

A. I. N° - 298958.0072/21-5
AUTUADO - CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A.
AUTUANTES - JOSMAN FERREIRA CASAES
ORIGEM - DAT NORTE / IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/10/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0221-04/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Razões de defesa não são suficientes para elidir por completo a autuação. Acatado a arguição de decadência. Item subsistente em parte. **b)** MERCADORIAS COM SAÍDAS BENEFICIADAS COM REDUÇÃO OU NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. Razões de defesa não são suficientes para elidir a autuação. Acatado a arguição de decadência. Item subsistente em parte. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO RIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Razões de defesa não são suficientes para elidir a autuação. Acatado a arguição de decadência. Item subsistente em parte. 3. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Razões de defesa não são suficientes para elidir a autuação. Item subsistente. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. OPERAÇÕES COM OUTRAS SAÍDAS NÃO IDENTIFICADAS. Razões de defesa não são suficientes para elidir por completo a autuação. Acatado a arguição de decadência. Item subsistente em parte 4. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. MERCADORIA ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADE DA FEDERAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Contribuinte traz aos autos apenas arguição de decadência em relação aos dois itens da autuação com amparo artigo 150, § 4º, do CTN. Decadência não acatada. Trata-se de situação em que se deve aplicar o art. 173, I, do CTN. Nenhum item da autuação decaído para a situação dessas imputações. Itens subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 28/09/2021, exige o valor de R\$ 156.299,18, inerente aos anos de 2016, 2017 e 2018, conforme demonstrativo constantes do CD/Mídia de fl. 20, 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. 20 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 51.930,01, 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. 20 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 10.993,48, com enquadramento no art. 29, § 4º, inc. II, da Lei 7.014/96, c/com 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 - 002.001.003: 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. 20 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 47.763,02, com enquadramento no art. 2º, inciso I; e 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. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 04 – 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas no ano de 2016, 2017 e 2018 conforme demonstrativo SAÍDA TRIBUTADAS A MENOR constantes do CD/Mídia de fl. 20 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 35.489,33, 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 05 – 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 2016, conforme demonstrativo DIFAL ATIVO constantes do CD/Mídia de fl. 20 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 8.414,91, 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 06 – 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. 19 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 1.708,43, 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.

Às fls. 24 a 32 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 39.346.861/0211-69 e Inscrição Estadual nesse Estado sob nº 012.808.263, com endereço na Avenida Lomanto Junior, nº 786, Bairro Pontal, Ilhéus - BA, CEP 45654-000, por sua advogada (Doc. 1) com endereço eletrônico mariacristina@careanato.adv.br vem respeitosamente, 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 sua defesa ao 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\$ 156.299,18 acrescido de multa e atualização monetária (Doc. 02).

Pontua que o agente Fiscal fundamentou a exigência na suposta ocorrência de 6 (seis) 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.

Diz que, além da decadência, a Fiscalização considerou, para algumas infrações, mercadorias cujo crédito fiscal glosado foi regularmente aproveitado, pois se tratam de produtos tributados normalmente.

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 científica 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 entendimentos 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 de fadas as infrações desse auto de infração.**

III. MÉRITO

III.a IMPROCEDENCIA DA INFRAÇÃO 01

Diz que, a infração 01 foi consubstanciada com a seguinte acusação fiscal:

“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por substituição tributária”.

Pontua, então, 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 III. a. da impugnação.

Aduz que, além da inobservância da decadência, 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 corpo da peça de defesa, no formato de “*Quadro*” (fl. 31) a indicação de algumas mercadorias tributadas no regime normal e que diz estar 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 01 Defesa*”, gravada no CD que diz anexar à presente impugnação (Doc. 3).

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 01, determinando-se a exclusão das mercadorias tributadas do levantamento que embasou a exigência.

III. b MPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 02

Diz que, a infração 02 traz a seguinte acusação fiscal:

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

Pontua, então, 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 III. a. da impugnação.

Aduz que, além da inobservância da decadência, na acusação de crédito indevido 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, registra no corpo da peça de defesa, no formato de “*Quadro*” (fl. 32) a indicação de algumas mercadorias tributadas no regime normal e que diz estar 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 está na planilha “*Infração 02 Defesa*”, gravada no CD que diz anexar à presente impugnação (Doc. 3).

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 MPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 03

Diz que, a infração 03 traz a seguinte acusação fiscal:

“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”.

Pontua, então, 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 III. a. da impugnação.

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

A título de amostragem, registra que segue, no formato de “Quadro” (fl. 34) a indicação de algumas mercadorias tributadas no regime no regime da substituição tributária e que estão incluídas no levantamento da acusação fiscal em tela.

Pontua que a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que foram incluídas na infração está na planilha “*Infração 03 Defesa*”, gravada no CD que diz anexar à presente impugnação (Doc. 3).

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 03, determinando-se a exclusão das mercadorias tributadas do levantamento que embasou a exigência.

IV. d. IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÃO 04

Diz que a infração 06 (04) traz a seguinte acusação fiscal:

“Recolheu o menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”.

Pontua, então, que, ao apurar o valor da exigência consubstanciada na Infração, foram incluídas na autuação períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto, conforme exposto no item III. a da presente impugnação.

Aduz que, na elaboração do levantamento fiscal da infração em referência, 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: *“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”.*

Registra, no formato de “Quadro” (fl. 35) a título de amostragem, 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 04 Defesa*”, que segue anexa à presente impugnação (Doc. 3).

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, diz que as mercadorias nela indicadas são exatamente as autuadas.

Sendo assim, a medida que se impõe é a reforma da infração, determinando-se a exclusão das mercadorias indevidamente incluídas no levantamento que embasou a exigência.

IV. e. IMPROCEDÊNCIA DA INFRAÇÕES 05 e 06

Diz que as infrações 05 e 06 trazem as seguintes acusações fiscais:

“Infração 05: “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”.

“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”.

Destaca, então, que ao apurar o valor da exigência consubstanciada nas Infrações 05 e 06, foram incluídos na autuação períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto, conforme exposto no item III. a da presente impugnação.

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

IV. 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. 3), dos documentos 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. 64/77 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 o Agente Fiscal incluiu na acusação na autuação períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto, conforme exposto no item III. a. da presente impugnação, alega ainda a 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.

