidente sobre as operações realizadas até 24/05/2016, eis que já ultrapassado o prazo decadencial de 05 anos previsto no art. 150, § 4º do CTN, impondo-se, desta maneira, a decretação de nulidade do lançamento fiscal em relação à grande parte do período das infrações nº 01, 02, 03, 04, 05, 06, 08 e 09.

Isto posto, passou a arguir a improcedência da infração 01, “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária*”, ao argumento de que foi incluída na autuação mercadorias tributadas no regime normal de apuração do imposto, o que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal, citando a título de exemplo as mercadorias “*amêndoas eurocaju sache 100g*”, “*castanha de caju carrilho*”, “*massa para pizza F25*”, “*mistura bolo fina 450g*”, “*peito prietro fgo fat 180g*”, “*saco plast chocotone 400g – fardo 500 un*”, acrescentando que a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que foram incluídas na presente infração se encontra na planilha “*Infração 01 Defesa*”, anexa à presente impugnação, fl. 69.

Com esse argumento requereu a exclusão da autuação das mercadorias sujeitas ao regime normal de apuração do imposto.

Da mesma forma, requereu a improcedência da infração 02, “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto*”, alegando que foi incluído na acusação de crédito indevido, mercadorias tributadas no regime normal do ICMS, sem qualquer regra de isenção, o que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal.

A título de amostragem, apontou as mercadorias “*amendoim cru com casca*”, “*bobina plast picot lisa c/6*” e “*saco plast panetone*”, acrescentando que a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que foram incluídas na presente infração se encontra na planilha “*Infração 02 Defesa*”, anexa à presente impugnação, fl. 69.

Com esse argumento requereu a exclusão da autuação das mercadorias sujeitas ao regime normal de apuração do imposto.

No tocante a infração 03, “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque do imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is)*”, citou que o autuante incluiu no lançamento períodos já alcançados pela decadência, razão pela qual pugnou por sua exclusão.

Ao se referir a infração 04, *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”*, pontuou que além de ter sido incluído indevidamente períodos já alcançados pela decadência, foram também incluídas mercadorias isentas e outras tributadas na substituição tributária, o que torna indevido o lançamento sob análise.

A título de amostragem citou as mercadorias *“alecrim top 20g”*, *“cano chuveiro lor um”*, *“rocambole goiaba kg”* e *“tampa fixril p/lav tanque pvc 7.8”*, acrescentando que a relação completa das mercadorias isentas e não tributadas que foram incluídas na presente infração se encontra na planilha *“Infração 04 Defesa”*, anexa à presente impugnação, fl. 69.

Requeru a exclusão de tais mercadorias no lançamento efetuado.

Naquilo que pertine a infração 05, *“Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”*, pontuou que além da inclusão de períodos já alcançados pela decadência, ocorreu equívoco da fiscalização na revisão das alíquotas aplicadas nas saídas, na medida em que foram considerados percentuais superiores ao disposto pela legislação do ICMS.

Neste sentido disse que foi considerado a alíquota de 18% para as lavadoras de alta pressão, quando o correto, consoante disciplina o artigo 266, I, alínea “a” do RICMS/BA, é de 8,8%, que utilizou corretamente.

Outro fato que disse merecer atenção é quanto à exigência do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, em relação as mercadorias que estão fora do Anexo Único da Instrução Normativa 05/2016, citando a título de amostragem as seguintes mercadorias: *“condic dove advance 200ml”*, *“desod BI-O aero fem”*, *“desod harpic clic gel 5g”*, *“kit sh/cond clini hair 250ml”* e *“shampoo esleve rts extra profundo”*, acrescentando que a relação completa das mercadorias isentas e não tributadas que foram incluídas na presente infração se encontra na planilha *“Infração 05 Defesa”*, anexa à presente impugnação, fl. 69.

Requeru a exclusão de tais mercadorias no lançamento efetuado.

Ao adentrar à 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 destinadas ao ativo fixo do estabelecimento”*, se limitou a destacar que o autuante incluiu indevidamente períodos já alcançados pela decadência, requerendo suas exclusões.

Ao se reportar à infração 07, *“Deixou de recolher o ICMS decorrentes da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento”*, ponderou que ainda está levantando informações e documentos que certamente demonstrarão a improcedência da infração, e requereu, em nome do princípio da verdade material e da ampla defesa, que possa apresentar alegações e provas até a ocasião da realização da diligência.

No que se relaciona a infração 08, *“Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem (ns) ou serviço(s) sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal”* e, de forma conjunta, à infração 09, *“Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (sj sem o devido registro na escrita fiscal”*, voltou a citar que foram incluídos no lançamento períodos já alcançados pela decadência, e, também, diversas mercadorias que foram efetivamente escrituradas em seu livro Registro de Entradas, conforme demonstram os dados contidos nas planilhas em formal excel (doc.03), que acompanha a presente defesa, denominados *“Infração 08 – Defesa”* e *“Infração 09 – Defesa”*.

Concluiu requerendo que sejam efetuadas as respectivas exclusões da autuação.

Por fim, se referiu a infração 10, *“Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal”*, ponderou que ainda está levantando informações e documentos que certamente demonstrarão a improcedência da infração, e requereu, em nome

do princípio da verdade material e da ampla defesa, que possa apresentar alegações e provas até a ocasião da realização da diligência.

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.

Em seguida, requereu a realização de diligência fiscal sob a justificativa de que se faz extremamente necessária para demonstração da improcedência do auto de infração, sustentando que no item III da peça defensiva restou claramente demonstrado que grande parte da autuação foi atingida pela decadência, além de que ela também se faz necessária para demonstração de que as demais infrações são indevidas, não havendo ausência de pagamento de imposto ou mesmo hipótese de incidência das multas aplicadas.

Neste sentido pugnou que a diligência seja executada através de auditor fiscal integrante da ASTEC do CONSEF, com exame das planilhas constantes do arquivo anexado à presente defesa (Doc. 03), dos documentos, bem como dos quesitos que serão disponibilizados na fase da diligência.

Ao final, pugnou pelo integral provimento à presente Impugnação.

O autuante apresentou a Informação Fiscal de fls. 77 a 93, onde inicialmente elaborou uma síntese da autuação e, em seguida, justificou e fundamentou o seu não acolhimento do pedido de decadência formulado pela defesa.

No que tange aos argumentos defensivos relacionados as acusações, passou a apresentar suas contra razões nas formas a seguir delineadas.

INFRAÇÃO 01 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. Citou que em sua peça defensiva, o autuado afirmou que foram incluídos na autuação períodos já alcançados pela decadência, estando, em consequência, extinto o respectivo crédito tributário.

Alegou, também, que houve inclusão de mercadorias tributadas no regime normal do ICMS, as quais estão fora do regime da substituição tributária, o que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal, indicando, a título de amostragem, algumas mercadorias tributadas no regime normal, e que estão incluídas no levantamento da acusação fiscal de crédito indevido.

Isto posto passou a analisar, de forma individual, cada produto apontado pelo autuado:

- AMÊNDOA EUROCAJU SACHE 100G – Produto enquadrado na ST, 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;
- CASTANHA DE 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;
- MASSA P/PIZZA F25 - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.16 – NCM 1902.1 – Massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo;
- MISTURA BOLO FINNA 450G. BAUN - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.14.3 – NCM 1902.2 e 1901.90.9 – Misturas e preparações para bolo com menos de 80% de farinha de trigo na sua composição final, em embalagem inferior a 5 Kg;

- PEITO DE FRANGO (Diversos) - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO RICMS/BA, 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;
- SACO PAP KRAFT PARDO PÃO 44X54 1000, SACO PLAST PP PÃO FORM 22X47X6 C/1000, CACO PLAST P/BISC 20X35 - Produto enquadrado no regime da substituição tributária, informando tratar-se de sacos para embalagem de pães na seção 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.).

Com base nos argumentos supra, manteve inalterada a infração 01.

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

A este respeito mencionou que novamente o autuado citou que consta da autuação períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto, conforme já exposto.

Pontuou, também, que o autuado alegou que foram incluídas na autuação mercadorias tributadas no regime normal do ICMS sem qualquer isenção, fato que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal, citando as mercadorias em que há discordância pelo autuado:

- AMENDOIM CRU COM CASCA KG - Produto “*in natura*”, sem qualquer beneficiamento, portanto isento do ICMS, conforme Artigo 14, I, do Regulamento do ICMS transcrito:

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 – 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, portanto o produto acessório (bobinas com sacos plásticos) acompanha a tributação do (s) produtos (s) principal;
- SACO PLAST PANETONE 26X35X08 C/1000 - Produto enquadrado no regime da substituição tributária, e excluído das planilhas de débito.

A respeito dos produtos acima elencados disse reconhecer como procedente em parte as alegações defensivas, e informou o refazimento das planilhas levando em consideração os produtos enquadrados no regime da substituição tributária, as quais estão anexadas aos autos, restando um crédito tributário no total de R\$ 8.580,48.

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

Citou que o argumento defensivo se restringiu a alegação de eu houve inclusão na autuação de períodos de alcançados pela decadência.

A este respeito mencionou que, consoante já se posicionou, entende não assistir razão ao contribuinte evocar o prazo decadencial contado a partir do fato gerador, tendo em vista que este 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 PROCURDORIA 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.

Desta maneira, manteve a autuação integralmente.

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

Pontuou que, novamente houve alegação do defendente de que houve inclusão na autuação de períodos já alcançados pela decadência, cujo seu posicionamento a este respeito já se encontra acima externado.

Disse que também foi alegado pelo autuado que foram incluídas na autuação mercadorias isentas e outras tributadas na substituição tributária, o que torna indevido o lançamento ora em análise, insurgindo-se contra algumas mercadorias que constam nas planilhas de débito, sobre as quais passou a assim a se posicionar:

- 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;
- CANO CHUVEIRO LORENZETTI BCO – A NCM 85169000 do produto descrito, não consta do ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, portanto o produto NÃO está enquadrado no regime da substituição tributária e é tributado pelo ICMS;
- ROCAMBOLE GOIABA G KG – Produto enquadrado no regime da substituição tributária, e excluído das planilhas de débito;
- TAMPA FIXTIL P/LAV TANQUE PVC 7.8 - Produto enquadrado no regime da substituição tributária, e excluído das planilhas de débito;
- TAMPÃO NEDO P/PIA Nº 1 170 - enquadrado no regime da substituição tributária, e excluído das planilhas de débito.

Contudo, disse reconhecer como procedente em parte as alegações defensivas, e, neste sentido, refez as planilhas levando em consideração os produtos enquadrados no regime da substituição tributária, a qual se encontra anexada ao presente PAF, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 46.647,57.

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

Citou que mais uma vez foi trazido o argumento de decadência, já rebatido anteriormente e que, além disso foi alegado 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, cuja discordância abarca as seguintes mercadorias:

- COND DOVE ADVANC 200ML VITAL REJUV – produto não consta na Instrução Normativa nº 05/2016, e excluído das planilhas de débito;
- DESOD BI-O AERO FEM 150ML CLARIF AFIN – produto não consta na Instrução Normativa nº 05/2016, e excluído das planilhas de débito;
- DESOD HARPIC CLIC GEL 5G. LAV – produto não consta na Instrução Normativa nº 05/2016, e excluído das planilhas de débito;
- KIT SH/COND CLINI HAIR 250ML PRO RESP - produto não consta na Instrução Normativa nº 05/2016, e excluído das planilhas de débito;
- SHAMPOO ELSEVE RT5 EXTRA PROFUNDO 400ML - produto não consta na Instrução Normativa nº 05/2016, e excluído das planilhas de débito.

Desta forma, disse reconhecer como procedente em parte as alegações defensivas, uma vez que

identificou 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, informando que procedeu ao refazimento das planilhas levando em consideração tais produtos, juntada aos presentes autos, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 22.901,56.

INFRAÇÃO 06 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. No tocante a esta infração destacou que o autuado, em sua peça defensiva, apenas informou que ainda está analisando o levantamento fiscal e seus documentos de apuração. Assim sendo, manteve a exigência 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. Destacou que situação idêntica ocorre em relação ao item precedente, o que o leva a manter a acusação integralmente.

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

Pontuou que o autuado voltou a trazer o argumento de decadência já analisado e afastado nas infrações anteriores.

Citou que também foi alegado pelo autuado que também foram incluídas no levantamento diversas mercadorias que foram efetivamente escrituradas no Livro Registro de Entrada – LRE, conforme demonstram os dados contidos na planilha (Doc. 3) que acompanham a presente defesa, - arquivos denominados “Infração 08 Defesa” e “Infração 09 Defesa”.

A este respeito disse reconhecer em parte as alegações do defendente quanto à Nota Fiscal nº 18.196, a qual excluiu da acusação, razão pela qual remanesce o débito na quantia de R\$ 1.438,73, consoante planilha juntada aos autos.