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

Diz passar, então, a analisar individualizadamente cada produto apontado pela Autuada:

- ***MISTURA BOLO D BENTA 450G. FESTA*** - Produto saiu da substituição tributária a partir de 01/02/2017, sendo excluído das planilhas de débito a partir desta data;
- ***CASTANHA CAJU NAT INT LA VILOET 100G*** - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 - PRODUTOS ALIMENTÍCIOS – item - NCM 2008-1 - Amendoim e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 Kg;
- ***SACO PLAST PI PÃO GB 22X42 C/1000 PP*** - Produto enquadrado no regime da substituição tributária, informa tratar-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.);
- ***ESPETINHO JUNDIAÍ LINGUIÇA MISTA 480G***, etc. - 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;
- ***PEITO DE FRANGO*** (Diversos) - Produto enquadrado na substituição tributária, conforme

ANEXO 1 DO REGULAMENTO DO ICMS, na posição 11.0 - PRODUTOS ALIMENTÍCIOS - item - 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;

- *SC. PÃO GRANDE - 55x30 C/1000* - 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

- *AMÊNDOA EUROCAJU SACHE 50G* - 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 - Amendoin e castanhas tipo aperitivo, em embalagem de conteúdo igual ou inferior a 1 Kg;

Diz reconhecer como procedente em parte as alegações defensivas, e informa o refazimento das planilhas levando em consideração os produtos enquadrados no regime da substituição tributária, e que anexa a este PAF novas planilhas para esta Infração, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 42.241,88.

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

Diz que a Autuada informa que a Fiscalização incluiu na autuação períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto, conforme exposto no item III.a. da presente impugnação, e que além da inobservância da decadência, como também diz que a Fiscalização incluiu na acusação de crédito indevido, 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, aduz que as mercadorias que discorda são:

- *AMENDOIM CRU COM CASCA KG* - Produto “*in natura*”, sem qualquer beneficiamento, portanto isento do ICMS, conforme Artigo do Regulamento do ICMS/97 transcrito 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 34X45X015M* - Produto ISENTO - Trata-se de bobinas com sacos plásticos disponíveis na secção de HORTIFRUTIGRANJEIROS dos mercados e supermercados para acondicionar frutas e verduras, produtos beneficiados com isenção, portanto o produto acessório (bobinas com sacos plásticos) acompanha a tributação do (s) produtos (s) principal.

Conclui mantendo para esta infração a cobrança em seu montante integral.

INFRAÇÃO 03 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Diz informar a defendant, que ao apurar o valor da exigência consubstanciada na infração em referência, a Fiscalização incluiu na autuação períodos já alcançados pela decadência, estando o

respectivo crédito tributário extinto, conforme exposto no item III.a. da presente impugnação.

Aduz que, conforme exposto acima, 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.

Consigna que a Suplicante se insurge contra algumas mercadorias que constam nas planilhas de débito. 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;
- *PIZZA REZ CALAB 460G UN* - Produto industrializado, com recheios diversos. NÃO está enquadrado no regime da substituição tributária;
- *REG GAS C/MAN NEDO UN* - Produto industrializado, e tributado normalmente pelo ICMS. NÃO está enquadrado no regime da substituição tributária;
- *REGULADOR GAS NEDO C/MANG 80CM C/2 ABRAC* - Produto industrializado, e tributado normalmente pelo ICMS. NÃO está enquadrado no regime da substituição tributária;
- *SIDRA CERESER MAÇA S/ALCOOL 660ML* - Bebida à base de maça, tributado normalmente pelo ICMS. NÃO está enquadrado no regime da substituição tributária;
- *TORT CATUP FGO UM* - Produto industrializado, e tributado normalmente pelo ICMS. NÃO está enquadrado no regime da substituição tributária; e
- *TORTA CROCANTI KG* - Produto industrializado e tributado normalmente pelo ICMS. NÃO está enquadrado no regime da substituição tributária.

Diz, então, manter para esta infração, a cobrança em seu montante integral.

INFRAÇÃO 04 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Diz que deficiente, informa que, ao apurar o valor da exigência consubstanciada na infração em referência, a Fiscalização incluiu na autuação períodos já alcançados pela decadência, estando o respectivo crédito tributário extinto.

Aduz que, conforme exposto acima, 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.

Alega ainda a Autuada que na elaboração do levantamento fiscal da infração, 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, 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.

Diz, também, quanto a esta Infração, as mercadorias que a Suplicante discorda são:

- *KIT TOK SHAMP+COND 300ML TUTANO* - informamos que os produtos enquadrados no CÓDIGO NCM 3305.9, fazem parte **SIM** da INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05/2016;
- *LENÇOS 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;
- *LENÇO UMEDECIDO INTIMUS FEM C/16* - informamos que os produtos enquadrados no CÓDIGO NCM 3304.99.9, fazem parte **SIM** da INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05/2016; e
- *FOLHA VEET FACIAL UM* - informamos que os produtos enquadrados no CÓDIGO NCM 3307.9, fazem parte **SIM** da INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05/2016.

Conclui dizendo que mantem para esta infração, a cobrança em seu montante integral.

INFRAÇÃO 05 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento

Diz que o defendente argui períodos alcançados pela decadência. Entende que não assiste razão ao contribuinte, 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, registra que mantem para esta infração, a cobrança em seu montante integral.

INFRAÇÃO 06 - 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 em sua peça defensiva, a Autuada afirma que a Fiscalização incluiu na acusação da 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.

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

II. DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, reafirma a manutenção em sua totalidade, do presente Auto Infração, no valor de **R\$ 156.299,18 (Cento e cinquenta e seis mil duzentos e noventa e nove reais e dezoito centavos)**, a serem acrescidos dos consectários legais pertinentes.

Na Informação Fiscal, às fls. 65/77, o agente Autuante acata algumas das arguições dos erros cometidos no desenvolvimento da ação fiscal, especificamente em relação a imputação de nº 01, o que levou a apresentar novo demonstrativo de débito para esta infração.

Neste contexto, entende este Relator Julgador ser de suma importância a manifestação do Contribuinte Autuado (§ 7º do art. 127) em relação ao saldo remanescente do Auto de Infração, relativo a imputação de nº 01, bem assim a apresentação de contrarrazões à informação fiscal produzida pela Fiscalização decorrente de suas considerações de mérito apresentada na peça de defesa.

Em sede de Instrução, este Relator, à fl. 79 dos autos, respeitando ao princípio da ampla defesa,

verdade material e contraditório, em pauta suplementar do dia 31/01/2022, submeteu o presente PAF aos membros da 4ª JJF, **onde se decidiu converter o presente processo em diligência ao Autuante, para desenvolver as seguintes providencias:**

Item 1: dar conhecimento da Informação Fiscal de fls. 65/77, ao Contribuinte Autuado, concedendo 10 (dez) dias, para se manifestar, querendo, mais especificamente em relação as informações de mérito relativas às infrações 01, 02, 03 e 04 conforme os termos do § 7º, do art. 127, do RPAF/BA.

Item 3: havendo manifestação do Contribuinte Autuado na forma do “**item 1**”, ensejando ou não a elaboração de novo demonstrativo de débito para as infrações de nºs 01, 02, 03 e 04, o i. Agente Autuante deve desenvolver nova Informação Fiscal, conforme os termos do § 6º do art. 127 do RPAF/BA, acostando aos autos todos os novos demonstrativos, porventura desenvolvidos, que deverão ser apresentados em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, na forma § 3º, do art. 8º, do mesmo diploma legal, encaminhando ao órgão competente da INFRAZ o presente PAF para os encaminhamentos devidos.