INFRAÇÃO 09 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Além de estar consignado o mesmo argumento do item anterior (decadência) já afastado, disse que foi alegado que foram incluídas no levantamento diversas mercadorias que foram efetivamente escrituradas no Livro Registro de Entrada – LRE, conforme demonstram os dados contidos na planilha (Doc. 3) que acompanham a presente defesa, - arquivos denominados “Infração 08 Defesa” e “Infração 09 Defesa”.

A este respeito disse reconhecer em parte as alegações defensivas quanto às Notas Fiscais nº 120.945 e 587.034, as quais excluiu da autuação, remanescendo o débito na ordem de R\$ 4.377,04, consoante nova planilha juntada aos autos.

INFRAÇÃO 10 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal. Quanto a esta infração destacou que o autuado apenas alegou que ainda está analisando o levantamento fiscal e seus documentos de apuração, razão pela qual manteve a acusação.

Em conclusão disse que diante do acatamento parcial das alegações defensivas e efetuados os expurgos pertinentes em relação às Infrações 02, 04, 05, 08 e 09, remanesceu como devido o valor de R\$ 145.545,04.

O autuado foi cientificado a respeito da Informação Fiscal, tendo se manifestado às fls. 96 a 100 da forma a seguir:

INFRAÇÃO 01: Disse que suas razões de defesa demonstra a improcedência da autuação e reiterou que há necessidade de elaboração de novo levantamento, 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.

A título de exemplo e em contraponto do que foi afirmado na informação fiscal, pontuou que o autuante entende que amendoim e castanha, produtos incluídos na substituição tributária, seriam o mesmo que amêndoa, o que não concorda, pois ao seu entender, a mercadoria amêndoa é tributada pelo regime normal, não se enquadrando na substituição tributária, como entende o autuante, o mesmo ocorre com os demais produtos mantidos no lançamento.

Desta forma reiterou a necessidade de elaboração de novo levantamento fiscal, visando a exclusão dos períodos atingidos pela decadência e das mercadorias tributadas no regime normal.

Acrescentou que 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.

INFRAÇÃO 02: Citou que ao elaborar o levantamento fiscal o autuante 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, apontou algumas mercadorias tributadas no regime normal e que estão incluídas no levantamento fiscal de crédito indevido de mercadorias isentas ou com redução:

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

Após citar 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, disse que 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.

INFRAÇÃO 03: Neste tópico fez referência a falta de consideração do autuante em relação aos períodos abarcados pela decadência.

INFRAÇÃO 04: Mencionou que pelo fato do autuante ter acatado parte das suas alegações, se faz necessário a elaboração de novo levantamento fiscal, visto que reafirma a extinção pela decadência de parte do lançamento, o que por si só já torna mandatório o refazimento do relatório fiscal.

Acrescentou que ao analisar suas razões de defesa o autuante 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.

Desta maneira, suscitou a elaboração de revisão do levantamento fiscal para que sejam consideradas a tributação correta para o crédito referente a tais mercadorias bem como sejam excluídos os fatos geradores atingidos pela decadência.

INFRAÇÃO 05: Ponderou que apesar do autuante ter acatado parte das suas alegações defensivas, se faz necessário a elaboração de novo levantamento fiscal para exclusão dos fatos geradores atingidos pela decadência.

Citou que, 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, razão pela qual requereu nova análise dos documentos que comprovam a improcedência da infração, uma vez que houve equívoco do autuante na revisão das alíquotas aplicadas nas saídas, na medida em que foram considerados percentuais superiores ao disposto na legislação do ICMS.

INFRAÇÃO 06: Em relação a esta infração disse que não foram analisados pelo autuante os períodos abarcados pela decadência.

INFRAÇÕES 08 e 09: Ponderou que, em que pese o autuante ter acatado parte das suas alegações defensivas, se faz necessário a elaboração de novo levantamento fiscal para exclusão dos fatos geradores atingidos pela decadência.

Concluiu afirmando que reitera suas razões de defesa com relação ao quanto não acatado na informação fiscal e pugna pela improcedência da autuação.

O autuante se pronunciou acerca da Manifestação do autuado a Informação Fiscal, fls. 106 a 116, nos seguintes termos:

INFRAÇÃO 01 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. Quanto a esta infração disse que em sua nova peça de defesa, o autuado afirmou que permanecem na autuação, mercadorias tributadas no regime normal do ICMS, as quais estão fora do regime da substituição tributária, o que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal, sendo que, a título de amostragem, indicou algumas mercadorias tributadas no regime normal, e que estão incluídas no levantamento da acusação fiscal de crédito indevido.

A este respeito passou a analisar individualizadamente cada produto apontado pelo autuado:

- 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;
- CASTANHA DE 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;
- MASSA P/PIZZA F25 - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.16 – NCM 1902.1 – Massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo;
- MISTURA BOLO FINNA 450G. BAUN - **Produto realmente saiu do regime da substituição tributária a partir de 03/2016**, procedendo a exclusão de tais mercadorias das planilhas de débito;
- PEITO PRIETO FGO FAT 180G – **Produto tributado e excluído das planilhas de débito**;
- PEITO DE FRANGO (Diversos) - Produto enquadrado na ST, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, 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;
- SACO PAP KRAFT PARDOS PÃO 44X54 1000, SACO PLAST PP PÃO FORM 22X47X6 C/1000, CACO PLAST P/BISC 20X35 - Produto enquadrado no regime da substituição tributária, já que se trata de sacos para embalagem de pães na seção 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.).

Desta maneira reconheceu como procedente parte das alegações defensivas, e processou o refazimento das planilhas levando em consideração os produtos que efetivamente saíram do regime da substituição tributária, anexando ao PAF novas planilhas para esta Infração, apontando como remanescente um crédito tributário no total de R\$ 27.928,05, na forma abaixo demonstrada:

Mês/Ano	Vlr. Lançado	Vlr. Revisado
jan/16	1.188,30	1.188,30
fev/16	2.105,98	2.105,98
mar/16	1.573,95	240,47
abr/16	590,62	101,32
mai/16	2.652,39	1.821,44
jun/16	784,48	399,59
jul/16	818,85	483,10
ago/16	2.513,80	1.316,05
set/16	1.075,40	637,80
out/16	2.616,58	2.261,98
nov/16	1.845,08	906,77
dez/16	839,11	463,56
jan/17	1.484,97	846,20
fev/17	672,21	543,49
mar/17	2.237,50	2.101,44
abr/17	422,96	218,81
mai/17	280,28	53,55
jun/17	833,88	529,07
jul/17	1.097,08	1.063,82
ago/17	468,71	172,95
set/17	460,65	133,62
out/17	898,31	592,89
nov/17	1.223,94	1.184,60
dez/17	660,43	660,43
jan/18	1.043,40	900,45
fev/18	877,08	749,46
mar/18	498,08	189,93
abr/18	395,48	395,48
mai/18	395,61	164,97
jun/18	1.024,23	872,10
jul/18	456,12	307,35
ago/18	833,11	552,35
set/18	1.160,47	1.125,35
out/18	553,90	396,14
nov/18	1.066,17	945,86
dez/18	1.909,05	1.301,38
Total	39.558,16	27.928,05

INFRAÇÃO 02 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Pontuou que em relação a esta infração o autuado se manifestou quanto aos produtos AMENDOIM CRU COM CASCA KG, BOBINA PLAST PICOT LISA e SACO PLAST PANETONNE, manteve a informação já prestada às fls. 77 a 94 deste PAF, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 8.580,48.