Às fls. 89/93, vê-se manifestação à Informação Fiscal de fls. 64/77 dos autos, a pedido desta 4ª JJF, onde o sujeito passivo assim posiciona:

Diz que, com o objetivo de facilitar a análise da matéria em exame no presente lançamento, a Contribuinte passa a tecer sua manifestação de forma segregada, abordando cada infração, o que faz nos seguintes termos.

I. a. INFRAÇÃO 01

Em que pese o Sr. Auditor Fiscal ter acatado parte das alegações de defesa da Contribuinte, se faz necessária a 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.

Registra no corpo da peça de defesa, no formato de “Quadro” (fl. 90) a indicação da descrição das mercadorias e das NCMS que ainda devem ser excluídas do levantamento fiscal.

Pontua 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.

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, ao elaborar o levantamento fiscal da infração em referência, a Fiscalização 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.

Registra no corpo da peça de defesa, no formato de “Quadro” (fl. 91) a indicação de todas as mercadorias tributadas no regime normal e que estão incluídas no levantamento da acusação fiscal de crédito indevido de mercadorias isentas ou com redução.

Assim diz 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.

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

Com relação a infração nº 03, diz que reafirma a extinção pela decadência de parte do lançamento, o que por si só já torna mandatório o refazimento do relatório fiscal.

Pontua 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.

Registra no corpo da peça de defesa, no formato de “Quadro” (fl. 92) a descrição por tipo de mercadorias isentas e outras tributadas no regime da substituição tributária e que estão incluídas no levantamento da acusação fiscal em tela.

Ressalta que a relação completa das mercadorias isentas e outras tributadas no regime da substituição tributária e que remanescem no levantamento da infração 03 está na planilha “Infração 03 - Defesa”, gravada no CD que acompanhou a impugnação.

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.d. INFRAÇÃO 04

Com relação a infração nº 04, diz que a Fiscalização se equivocou na revisão das alíquotas aplicadas nas saídas, na medida em que foram considerados percentuais superiores ao disposto na legislação do ICMS.

Pontua 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, conforme planilha “Infração 04 Defesa”, que acompanhou a impugnação.

Sendo assim, requer nova análise dos documentos que comprovam a improcedência da infração, devendo ser excluído os períodos já alcançados pela decadência do levantamento que embasou a exigência.

II.e. INFRAÇÃO 05 E 06

Diz que as razões 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 intuições.

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.

III. 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.

Em conformidade com o pedido de diligência de fl. 79 dos autos, respeitando ao princípio da verdade material e contraditório, **em pauta suplementar do dia 28/04/2022**, os membros desta 4ª

JJF **decidiu converter, novamente, o presente processo em diligência aos agentes Fiscais Autuantes**, para desenvolver Informação Fiscal, conforme os termos do § 6º do art. 127 do RPAF/BA, em relação a manifestação à Informação Fiscal produzida pelo Contribuinte Autuado, de fls. 89/93, acostando aos autos todos os novos demonstrativos, **porventura desenvolvidos**, que deverão ser apresentados em papel e, também, em disco de armazenamento de dados, na forma § 3º, do art. 8º, do mesmo diploma legal.

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

Às fls. 102 a 117 o agente Autuante apresenta Informação Fiscal à manifestação do Contribuinte Autuado de fls. 89/93, em atendimento ao pedido desta 4ª JJF de fl. 99 nos termos a seguir:

Com relação a infração 01, que diz respeito utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, repete todas considerações postas na informação fiscal de fls. 64/77 dos autos.

A infração 02 que relaciona a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, também, repete todos as contrarrazões postas na informação fiscal de fls. 64/77 dos autos.

Também a infração 03, que relaciona a ter deixado de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, repete todos as contrarrazões postas na informação fiscal de fls. 64/77 dos autos.

Por sua vez, em relação a infração 04, que diz respeito a recolher a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, traz as seguintes considerações:

Diz que a defesa argui que a Fiscalização se equivocou na revisão das alíquotas aplicadas nas saídas, na medida em que foram consideradas percentuais superiores ao disposto na legislação do ICMS, 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.

Acrescenta que, em relação a esta Infração, as mercadorias que a Suplicante discorda são:

- *KIT TOK SHAMP+COND 300ML TUTANO* – informamos que os produtos enquadrados no CÓDIGO NCM 3305.9, fazem parte SIM da INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05/2016;
- *LENÇOS 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;
- *LENÇO UMEDECIDO INTIMUS FEM C/16* - informamos que os produtos enquadrados no CÓDIGO NCM 3304.99.9, fazem parte SIM da INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05/2016; e
- *FOLHA VEET FACIAL UM* - informamos que os produtos enquadrados no CÓDIGO NCM 3307.9, fazem parte SIM da INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05/2016.

Demais produtos constam na planilha de débito denominada INFORMAÇÃO – INFRAÇÃO 04. Diz, então que, após análise da planilha “*Infração 04 Defesa*”, anexada à presente impugnação (Doc3), e da exclusão de mercadorias que efetivamente não estão incluídas no Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016, reconhece como procedente em parte as alegações defensivas, e informa o refazimento das planilhas, e que anexa a este PAF novas planilhas para esta Infração, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 35.102,78.

Quanto a infração 05, que relaciona a ter deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, diz que em sua nova peça defensiva, a Autuada não apresenta nenhum fato novo que já não tenha sido redarguido na informação fiscal às fls. 65 a 77. Assim sendo, mantem para esta infração, a cobrança em seu montante integral.

Por fim a infração 06 que diz respeito a ter deixado 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.

Em sua nova peça defensiva, diz que a Autuada não apresenta nenhum fato novo que já não tenha sido redarguido na informação fiscal às fls. 65 a 77. Assim sendo, mantém para esta infração, a cobrança em seu montante integral.

Diante do exposto, reafirma a manutenção em sua totalidade, do presente Auto Infração, no valor de R\$ 146.224,50 a serem acrescidos dos consectários legais pertinentes.

Às fls. 124/128, vê-se manifestação do Contribuinte Autuado à Informação Fiscal de fls. 102/117 dos autos, a pedido desta 4ª JJF, onde o sujeito passivo assim posiciona:

Após repetir todas as razões de defesa até aqui apresentadas, mais especificamente a de fls. 24/32 e a de fls. 89/93, pugna pela elaboração de novos levantamentos fiscais para todas as imputações de nºs 1, 2, 3, 4, 5, e 6, sem apresentar qualquer fato novo.

Às fls. 135/150 dos autos, volta o agente Fiscal Autuante a produzir nova Informação Fiscal, repetindo todas as contrarrazões apresentadas na Informação Fiscal de fls. 102 a 117 produzida em atendimento ao pedido desta 4ª JJF de fl. 99, sem tampouco apresentar qualquer fato novo.

Às fls. 151 versos, 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\$ 156.299,18, relativo a seis irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, sendo as infrações 1 e 2 decorrentes de uso crédito fiscal indevido relativo a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição e mercadorias com saída subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto; a infração 3 por ter deixado de recolher o imposto em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas; a infração 4 decorrente de recolhimento a menos do imposto, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas; e as infrações 5 e 6, por ter deixado de recolher o imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e ao consumo do estabelecimento nos anos de 2016, 2017 e 2018, todas arguidas pela defesa, que a seguir passo a manifestar.

Pontua, o sujeito passivo, nos termos do art. 137, I, “a”, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), argui 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. 3), dos documentos bem como dos quesitos que serão disponibilizados na fase da diligência.

Neste aspecto, em sede de informação fiscal às fls. 64/77, o agente Autuante, já houvera manifestado concordando com algumas das considerações apontadas na peça de defesa de fls. 24/32, e com isso, efetuando os ajustes que entendera ser procedente, além do próprio defensor ter tido oportunidade de manifestar às fls. 89/93, a pedido desta 4ª JJF, 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 de fls. 102/117, bem assim a de fls. 135/150 dos autos, inclusive com nova alteração do valor total da autuação, em que considero suficientes para a formação de minha convicção na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção

de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, onde não foi constatada qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, motivo pelo qual entendo que a lide está apta ao seu deslinde.

Seguindo, então, à análise da lide, em primeiro plano, como preliminar de mérito, o contribuinte autuado argui a decadência em relação ao direito de constituição dos supostos créditos tributários anteriores a 06/10/2016, relativo a todas as 6 (seis) imputações que compõe o Auto de Infração, em tela.

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, *in verbis*:

“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, então, que foi científica 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 entendimentos 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, diz que é forçoso reconhecer a ocorrência da extinção do crédito tributário relativo ao ICMS incidente sobre as operações realizadas até 06/10/2016, já que ultrapassou 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 de todas as infrações desse auto de infração**.

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

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

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, operase pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.” (Grifo acrescido)

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

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

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

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

No caso do Auto de Infração, em tela, relativamente as infrações nºs 01, 02, 03 e 04, **coaduno com o entendimento do sujeito passivo**, de que a Fazenda Pública Estadual não tem direito de cobrar o crédito tributário em apreço, isso em relação as 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 do Auto de Infração 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 de 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 de 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 defendantemente indevidamente utilizou de crédito fiscal lançado no livro fiscal próprio de valores, em que a legislação não autorizava, bem assim recolheu a menos o ICMS por apropriação de crédito maior que o destacado no documento fiscal e, também, por aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, ou por ter 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, então, a partir da data do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN destacado acima.

Todavia em relação as infrações 05 e 06, que tratam de cobrança do imposto, por ter deixado de recolher, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e ao consumo do estabelecimento, 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 antecedente a data 06/10/2016, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, **pois se trata da constituição de um crédito tributário decorrente de operações não lançadas na escrita fiscal**, moldando, então, **essas operações no art. 173, I, do CTN**, em que a contagem do prazo dar-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àqueles em que o lançamento poderia ter sido efetuado, logo não há que se falar em decadência em relação aos créditos constituídos na infração 05, nem tampouco na infração 06 vez que, o sujeito passivo, foi intimado do Auto de Infração em 06/10/2021, data de ciência do presente procedimento fiscal, através DT-e na forma do expediente de fl. 21 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 decadência em relação as datas de ocorrência da infração 05 e da infração 06, do Auto de Infração, em análise.

Aliás, tais entendimentos sejam das infrações de nºs 01, 02, 03 e 04, ou das infrações de nº 05 e 06, 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, relativo as imputações de nºs 01, 02, 03 e 04, *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 ter sido efetuado 5 (cinco) anos após a materialização do fato gerador.

Entretanto, em relação as imputações de nºs 05 e 06 não há que se arguir a decadência de qualquer exigência dos débitos decorrentes das operações comerciais inerentes ao período fiscalizado de 01/01/2016 à 31/12/2018, pois, como anteriormente destacado, se trata da constituição de um crédito tributário decorrente de operações não lançadas na escrita fiscal, moldando, então, essas operações no art. 173, I, do CTN, onde a contagem do prazo dar-se a partir do primeiro dia do exercício seguinte àqueles em que o lançamento poderia ter sido efetuado, logo não há que se falar em decadência em relação a qualquer das datas de ocorrência dos créditos constituídos nessas imputações.

No mérito vê-se considerações de defesa em relação as infrações de nºs 01, 02, 03, 04, 05 e 06 do Auto de Infração, em tela. Passo, então, a manifestar sobre as arguições de mérito.

Em relação a infração 01 que diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária nos anos de 2016, 2017 e 2018, conforme demonstrativo CRÉDITO FISCAL INDEVIDO ST constantes do CD/Mídia de fl. 20 dos autos, o sujeito passivo, na peça de defesa de fls. 24/37, 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 autorizaria 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 estariam 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. 65/77, 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. 87 novas planilhas para esta Infração, indicando, inclusive, as motivações que levaram a acatar ou não as considerações de defesa por produto, remanescedo um crédito tributário no total de R\$ 42.241,88.

Às fls. 89/93, vê-se manifestação, do Contribuinte Autuado, à Informação Fiscal de fls. 68/77 dos autos, a pedido desta 4ª JJF à fl. 79, onde tece suas considerações de forma segregada, abordando suas razões de defesa em relação a cada valor remanescente da autuação.

Às fls. 102/117 dos autos o agente Autuante produz nova Informação Fiscal, onde traça toda uma fundamentação, por produto, em relação a cada item mantido da autuação. Por sua vez, às fls. 124/128, o Autuado, volta a insistir que ainda resta item de produto tributado no regime normal, constante do demonstrativo remanescente de débito da autuação, sem tampouco trazer qualquer fundamentação para suas razões, exceto indicar os itens de produtos no formato de “Quadro”, já exaustivamente indicado anteriormente, que ao seu entender estaria tributado no regime normal do ICMS, estando fora do regime da substituição tributária, o que autorizaria o creditamento do imposto destacado no documento fiscal.

Às fls. 135/150 dos autos, têm-se que o agente Autuante produz nova Informação Fiscal, ratificando todas as suas considerações, com fundamentação, em relação aos itens mantidos na infração 01.

Passo então a me posicionar sobre a infração 01. Vejo, primeiramente, **que não cabe ao Autuado**, quando é dado o direito de manifestar nos autos, conforme os termos do § 7º, do art. 127, do RPAF/BA, **simplesmente apresentar um “Quadro”**, com a indicação das mercadorias que ainda devem ser excluídas do levantamento fiscal, **quando o agente Fiscal Autuante aponta os motivos, com fundamentação, de sua manutenção na autuação**; mas, sim, prestar com clareza e precisão, do que não concorda da informação fiscal, abrangendo todos os aspectos destacados pelo Autuante, **que assim não procedeu**.