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

Em relação a esta infração, reiterou o não acatamento da decadência suscitada pela defesa.

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

Destacou que o autuado mencionou que apesar de ter sido acatada parte de suas alegações defensivas, se faz necessário a elaboração de novo levantamento fiscal reafirmando a extinção pela decadência de parte do lançamento, o que por si só já torna necessário o refazimento do relatório final, além do autuante ter desconsiderado a indicação de diversas mercadorias isentas e outras tributadas na substituição tributária.

Assim é que, em relação aos produtos 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. CANO CHUVEIRO LORE UM – produto tributado normalmente pelo ICMS; ROCAMBOLE GOIABA G KG - Produto enquadrado no regime da substituição tributária, e excluído das planilhas de débito e TAMPA FIXTIL P/LAV TANQUE PVC 7.8 - Produto enquadrado no regime da substituição tributária, e excluído das planilhas de débito.

Assim, manteve para esta infração a informação fiscal prestada às fls. 77 a 94 deste PAF, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 46.647,57.

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

Neste item o autuado voltou a questionar sobre o não acolhimento da decadência parcial do lançamento, o que o levou a reiterar sem posicionamento anterior, mantendo a informação fiscal prestada às fls. 71 a 87 deste PAF, remanescendo o crédito tributário no total de R\$ 22.901,56.

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

Situação idêntica ao item precedente, mantendo o não acolhimento da decadência suscitada pelo autuado.

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.

Observou que em relação a esta infração o autuado não se manifestou, portanto, reiterou seu posicionamento anterior quanto a este item da autuação.

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

Citou que, mais uma vez que o autuado voltou a se referir a questão da decadência, o que não concorda, remanescendo para esta Infração o débito de R\$ 1.438,73.

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

Situação idêntica ao item precedente, razão pela qual manteve para esta infração o débito no valor de R\$ 4.377,04.

INFRAÇÃO 10 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal. Pontuou que o autuado não se manifestou em relação a esta infração.

Em conclusão ponderou que diante do acatamento parcial das alegações defensivas e efetuados os expurgos pertinentes as Infrações 01, 02, 04, 05, 08 e 09, com o refazimento Demonstrativos de Débito para as mesmas, remanesce o valor devido na ordem de R\$ 133.914,93.

O autuado voltou a se manifestar nos autos, fls. 120 a 122, onde reiterou todos os argumentos da defesa e os apresentados na manifestação anterior.

Por igual, o autuante se pronunciou às fls. 127 a 134, reiterando os argumentos trazidos na manifestação anterior.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Marina Marques Gomes, OAB/DF nº 60.634, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 28/04/2021, com ciência pelo autuado em 24/05/2021, para reclamar crédito tributário no montante de R\$157.668,39, decorrente de 10 (dez) infrações,

todas sobejamente já citadas e descritas nestes autos.

Observo, inicialmente, que não foram suscitados pela defesa questões relacionados a aspectos formais do lançamento, e, considerando que o mesmo atende a todos os requisitos previstos pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia - RPAF/BA, passo ao exame do seu mérito.

Assim é que, naquilo que diz respeito a preliminar de mérito, onde o autuado arguiu a extinção parcial do lançamento, **referente aos fatos ocorridos até 24/05/2016**, em relação as infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06, 08 e 09, sob a justificativa de que foi intimado do Auto de Infração em 24/05/2021, portanto, ao seu argumento, já havia sido operada a decadência relativamente a estes períodos, com fulcro no Art. 150, § 4º do CTN.

Sustentou o autuado, em linhas gerais, que apurou o imposto que entendeu devido, procedeu sua escrituração, declarou ao Fisco e efetuou o recolhimento da importância declarada, passando a fluir o prazo de 5 anos para a Fazenda rever o lançamento por homologação e, não o fazendo, como de fato não o fez, tem-se por definitivamente homologado e extinto o crédito tributário.

O autuante, por sua vez, sustentou que não ocorreu a decadência suscitada, citando o art. 173, I do CTN para fundamentar seu argumento, aduzindo que apesar do autuado ter efetuado o pagamento da importância pecuniária declarada, verificou, posteriormente, que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido, à luz do parecer da Procuradoria do Estado da Bahia, através da Procuradoria Fiscal, que *“promoveu a uniformização de orientação jurídica acerca do terma”*, através de Ofício GAB/PROFIS/PGE nº 42/2016.

Analisando os fatos presentes nestes autos vejo que assiste razão, em parte, ao autuado nos seus argumentos. Isto porque o CTN define dois critérios distintos para efeito de contagem do prazo decadencial: o primeiro com base no art. 150, § 4º, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, porém efetua o pagamento em montante inferior aquele que foi declarado e o segundo, com fundamento no art. 173, inciso I, com a contagem se iniciando a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nas situações em que **a)** o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido mas não efetua o respectivo pagamento; **b)** o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, omitindo a realização da operação ou prestação tributável e **c)** o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

Isto posto observo que na situação sob análise, no que diz respeito as infrações 01, 02 e 03, que se relacionam a utilização indevida de créditos fiscais, infração 04 pelo fato de ter deixado de recolher imposto decorrente de operações tributáveis escrituradas como não tributáveis, e infração 05, que se refere a imposto recolhido a menos por erro na aplicação de alíquota, vejo que, de fato, em relação a estas infrações o autuado declarou a ocorrência do fato jurídico tributário, apurou o montante do imposto que entendeu ser o devido, efetuou o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente o Fisco entendeu que o valor recolhido foi menor que aquele que seria o efetivamente devido, não havendo, portanto, omissão de realização de operação tributável pelo autuado. Portanto, nesta situação, deve ser aplicada a norma prevista pelo Art. 150, § 4º do CTN, tomando por base a data do fato gerador.