Sobre o produto “amêndoas”, que, à luz do entendimento do agente Autuante, estaria abarcado pela substituição tributária, e que por isso justificaria a glosa do crédito tomado nos termos da infração 01, vejo que resta razão à defesa. 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\$ 30.097,52, 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 APÓS A DECLARAÇÃO DE DECADÊNCIA DOS CRÉDITOS CONSTITUÍDOS ATÉ 06/10/2016 – INFRAÇÃO 01					
Data Ocorrência	Data Vencimento	Valor Histórico Lançamento Original (R\$)	Valor Histórico Após Informação Fiscal (R\$)	Ocorrência	Valor Julgado (R\$)
31/01/2016	09/02/2016	2.689,87	2.689,87	DECADÊNCIA	0,00
28/02/2016	09/03/2016	1.406,31	1.406,31	DECADÊNCIA	0,00
31/03/2016	09/04/2016	1.451,65	1.451,65	DECADÊNCIA	0,00

30/04/2016	09/05/2016	1.289,58	1.289,58	DECADÊNCIA	0,00
31/05/2016	09/06/2016	889,06	889,06	DECADÊNCIA	0,00
30/06/2016	09/07/2016	1.107,13	1.107,13	DECADÊNCIA	0,00
31/07/2016	09/08/2016	1.154,97	1.154,97	DECADÊNCIA	0,00
31/08/2016	09/09/2016	675,50	675,50	DECADÊNCIA	0,00
30/09/2016	09/10/2016	1.217,64	1.217,64	DECADÊNCIA	0,00
31/10/2016	09/11/2016	841,60	841,60	PROC EM PARTE	841,60
30/11/2016	09/12/2016	2.165,12	2.165,12	PROC EM PARTE	2.165,12
31/12/2016	09/01/2017	2.060,01	2.060,01	PROC EM PARTE	2.060,01
31/01/2017	09/02/2017	1.863,10	1.863,10	PROC EM PARTE	1.863,10
28/02/2017	09/03/2017	694,63	448,88	PROC EM PARTE	448,88
31/03/2017	09/04/2017	552,59	519,22	PROC EM PARTE	519,22
30/04/2017	09/05/2017	882,06	427,07	PROC EM PARTE	366,24
31/05/2017	09/06/2017	276,93	83,47	PROC EM PARTE	83,47
30/06/2017	09/07/2017	444,67	186,18	PROC EM PARTE	186,18
31/07/2017	09/08/2017	796,10	538,72	PROC EM PARTE	538,72
31/08/2017	09/09/2017	900,20	412,57	PROC EM PARTE	360,94
30/09/2017	09/10/2017	716,28	475,04	PROC EM PARTE	475,04
31/10/2017	09/11/2017	1.726,57	332,30	PROC EM PARTE	332,30
30/11/2017	09/12/2017	1.746,11	1.058,19	PROC EM PARTE	1.058,19
31/12/2017	09/01/2018	1.522,40	1.400,90	PROC EM PARTE	1.371,49
31/01/2018	09/02/2018	4.491,99	3.234,80	PROC EM PARTE	3.234,80
28/02/2018	09/03/2018	1.459,06	1.388,37	PROC EM PARTE	1.388,37
31/03/2018	09/04/2018	1.460,37	1.437,02	PROC EM PARTE	1.437,02
30/04/2018	09/05/2018	1.499,72	1.315,82	PROC EM PARTE	1.315,82
31/05/2018	09/06/2018	577,83	283,47	PROC EM PARTE	235,16
30/06/2018	09/07/2018	1.829,70	1.670,86	PROC EM PARTE	1.670,86
31/07/2018	09/08/2018	1.084,88	706,12	PROC EM PARTE	633,65
31/08/2018	09/09/2018	874,21	511,38	PROC EM PARTE	511,38
30/09/2018	09/10/2018	1.696,95	1.356,42	PROC EM PARTE	1.356,42
31/10/2018	09/11/2018	1.554,44	664,83	PROC EM PARTE	664,83
30/11/2018	09/12/2018	2.946,63	2.687,02	PROC EM PARTE	2.687,02
31/12/2018	09/01/2019	3.384,15	2.291,69	PROC EM PARTE	2.291,69
Total da infração 01		51.930,01	42.241,88		30.097,52

A infração 02 que diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto nos anos de 2015, 2016 e 2017, conforme demonstrativo CRÉDITO FISCAL INDEVIDO ISENTAS constantes do CD/Mídia de fl. 20 dos autos, o sujeito passivo, na peça de defesa de fls. 24/37, 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 autorizaria 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. 65/77, o agente Autuante, aduz que as mercadorias que, o Contribuinte Autuado, discorda são:

- *AMENDOIM CRU COM CASCA KG* - Produto “in natura”, sem qualquer beneficiamento, portanto isento do ICMS, conforme Artigo do Regulamento do ICMS/97 transcrito 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 34X45X015M** - Produto ISENTO - Trata-se de bobinas com sacos plásticos disponíveis na seção de HORTIFRUTIGRANJEIROS dos mercados e supermercados para acondicionar frutas e verduras, produtos beneficiados com isenção, portanto o produto acessório (bobinas com sacos plásticos) acompanha a tributação do (s) produtos (s) principal.

Conclui, então, o agente Autuante, mantendo para esta infração a cobrança em seu montante integral.

Às fls. 89/93, vê-se manifestação, do Contribuinte Autuado, à Informação Fiscal de fls. 65/77 dos autos, a pedido desta 4ª JJF à fl. 79, onde repete suas considerações de defesa indicando o mesmo “Quadro”, em que apresenta os produtos “AMENDOIM CRU COM CASCA KG - Produto “in natura” e “BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M”, que entende serem tributadas no regime normal do ICMS, estando fora de qualquer regra de isenção ou redução, o que autorizaria o creditamento do imposto integral destacado no documento fiscal.

Às fls. 102/117 dos autos, bem assim às fls. 135/150 dos autos, têm-se que o agente Autuante produz novas Informações Fiscais, ratificando todas as suas considerações, com fundamentação, em relação aos itens mantidos na infração 02.

Passo então a me posicionar sobre a infração 02. Pois bem! Observa-se que o Autuado apenas pontua que o levantamento fiscal deve ser revisto, indicando, em formato de “Quadro”, os produtos “AMENDOIM CRU COM CASCA KG - Produto “in natura” e “BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M”, que entende serem tributadas no regime normal do ICMS, estando fora de qualquer regra de isenção ou redução, o que autorizaria o creditamento do imposto integral destacado no documento fiscal.

Como já expressado linhas acima, repito **que não cabe ao Autuado**, quando é dado o direito de manifestar nos autos, conforme os termos do § 7º, do art. 127, do RPAF/BA, **simplesmente pugnar pela elaboração de novo levantamento fiscal, para que sejam excluídos** os produto “AMENDOIM CRU COM CASCA KG - Produto “in natura” e “BOBINA PLAST PICOT LISA C/6 34X45X015M”, que entende serem tributadas no regime normal do ICMS; mas, sim, **prestar com clareza e precisão, o que não concorda da Informação Fiscal**, produzida pelo agente Autuante, que, fundamentado na legislação, à época dos fatos geradores, pontua que esses produtos estavam abarcados por regras de isenção ou redução, não autorizando o creditamento do imposto integral destacado no documento fiscal, **que assim não procedeu**.

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

Em sendo assim, não vendo nada que desabone os demonstrativos de débito da exigência fiscal de nº 02, vejo restar subsistente parcialmente correspondente ao montante de R\$ 7.375,42, conforme os valores apontados no demonstrativo débito constante do CD/Mídia de fls. 20, 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 APÓS A DECLARAÇÃO DE DECADÊNCIA DOS CRÉDITOS CONSTITUÍDOS ATÉ 06/10/2016 – 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	301,33	301,33	DECADÊNCIA	0,00
28/02/2016	09/03/2016	647,72	647,72	DECADÊNCIA	0,00
31/03/2016	09/04/2016	269,88	269,88	DECADÊNCIA	0,00
30/04/2016	09/05/2016	503,40	503,40	DECADÊNCIA	0,00
31/05/2016	09/06/2016	106,18	106,18	DECADÊNCIA	0,00

30/06/2016	09/07/2016	580,52	580,52	DECADÊNCIA	0,00
31/07/2016	09/08/2016	307,27	307,27	DECADÊNCIA	0,00
31/08/2016	09/09/2016	576,36	576,36	DECADÊNCIA	0,00
30/09/2016	09/10/2016	325,40	325,40	DECADÊNCIA	0,00
31/10/2016	09/11/2016	34,56	34,56	PROCEDENTE	34,56
30/11/2016	09/12/2016	443,92	443,92	PROCEDENTE	443,92
31/12/2016	09/01/2017	649,96	649,96	PROCEDENTE	649,96
31/01/2017	09/02/2017	31,20	31,20	PROCEDENTE	31,20
28/02/2017	09/03/2017	111,35	111,35	PROCEDENTE	111,35
31/03/2017	09/04/2017	252,16	252,16	PROCEDENTE	252,16
30/04/2017	09/05/2017	270,88	270,88	PROCEDENTE	270,88
31/05/2017	09/06/2017	270,88	270,88	PROCEDENTE	270,88
30/06/2017	09/07/2017	634,41	634,41	PROCEDENTE	634,41
31/07/2017	09/08/2017	137,57	137,57	PROCEDENTE	137,57
31/08/2017	09/09/2017	248,70	248,70	PROCEDENTE	248,70
30/09/2017	09/10/2017	443,95	443,95	PROCEDENTE	443,95
31/10/2017	09/11/2017	132,48	132,48	PROCEDENTE	132,48
30/11/2017	09/12/2017	199,14	199,14	PROCEDENTE	199,14
31/12/2017	09/01/2017	636,35	636,35	PROCEDENTE	636,35
31/01/2018	09/02/2018	12,96	12,96	PROCEDENTE	12,96
31/03/2018	09/04/2018	320,86	320,86	PROCEDENTE	320,86
30/04/2018	09/05/2018	281,51	281,51	PROCEDENTE	281,51
31/05/2018	09/06/2018	242,63	242,63	PROCEDENTE	242,63
30/06/2018	09/07/2018	500,91	500,91	PROCEDENTE	500,91
31/07/2018	09/08/2018	354,94	354,94	PROCEDENTE	354,94
31/08/2018	09/09/2018	261,47	261,47	PROCEDENTE	261,47
30/09/2018	09/10/2018	63,72	63,72	PROCEDENTE	63,72
31/10/2018	09/11/2018	287,58	287,58	PROCEDENTE	287,58
30/11/2018	09/12/2019	217,21	217,21	PROCEDENTE	217,21
31/12/2018	09/01/2020	334,12	334,12	PROCEDENTE	334,12
Total da Infração 02		10.993,48	10.993,48		7.375,42

A infração 03, 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. 20 dos autos, o sujeito passivo, na peça de defesa de fls. 24/37, trouxe a arguição de que diversas mercadorias incluídas no demonstrativo de débito são tributadas no regime da substituição tributária, o que torna indevido o lançamento ora em análise.

A título de amostragem, registra que segue, no formato de “Quadro” (fl. 34), a indicação de algumas mercadorias tributadas no regime no regime da substituição tributária e que estariam incluídas no levantamento da acusação fiscal em tela.

Pontua que a relação completa das mercadorias que sofrem tributação normal e que foram incluídas na infração está na planilha “**Infração 03 Defesa**”, gravada no CD que diz anexar à presente impugnação (Doc. 3).

Em sede de Informação Fiscal, às fls. 65/77, o agente Autuante, analisa de forma individualizadamente todas as mercadorias arguidas na peça de defesa, conforme a seguir:

- **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;
- **PIZZA REZ CALAB 460G UN** - Produto industrializado, com recheios diversos. NÃO está enquadrado no regime da substituição tributária;
- **REG GAS C/MAN NEDO UN** - Produto industrializado, e tributado normalmente pelo ICMS. NÃO está enquadrado no regime da substituição tributária;
- **REGULADOR GAS NEDO C/MANG 80CM C/2 ABRAC** - Produto industrializado, e tributado normalmente pelo ICMS. NÃO está enquadrado no regime da substituição tributária;
- **SIDRA CERESER MAÇA S/ALCOOL 660ML** - Bebida à base de maça, tributado normalmente pelo ICMS. NÃO está enquadrado no regime da substituição tributária;
- **TORT CATUP FGO UM** - Produto industrializado, e tributado normalmente pelo ICMS. NÃO está

enquadrado no regime da substituição tributária; e

- TORTA CROCANTI KG - Produto industrializado e tributado normalmente pelo ICMS. NÃO está enquadrado no regime da substituição tributária.

Diz, então, manter para esta infração, a cobrança em seu montante integral.

Às fls. 89/93, vê-se manifestação, do Contribuinte Autuado, à Informação Fiscal de fls. 68/77 dos autos, a pedido desta 4ª JJF à fl. 79, onde repete suas considerações de defesa indicando o mesmo “Quadro”, em que apresenta os mesmos produtos arguidos, que entende estarem abarcados pela regra da isenção ou tributadas na substituição, estando fora do regime normal do ICMS, o que o torna indevido o lançamento ora em análise.

Às fls. 102/117 dos autos o agente Autuante produz nova Informação Fiscal, onde traça toda uma fundamentação, por produto, em relação a cada item mantido da autuação. Por sua vez, às fls. 124/128, o Autuado, volta a insistir que apresenta produto abarcados pela regra da isenção ou tributadas na substituição, constante do demonstrativo de débito da autuação, sem tampouco trazer qualquer fundamentação para suas razões, exceto indicar os itens de produtos no formato de “Quadro”, já exaustivamente indicado anteriormente, o que que o torna indevido o lançamento ora em análise.

Às fls. 135/150 dos autos, têm-se que o agente Autuante produz nova Informação Fiscal, ratificando todas as suas considerações, com fundamentação, em relação aos itens mantidos na infração 03.