Desta maneira, como se trata de imposto por homologação, na situação acima posta, o prazo decadencial é de cinco anos a contar do fato gerador do tributo, e, como a notificação ao autuado só ocorreu em 24/05/2021, já estava configurada a decadência para os fatos geradores ocorridos até 24/05/2016 em relação aos períodos abaixo indicados, devendo ser afastados os seguintes valores:

- **Infração 01:** Jan/16 R\$ 1.188,30, Fev/16 R\$ 2.105,98. Mar/16 R\$ 1.573,95 e Abr/16 R\$ 590,62, totalizando o valor a ser excluído da infração 01 R\$ 5.458,55.

- **Infração 02:** Jan/16 R\$ 225,98; Fev/16 R\$ 110,45; Mar/16 R\$ 450,47 e Abr/16 R\$ 268,96, totalizando o valor a ser excluído da infração 02 na ordem de R\$ 1.055,86.
- **Infração 03:** Jan/16 – R\$ 182,73; Fev/16 R\$ 614,01; Mar/16 R\$ 1.588,37 e Abr/16 R\$ 1.053,11, totalizando R\$ 3.438,22 a ser excluído desta infração 03.
- **Infração 04:** Jan/16 R\$ 7.693,96; Fev/16 R\$ 3.960,88; Mar/16 R\$ 1.431,69 e Abr/16 R\$ 1.087,84, totalizando o valor a ser excluído desta infração 04 R\$ 14.174,37;
- **Infração 05:** Jan/16 – R\$ 76,91; Mar/16 R\$ 7.978,44 e Abr/16 R\$ 468,11, totalizando o valor a ser excluído nesta infração 05 de R\$ 8.523,46.

O mesmo não se aplica em relação a infração 06, que trata de falta de recolhimento do imposto a título de diferença entre alíquotas, onde o autuado, apesar de ter declarado a ocorrência do fato jurídico, não efetuou o pagamento do imposto, situação em que se aplica o regramento previsto pelo art. 173, I do CTN, não estando, portanto, abarcados pela decadência os fatos geradores ocorridos no mês de março/16.

Por igual, em relação às infrações 08 e 09, se aplica a norma prevista pelo art. 173, I do CTN, posto que, a obrigação para escrituração no livro Registro de Entradas de nota fiscal eletrônica, que é o caso destes lançamentos, se enquadra no rol das denominadas obrigações instrumentais ou acessórias (obrigações de fazer), enquanto que o não cumprimento dessa obrigação pelo sujeito passivo enseja a aplicação de penalidades pecuniárias previstos na legislação. Tratando-se, pois, de obrigação de fazer, mediante a escrituração de documentos fiscais, como já dito, se aplica o prazo decadencial previsto no art. 173, inc. I, do CTN, cujo prazo “*a quo*” ou inicial tem contagem a partir do 1º dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado.

Portanto, nessa linha de entendimento, considerando que a notificação do lançamento pelo autuado ocorreu em 24/05/2021, a contagem do prazo de decadência em relação aos fatos geradores verificados no exercício de 2016 teve início em 01/01/2017, encerrando-se em 31/12/21, de forma que não se encontrava extinto o direito do fisco de lançar as penalidades por descumprimento das obrigações instrumentais aplicadas neste Auto de Infração em relação ao mencionado exercício.

Isto posto, antes de adentrar ao mérito propriamente dito das acusações, indefiro o pedido de realização de diligência fiscal, com fulcro no Art. 147, I do RPAF/BA, na medida em que se encontram nos autos elementos suficientes à formação do meu convencimento como julgador. Também levo em consideração que já houveram três manifestações pelo autuado, as quais foram contra-arrazoados pelo autuante, não havendo, portanto, ao meu entender, necessidade de se buscar novos esclarecimentos além dos já contidos nos autos.

Observe, que o autuado faz alusão de que as mercadorias que foram citadas na defesa se encontram por amostragem, entretanto, isto não significa que caberia ao autuante reexaminar a totalidade dos itens objeto da autuação, posto que, caberia ao autuado, explicitá-los, de forma clara e objetiva, na peça defensiva.

Isto posto vejo que em relação a infração 01, que acusa utilização indevida de créditos referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, no total de R\$ 39.558,16, destaco que, após a exclusão das quantias alcançadas pela decadência nos valores e períodos de Jan/16 R\$ 1.188,30, Fev/16 R\$ 2.105,98, Mar/16 R\$ 1.573,95 e Abr/16 R\$ 590,62, totalizando o valor excluído de R\$ 5.458,55, remanescendo a lide no valor de R\$ 34.099,61.

O questionamento defensivo, no sentido de que se tratam de produtos sujeitos à tributação normal, se referem as seguintes mercadorias, cujos argumentos trazidos pelo autuante assim se apresentam:

- AMÊNDOA EUROCAJU SACHE 100G – Produto enquadrado na ST, conforme ANEXO 1 do RICMS, 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;

- CASTANHA DE CAJU CAST CARRILHO C/PIM 100G - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 do RICMS, 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;
- MASSA P/PIZZA F25 - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO I do RICMS, na posição 11.0 – PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item 11.16 – NCM 1902.1 – Massas alimentícias não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo;
- MISTURA BOLO FINNA 450G. BAUN - **Produto realmente saiu do regime da substituição tributária a partir de 03/2016**, procedendo a exclusão de tais mercadorias das planilhas de débito;
- PEITO PRIETO FGO FAT 180G – **Produto tributado e excluído das planilhas de débito**;
- PEITO DE FRANGO (Diversos) - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme Anexo 1 DO RICMS/BA, 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;
- SACO PAP KRAFT PARDO PÃO 44X54 1000, SACO PLAST PP PÃO FORM 22X47X6 C/1000, CACO PLAST P/BISC 20X35 - Produto enquadrado no regime da substituição tributária, já que se trata de sacos para embalagem de pães na seção 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.).

À luz do quanto acima exposto, acolho as exclusões efetuadas pelo autuante em relação aos produtos MISTURA BOLO FINNA 450G. BAUN e PEITO PRIETO FGO FAT 180G, entretanto, em relação ao produto *amêndoa*, não pode ser mantida a exigência tributária, consoante esta própria 4ª Junta de Julgamento já se posicionou em julgados recentes, envolvendo o mesmo autuado, posto que não observo no Anexo I do Regulamento do ICMS, à época dos fatos geradores, que o este produto 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 autuante.