Passo então a me posicionar sobre a infração 03. Como já expressado linhas acima, repito **que não cabe ao Autuado**, quando é dado o direito de manifestar nos autos, conforme os termos do § 7º, do art. 127, do RPAF/BA, **simplesmente apresentar um “Quadro”**, com a indicação das mercadorias que que entende estarem abarcados pela regra da isenção ou tributadas na substituição, estando fora do regime normal do ICMS, **o que tornaria indevido o lançamento ora em análise** mas, sim, prestar com clareza e precisão, do que não concorda da informação fiscal, abrangendo todos os aspectos destacados pelo Autuante, **que assim não procedeu**.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone os demonstrativos de débito da exigência fiscal de nº 03, vejo restar subsistente parcialmente correspondente ao montante de R\$ 28.600,45, conforme os valores apontados no demonstrativo débito constante do CD/Mídia de fls. 20, 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 APÓS A DECLARAÇÃO DE DECADÊNCIA DOS CRÉDITOS CONSTITUÍDOS ATÉ 06/10/2016 – 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	9.585,26	9.585,26	DECADÊNCIA	0,00
28/02/2016	09/03/2016	3.138,61	3.138,61	DECADÊNCIA	0,00
31/03/2016	09/04/2016	1.223,46	1.223,46	DECADÊNCIA	0,00
30/04/2016	09/05/2016	663,46	663,46	DECADÊNCIA	0,00
31/05/2016	09/06/2016	333,51	333,51	DECADÊNCIA	0,00
30/06/2016	09/07/2016	1.693,57	1.693,57	DECADÊNCIA	0,00
31/07/2016	09/08/2016	479,92	479,92	DECADÊNCIA	0,00
31/08/2016	09/09/2016	753,31	753,31	DECADÊNCIA	0,00
30/09/2016	09/10/2016	1.291,47	1.291,47	DECADÊNCIA	0,00
31/10/2016	09/11/2016	1.945,29	1.945,29	PROCEDENTE	1.945,29
30/11/2016	09/12/2016	1.036,95	1.036,95	PROCEDENTE	1.036,95
31/12/2016	09/01/2017	1.724,18	1.724,18	PROCEDENTE	1.724,18
31/01/2017	09/02/2017	1.249,90	1.249,90	PROCEDENTE	1.249,90
28/02/2017	09/03/2017	701,39	701,39	PROCEDENTE	701,39
31/03/2017	09/04/2017	1.250,28	1.250,28	PROCEDENTE	1.250,28
30/04/2017	09/05/2017	1.406,63	1.406,63	PROCEDENTE	1.406,63
31/05/2017	09/06/2017	513,50	513,50	PROCEDENTE	513,50
30/06/2017	09/07/2017	259,65	259,65	PROCEDENTE	259,65
31/07/2017	09/08/2017	205,05	205,05	PROCEDENTE	205,05
31/08/2017	09/09/2017	288,19	288,19	PROCEDENTE	288,19

30/09/2017	09/10/2017	368,15	368,15	PROCEDENTE	368,15
31/10/2017	09/11/2017	566,38	566,38	PROCEDENTE	566,38
30/11/2017	09/12/2017	468,51	468,51	PROCEDENTE	468,51
31/12/2017	09/01/2017	626,79	626,79	PROCEDENTE	626,79
31/01/2018	09/02/2018	375,00	375,00	PROCEDENTE	375,00
28/02/2018	09/03/2018	317,76	317,76	PROCEDENTE	317,76
31/03/2018	09/04/2018	387,64	387,64	PROCEDENTE	387,64
30/04/2018	09/05/2018	347,59	347,59	PROCEDENTE	347,59
31/05/2018	09/06/2018	785,16	785,16	PROCEDENTE	785,16
30/06/2018	09/07/2018	1.046,52	1.046,52	PROCEDENTE	1.046,52
31/07/2018	09/08/2018	1.722,22	1.722,22	PROCEDENTE	1.722,22
31/08/2018	09/09/2018	1.630,07	1.630,07	PROCEDENTE	1.630,07
30/09/2018	09/10/2018	1.918,09	1.918,09	PROCEDENTE	1.918,09
31/10/2018	09/11/2018	2.145,37	2.145,37	PROCEDENTE	2.145,37
30/11/2018	09/12/2019	2.452,67	2.452,67	PROCEDENTE	2.452,67
31/12/2018	09/01/2020	2.861,52	2.861,52	PROCEDENTE	2.861,52
TOTAL DA INFRAÇÃO 03		47.763,02	47.763,02		28.600,45

A infração 04 que diz respeito a ter recolhido a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas no ano de 2016, 2017 e 2018 conforme demonstrativo SAÍDA TRIBUTADAS A MENOR constantes do CD/Mídia de fl. 20 dos autos, o sujeito passivo pontua, então, que, ao apurar o valor da exigência consubstanciada na Infração, 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 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.

Registra, no formato de “Quadro” (fl. 35) a título de amostragem, 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 04 Defesa”, que segue anexa à presente impugnação (Doc. 3).

Em sede de Informação Fiscal, às fls. 65/77, o agente Autuante, analisa de forma individualizadamente todas as mercadorias arguidas na peça de defesa, conforme a seguir:

- *KIT TOK SHAMP+COND 300ML TUTANO* - informamos que os produtos enquadrados no CÓDIGO NCM 3305.9, fazem parte **SIM** da INSTRUÇÃO NORMATIVA N° 05/2016;
- *LENÇOS UMED NIVEA INTIMO NAT.C/20* - informamos que os produtos enquadrados no CÓDIGO NCM 4818.2, fazem parte **SIM** da INSTRUÇÃO NORMATIVA N° 05/2016;
- *LENÇO UMEDECIDO INTIMUS FEM C/16* - informamos que os produtos enquadrados no CÓDIGO NCM 3304.99.9, fazem parte **SIM** da INSTRUÇÃO NORMATIVA N° 05/2016; e
- *FOLHA VEET FACIAL UM* - informamos que os produtos enquadrados no CÓDIGO NCM 3307.9, fazem parte **SIM** da INSTRUÇÃO NORMATIVA N° 05/2016.

Conclui dizendo que mantém para esta infração, a cobrança em seu montante integral.

Às fls. 89/93, vê-se manifestação, do Contribuinte Autuado, à Informação Fiscal de fls. 68/77 dos autos, a pedido desta 4ª JJF à fl. 79, onde repete suas considerações de defesa indicando o mesmo “Quadro”, em que apresenta os mesmos produtos arguidos, que entende estarem fora do Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016.

Às fls. 102/117 dos autos o agente Autuante produz nova Informação Fiscal, onde traça toda uma fundamentação, por produto, em relação a cada item mantido da autuação. Em seguida diz, após análise da planilha “Infração 04 Defesa”, anexada à presente impugnação (Doc. 3), **e da exclusão de mercadorias que efetivamente não estão incluídas no Anexo Único da Instrução Normativa nº 05/2016**, reconhece como procedente em parte as alegações defensivas, e informa

o refazimento das planilhas, e que anexa a este PAF, CD/Mídia de fl.118 dos autos, novas planilhas para esta Infração 04, remanescendo um crédito tributário no total de R\$ 35.102,78.