Desta maneira, vejo que o produto “*amêndoa*” não é o mesmo que os produtos “*amendoim*” e “*castanhas*”, estes enquadrados na substituição tributária. Logo, entendo que se deve excluir do demonstrativo remanescente de débito da infração 01 os itens de produtos relacionados a “*amêndoa*”, conforme abaixo:

- Ano 2017: 21/04/17 R\$ 28,87; 21/04/17 – R\$ 31,96 e 08/12/17 –R\$ 73,20 totalizando R\$ 134.03.
- Ano 2018: 15/05/18 R\$ 24,16 e 17/07/18 R\$ 48,31, totalizando R\$ 72,47, **com o total de R\$ 206,50 a ser excluído em relação ao produto amêndoa.**

Mantenho, entretanto, a exigência em relação aos demais itens, em conformidade com as fundamentações do autuante acima postas.

Por outro lado, apesar do autuante ter apresentado o débito remanescente para esta infração 01 no valor de R\$ 27.928,05, consoante acima demonstrado, deste valor deverão ainda serem excluídos aqueles já abarcados pela decadência, período de janeiro a abril/16, sendo: Jan/16 R\$ 1.188,30, Fev/16 R\$ 2.105,98, Mar/16 R\$ 240,47 e Abr/16 R\$ 101,32, totalizando o valor a ser excluído da revisão efetuada pelo autuante na ordem de R\$ 3.636,07, que deduzido do valor revisado pelo autuante de R\$ 27.928,05 resultaria no valor devido para a infração 01 na ordem R\$ 24.291,98, referente ao período de maio/16 a dezembro/18, acima demonstrado.

Ocorre, entretanto, que após as exclusões levadas a efeito em relação ao produto “*amêndoa*”, na

forma acima posta, o débito remanescente para os meses de abril/17 passa a ser no valor de R\$ 157,98, dezembro/17 R\$ 587,83, maio/18 R\$ 140,81 e julho/18 R\$ 259,04, o que torna a infração 01 parcialmente subsistente no valor de R\$ 24.085,48, ou seja, R\$ 24.291,98 – R\$ 206,50. Assim, o montante da infração ora discutida é conforme o demonstrativo abaixo:

MÊS	ANO 2016	ANO 2017	ANO 2018
JANEIRO	0,00	846,20	900,45
FEVEREIRO	0,00	543,49	749,46
MARÇO	0,00	2.101,44	189,93
ABRIL	0,00	157,98	395,48
MAIO	1.821,44	53,55	140,81
JUNHO	399,59	529,07	872,10
JULHO	483,10	1.063,82	259,04
AGOSTO	1.316,05	172,95	552,35
SETEMBRO	637,80	133,62	1.125,35
OUTUBRO	2.261,98	592,89	396,14
NOVEMBRO	906,77	1.184,60	945,86
DEZEMBRO	463,56	587,23	1.301,38
SUBTOTAL	8.290,29	7.966,84	7.828,35
TOTAL DA INFRAÇÃO 01 - 001.002.006			24.085,48

No que se relaciona a Infração 02, utilização indevida de créditos fiscais referente a mercadorias com saídas subsequentes com isenção, sendo lançado o valor de R\$ 8.580,48, em relação a esta infração, o autuado se insurgiu quanto aos produtos AMENDOIM CRU COM CASCA KG, BOBINA PLAST PICOT LISA e SACO PLAST PANETONNE, enquanto que o autuante manteve a informação já prestada às fls. 77 a 94 deste PAF, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 8.580,48.

Apesar do autuante ter citado em sua informação fiscal que o autuado tem razão, em parte, em sua defesa, manteve o lançamento no valor original acima sem qualquer exclusão.

Entretanto, quando da segunda informação fiscal, o autuante sustentou que os produtos “*amendoim cru – in natura*” é um produto isento, as “*bobinas plásticas picotadas*” são utilizadas no setor de hortifrutigranjeiros, portanto ambos são produtos isentos e não podem gerar crédito fiscal, com o que concordo.

Já em relação ao produto “*sacos plas panetone*” se trata de um produto incluído na substituição tributária, portanto, não é devido a utilização do crédito fiscal em relação a este produto.

Apesar do autuante ter mantido a autuação no valor original de R\$ 8.580,48, no entanto, excluiu desta infração os valores a seguir, abarcados pela decadência, ou sejam: Jan/16 R\$ 225,98; Fev/16 R\$ 110,45; Mar/16 R\$ 450,47 e Abr/16 R\$ 268,96, totalizando R\$ 1.055,86. Assim, a infração 02 resta parcialmente subsistente no valor de R\$ 7.524,62, que corresponde aos períodos a partir do mês de maio/16 indicados no demonstrativo de débito da inicial. Assim, o montante da infração ora discutida é conforme o demonstrativo abaixo:

MÊS	ANO 2016	ANO 2017	ANO 2018
JANEIRO	0,00	0,00	103,68
FEVEREIRO	0,00	0,00	0,00
MARÇO	0,00	59,28	239,84
ABRIL	0,00	162,24	82,94
MAIO	16,54	221,01	384,14
JUNHO	340,96	163,19	633,59
JULHO	70,26	83,14	155,52
AGOSTO	347,42	258,57	41,47
SETEMBRO	506,89	695,02	382,39
OUTUBRO	122,06	14,40	162,65
NOVEMBRO	672,43	0,00	232,73
DEZEMBRO	483,94	217,24	671,08
SUBTOTAL	2.560,50	1.874,09	3.090,03

TOTAL DA INFRAÇÃO 02 – 001.002.026	7.524,62
---	-----------------

Naquilo que pertine a infração 03, esta acusa utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, tendo sido lançado o valor de R\$ 17.258,50.

Em relação a esta infração, o argumento defensivo se limitou a arguição de decadência para as operações contidas no período acima já mencionado, argumento este já analisado e acolhido.

Desta forma, excluo da infração 03 os valores de Jan/16 – R\$182,73; Fev/16 R\$ 614,01; Mar/16 R\$ 1.588,37 e Abr/16 R\$ 1.053,11, totalizando R\$ 3.438,22 a ser excluído, razão pela qual a presente infração resta subsistente no valor de R\$ 13.820,28. Assim, o montante da infração ora discutida é conforme o demonstrativo abaixo:

MÊS	ANO 2016	ANO 2017	ANO 2018
JANEIRO	0,00	639,27	98,33
FEVEREIRO	0,00	336,52	54,53
MARÇO	0,00	649,16	273,67
ABRIL	0,00	612,57	173,73
MAIO	209,41	163,09	187,67
JUNHO	717,73	553,22	1.168,84
JULHO	152,12	377,22	1.245,32
AGOSTO	86,98	379,55	746,15
SETEMBRO	143,53	607,28	881,65
OUTUBRO	477,72	68,14	68,62
NOVEMBRO	100,88	378,12	142,85
DEZEMBRO	1.869,19	105,22	152,00
SUBTOTAL	3.757,56	4.869,36	5.193,36
TOTAL DA INFRAÇÃO 03 – 001.002.041			13.820,28

A infração 04 acusa falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, sendo lançado o valor de R\$ 46.741,59.

A insurgência do autuado se relaciona aos produtos adiante citados, os quais possuem os enquadramentos tributários seguintes: 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.

- CANO CHUVEIRO LORE UM – produto tributado normalmente pelo ICMS;
- ROCAMBOLE GOIABA G KG - Produto enquadrado no regime da substituição tributária, o qual foi corretamente excluído da autuação pelo autuante.
- TAMPA FIXTIL P/LAV TANQUE PVC 7.8 - Produto enquadrado no regime da substituição tributária, e excluído, corretamente, das planilhas de débito pelo autuante.

De maneira que, após as reduções levadas a efeito pelo autuante, as quais acolho, remanesceu um débito na ordem de R\$ 46.647,57, cujas reduções estão atreladas aos seguintes períodos, cujos débitos remanescentes passam a assim serem apresentados: jan/16 R\$ 7.692,46, fev/16 R\$ 3.958,66, jun/16 R\$ 1.891,85, ago/16 R\$ 1.445,70, dez/16 R\$ 1.529,13, mai/18 R\$ 982,92, jun/18 R\$ 1.244,65, jul/18 R\$ 1.613,27, ago/18 R\$ 1.370,26, set/18 R\$ 1.480,38, nov/18 R\$ 1.676,91 e dez/18 R\$ 1.594,40, sendo mantidos, portanto, pelo autuante, inalterados os demais valores desta infração.

Entretanto deste valor remanescente de R\$ 46.647,57, apurado pelo autuante, deverão ser ainda excluídas as parcelas já abarcadas pela decadência, aí incluídas, em relação aos períodos de Jan/16 R\$ 7.692,46; Fev/16 R\$ 3.958,66; Mar/16 R\$ 1.431,69 e Abr/16 R\$ 1.087,84, totalizando o valor a ser excluído desta infração 04 R\$ 14.170,65, após a revisão levada a efeito pelo autuante (R\$ 46.647,57), o que resulta no valor final devido em relação a esta infração 04 no montante de R\$ 32.476,92, tornando parcialmente subsistente a presente infração. Assim, o montante da infração

ora discuta é conforme o demonstrativo abaixo:

MÊS	ANO 2016	ANO 2017	ANO 2018
JANEIRO	0,00	1.225,47	726,57
FEVEREIRO	0,00	1.279,45	606,01
MARÇO	0,00	1.545,78	835,63
ABRIL	0,00	0,00	952,68
MAIO	1.247,97	0,00	982,92
JUNHO	1.891,85	0,00	1.244,65
JULHO	1.507,84	0,00	1.613,27
AGOSTO	1.445,70	0,00	1.370,26
SETEMBRO	1.774,26	0,00	1.480,37
OUTUBRO	1.739,24	0,00	1.600,24
NOVEMBRO	1.357,42	0,00	1.676,91
DEZEMBRO	1.529,13	1.248,90	1.594,40
SUBTOTAL	12.493,41	5.299,60	14.683,93
TOTAL DA INFRAÇÃO 04 – 002.001.003			32.476,92

A infração 05 acusa recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, sendo lançado o valor de R\$ 34.913,39, tendo o autuado se insurgido contra a exigência recaída sobre os seguintes produtos, uma vez que o autuante considerou a alíquota de 18%, quando o correto, à luz do art. 266, I, “a” do RICMS/BA, seria de 8,8%, a qual foi utilizada, questionando, ainda, a inclusão da exigência a título de Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, Instrução Normativa nº 05/2016:

Dos exames levados a efeito pelo autuante em relação aos itens questionados, tem-se:

- COND DOVE ADVANC 200ML VITAL REJUV – produto não consta na Instrução Normativa nº 05/2016, e excluído das planilhas de débito;
- DESOD BI-O AERO FEM 150ML CLARIF AFIN – produto não consta na Instrução Normativa nº 05/2016, e excluído das planilhas de débito;
- DESOD HARPIC CLIC GEL 5G. LAV – produto não consta na Instrução Normativa nº 05/2016, e excluído das planilhas de débito;
- KIT SH/COND CLINI HAIR 250ML PRO RESP - produto não consta na Instrução Normativa nº 05/2016, e excluído das planilhas de débito;
- SHAMPOO ELSEVE RT5 EXTRA PROFUNDO 400ML - produto não consta na Instrução Normativa nº 05/2016, e excluído das planilhas de débito.

Desta forma, o autuante procedeu, corretamente, a exclusão nas planilhas de débito as 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, e procedeu ao refazimento das planilhas levando em consideração a exclusão de tais produtos, apontando um débito remanescente para esta infração no valor R\$ 22.901,56.

Entretanto, há de ser também levado em consideração que devem ser excluídos deste valor remanescente de R\$ 22.901,56 as parcelas já abarcadas pela decadência referente aos meses de janeiro, março e abril/16, nos valores respectivos de R\$ 76,63, R\$ 7.978,04 e R\$ 497,90, que totalizam R\$ 8.552,47, razão pela qual o valor devido em relação à infração 05 é na ordem de R\$ 14.348,99, remanescendo parcialmente subsistente a presente infração, na forma abaixo, que acolho.

Mês/Ano	Vlr. Lançado	Vlr. Revisado
jan/16	76,91	0,00
mar/16	7.978,44	0,00
abr/16	498,11	0,00

mai/16	195,22	194,08
jun/16	93,16	92,92
jul/16	86,41	86,41
ago/16	270,13	270,13
set/16	259,12	259,12
out/16	282,58	282,58
nov/16	276,19	276,19
dez/16	64,27	64,27
jan/17	1.156,40	1.155,47
fev/17	97,18	96,06
mar/17	107,91	107,78
dez/17	1.066,91	471,81
jan/18	1.084,23	231,35
fev/18	1.238,80	370,61
mar/18	1.311,10	216,05
abr/18	1.107,08	156,16
mai/18	953,45	89,02
jun/18	980,33	88,10
jul/18	934,03	97,23
ago/18	1.027,98	96,20
set/18	1.103,56	103,80
out/18	2.206,42	1.156,93
nov/18	5.578,25	4.570,89
dez/18	4.879,22	3.815,83
Total	34.913,39	14.348,99

No que se relaciona a infração 06, onde o autuado foi acusado de falta de recolhimento do ICMS-DIFAL no total de R\$ 1.389,52, as alegações defensivas estão relacionadas a questão da decadência, a qual já foi acima analisado, não se aplicando a regra do art. 150, § 4º do CTN nesta situação, enquanto que a informação defensiva de que ainda está analisando o levantamento fiscal e seus documentos de apuração, não pode ser aceito, posto que, a defesa relacionada ao objeto da lide deverá ser apresentada de uma só vez (§ 1º, art. 123 do RPAF/BA).

Mantida a infração 06 no valor de R\$ 1.389,52.

A infração 07, que acusa a falta de recolhimento do ICMS no total de R\$ 479,52 decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, não houve manifestação pelo autuado quanto a mesma, a qual fica mantida.

Já em relação a infração 08, relacionada a entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade no valor de R\$ 1.440,45.

Em relação à presente infração, o autuado voltou a se referir a questão da decadência, a qual, consoante análise já feita, não se aplica nesta infração.

Alegou, também o autuado, que também foram incluídas no levantamento diversas mercadorias que foram efetivamente escrituradas no Livro Registro de Entrada – LRE, conforme demonstram os dados contidos na planilha (Doc. 3) que acompanham a presente defesa, - arquivos denominados “Infração 08 Defesa” e “Infração 09 Defesa”.

Da análise levada a efeito pelo autuante em relação à presente infração disse o autuante que foi acolhido apenas o argumento relacionado à Nota Fiscal nº 18.196, a qual foi excluída corretamente da acusação, razão pela qual remanesce o débito na quantia de R\$ 1.438,73, consoante planilha juntada aos autos.

Entretanto, analisando a planilha apresentada pelo autuado, este valor se refere a Nota Fiscal nº 15.935, mês 06/19, no valor exigido de R\$ 1,72, razão pela qual remanesce o débito na ordem de R\$ 1.438,73, com a presente retificação do número do documento fiscal. Em consequência o débito

referente ao mês 06/16 passa a ser de R\$ 220,29, permanecendo inalterados os demais períodos constantes da autuação.

Já a infração 09, que também trata de entradas de mercadorias não tributáveis ingressadas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, foi defendida conjuntamente com a anterior pelo autuado, que voltou a se referir a questão da decadência, a qual, consoante análise já feita, também não se aplica nesta infração.

Quanto à questão de mérito o autuado comprovou a escrituração das Notas Fiscais nºs 120.945, mês 11/16 e 587.034, mês 12/16, nos valores exigidos respectivamente de R\$ 11,50 e R\$ 4,29, razão pela qual, após a exclusão destes valores a infração 09 resta parcialmente subsistente no valor de R\$ 4.377,03, sendo que o débito do mês 11/16, após a citada exclusão passará a ser de R\$ 357,90 e mês 12/16 passa a ser de R\$ 267,96, permanecendo inalterados os demais períodos.

Por fim, no tocante a infração 10, também relacionada a entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, com penalidade aplicada no valor de R\$ 2.913,96, não houve manifestação pelo autuado em relação a mesma, a qual fica mantida.

Em conclusão voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração no valor de R\$ 102.855,05, de acordo com a configuração abaixo:

INF	RESULTADO	VL HISTÓRICO	VL JULGADO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	39.558,16	24.085,48	60%
02	PROCEDENTE EM PARTE	8.580,48	7.524,62	60%
03	PROCEDENTE EM PARTE	17.258,50	13.820,28	60%
04	PROCEDENTE EM PARTE	46.741,59	32.476,92	60%
05	PROCEDENTE EM PARTE	34.913,39	14.348,99	60%
06	PROCEDENTE	1.389,52	1.389,52	60%
07	PROCEDENTE	479,52	479,52	60%
08	PROCEDENTE EM PARTE	1.440,45	1.438,73	---
09	PROCEDENTE EM PARTE	4.392,82	4.377,03	---
10	PROCEDENTE	2.913,96	2.913,96	---
TOTAL		157.668,39	102.855,05	

VOTO DIVERGENTE - INFRAÇÃO 06

Divirjo da decisão de piso, não unânime, desta 4ª JJF, em relação ao entendimento do i. Relator Julgador, quanto ao seu entendimento de decadência, em relação a arguição do defendente relativo a infração 06.

Observe, como está posto no voto do Ilustre Relator, o qual acompanhei na sua inteireza, o seu entendimento da decadência, quanto as infrações 01, 02, 03, 04 e 05, que estariam abarcado pela norma prevista no art. 150, § 4º do CTN; entretanto divirjo do seu entendimento de que, o mesmo não se aplica em relação a infração 06, que trata de falta de recolhimento do imposto a título de diferença entre alíquotas, onde o autuado, apesar de ter declarado a ocorrência do fato jurídico, não efetuou o pagamento do imposto, situação em que, ao seu entender, se aplica o regramento previsto pelo art. 173, I do CTN, não estando, portanto, abarcados pela decadência os fatos geradores ocorridos no mês de março/16.

Pois bem! Como já manifestei sobre esta matéria em outros julgados, inclusive de minha relatoria, não é o fato de ter deixado de efetuar o pagamento do imposto que se aplica o regramento da decadência previsto art. 173, I do CTN, mas sim o ato de o contribuinte deixar declarar a ocorrência do fato, em que o ente tributante não saberia o que cobrar de imposto, que não é o caso objeto das operações constantes do demonstrativo de débito da infração 6.

Na realidade o contribuinte declarou a ocorrência do fato jurídico tributário, com o registro das operações na sua escrita fiscal e não recolheu o imposto por entender que não era devido, sem qualquer caracterização de dolo, fraude ou simulação; porém, posteriormente o Fisco entendeu

que era devido, não havendo, portanto, omissão de realização de operação tributável pelo autuado. Portanto, nesta situação, deve ser aplicada a norma prevista pelo art. 150, § 4º do CTN, tomando por base a data do fato gerador.

É como vota este Julgador relativamente as arguições de decadência do presente PAF, no mais acompanho o voto do i. Relator na sua totalidade.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0002/21-7**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 94.125,33** acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, incisos VII, alínea “a”, II “a” e “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigação de natureza acessória no total de **R\$ 8.729,72**, com previsão no inciso IX do citado diploma legal e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR/VOTO DIVERGENTE (INFRAÇÃO 06 - Decadência)