Por sua vez, às fls. 124/128, o Autuado, volta aos autos, onde diz que, em que pese o Srº Auditor Fiscal ter acatado parte das alegações de defesa e ter excluído os produtos com NCM “33049990” e “33059000”, ainda merece retoque quanto a revisão das alíquotas aplicadas nas saídas das mercadorias remanescentes, na medida em que que foram considerados percentuais superiores ao disposto na legislação do ICMS.

Às fls. 135/150 dos autos, têm-se que o agente Autuante produz nova Informação Fiscal, ratificando todas as suas considerações, com fundamentação, em relação aos itens mantidos na infração 04.

Passo então a me posicionar sobre a infração 03. Como já expressado linhas acima, repito **que não cabe ao Autuado**, quando é dado o direito de manifestar nos autos, conforme os termos do § 7º, do art. 127, do RPAF/BA, **simplesmente dizer que merece retoque quanto a revisão das alíquotas aplicadas nas saídas das mercadorias remanescentes**, na medida em que que foram considerados percentuais superiores ao disposto na legislação do ICMS, **sem apresentar qualquer “Quadro”**, com a indicação das mercadorias que entende estar sendo aplicado percentuais superiores ao disposto na legislação, **que assim não procedeu**.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone as alterações efetuadas nos demonstrativos de débito da exigência fiscal nº 04, vejo restar subsistente parcialmente correspondente ao montante de R\$ 24.102,28, conforme os valores apontados no demonstrativo remanescente de débito constante do CD/Mídia de fls. 118, 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 APÓS A DECLARAÇÃO DE DECADÊNCIA DOS CRÉDITOS CONSTITUÍDOS ATÉ 06/10/2016 – INFRAÇÃO 04					
Data Ocorr	Data Venc	Valor Hist Lançamento Original (R\$)	Valor Hist Após Informação Fiscal (R\$)	Ocorrência	Valor Julgado (R\$)
31/01/2016	09/02/2016	176,76	176,76	DECADÊNCIA	0,00
28/02/2016	09/03/2016	152,91	152,91	DECADÊNCIA	0,00
31/03/2016	09/04/2016	8.786,35	8.786,35	DECADÊNCIA	0,00
30/04/2016	09/05/2016	568,26	568,26	DECADÊNCIA	0,00
31/05/2016	09/06/2016	270,62	270,62	DECADÊNCIA	0,00
30/06/2016	09/07/2016	180,34	180,34	DECADÊNCIA	0,00
31/07/2016	09/08/2016	187,65	187,65	DECADÊNCIA	0,00
31/08/2016	09/09/2016	280,68	280,68	DECADÊNCIA	0,00
30/09/2016	09/10/2016	396,95	396,95	DECADÊNCIA	0,00
31/10/2016	09/11/2016	604,30	601,80	PROC EM PARTE	601,80
30/11/2016	09/12/2016	496,89	495,89	PROC EM PARTE	495,89
31/12/2016	09/01/2017	583,35	583,35	PROC EM PARTE	583,35
31/01/2017	09/02/2017	748,78	748,78	PROC EM PARTE	748,78
28/02/2017	09/03/2017	460,21	460,21	PROC EM PARTE	460,21
31/03/2017	09/04/2017	402,82	402,82	PROC EM PARTE	402,82
30/04/2017	09/05/2017	264,88	263,86	PROC EM PARTE	263,86
31/05/2017	09/06/2017	400,81	399,79	PROC EM PARTE	399,79
30/06/2017	09/07/2017	524,20	523,18	PROC EM PARTE	523,18
31/07/2017	09/08/2017	608,81	608,81	PROC EM PARTE	608,81
31/08/2017	09/09/2017	853,56	849,47	PROC EM PARTE	849,47
30/09/2017	09/10/2017	1.082,19	1.075,20	PROC EM PARTE	1.075,20
31/10/2017	09/11/2017	445,85	385,88	PROC EM PARTE	385,88
30/11/2017	09/12/2017	637,33	563,40	PROC EM PARTE	563,40
31/12/2017	09/01/2017	827,72	704,86	PROC EM PARTE	704,86
31/01/2018	09/02/2018	705,69	693,46	PROC EM PARTE	693,46
28/02/2018	09/03/2018	493,86	488,21	PROC EM PARTE	488,21
31/03/2018	09/04/2018	452,12	443,83	PROC EM PARTE	443,83
30/04/2018	09/05/2018	187,99	181,58	PROC EM PARTE	181,58
31/05/2018	09/06/2018	190,07	183,52	PROC EM PARTE	183,52
30/06/2018	09/07/2018	192,94	183,48	PROC EM PARTE	183,48
31/07/2018	09/08/2018	126,64	116,07	PROC EM PARTE	116,07
31/08/2018	09/09/2018	424,28	419,93	PROC EM PARTE	419,93
30/09/2018	09/10/2018	425,53	417,07	PROC EM PARTE	417,07
31/10/2018	09/11/2018	1.431,60	1.423,92	PROC EM PARTE	1.423,92
30/11/2018	09/12/2018	4.271,68	4.257,59	PROC EM PARTE	4.257,59
31/12/2018	09/01/2019	6.644,71	6.626,32	PROC EM PARTE	6.626,32
Total da infração 04		35.489,33	35.102,80		24.102,28

A infração 05 e 06, que dizem respeito a ter deixado de recolher o imposto (ICMS) decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e ao consumo do estabelecimento, respectivamente, nos anos de 2016, 2017 e 2018, conforme os demonstrativos DIFAL ATIVO e DIFAL DE USO E CONSUMO constantes do CD/Mídia de fl. 20 dos autos, **o sujeito passivo trouxe apenas a arguição de decadência**, cujo os fundamentos já foram analisados linhas acima, o qual não fora acolhido.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone os demonstrativos de débito da exigência fiscal nºs 05 e 06 restam subsistentes nos valores de R\$ 8.414,91 e R\$ 1.708,43, respectivamente, conforme os valores apontados nos demonstrativos de débito constantes da inicial dos autos.

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

INFRAÇÃO	VL LANÇADO	VL JULGDO	RESULTADO
INF. 01 – 01.02.06	51.930,01	30.097,52	PROC. EM PARTE
INF. 02 – 01.02.25	10.993,48	7.375,42	PROC. EM PARTE
INF. 03 – 01.02.26	47.763,02	28.600,45	PROC. EM PARTE
INF. 04 – 01.02.04	35.489,33	24.102,28	PROC. EM PARTE
INF. 05 – 01.05.10	8.414,91	8.414,91	PROCEDENTE
INF. 06 – 03.02.02	1.708,43	1.708,43	PROCEDENTE
TOTAL	156.299,18	100.299,01	

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 **298958.0072/21-5**, lavrado contra **CENCOSUD BRASIL COMERCIAL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 100.299,01**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII “a”, II “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 22 de setembro de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADOR