

A. I. N° - 298965.0006/22-4
AUTUADO - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS SÃO ROQUE LTDA.
AUTUANTE - JOÃO DA SILVA BORGES
ORIGEM - DAT NORTE / IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 30/06/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0118-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS COM SAÍDAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. Razões de defesa elidi a autuação, inclusive com manifestação expressa de concordância de agente Fiscal estranho ao feito, em sede de informação fiscal. Item insubsistente; **b)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Razões de defesa elidi em parte a autuação, com reconhecimento da defesa da imputação não elidida, inclusive com concordância expressa de agente Fiscal estranho ao feito em sede de informação fiscal. Item subsistente em parte. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS. Razões de defesa elidem a autuação, inclusive com manifestação expressa de agente Fiscal estranho ao feito em sede de informação fiscal de reconhecimento de insubsistência da autuação. Item insubsistente. Acatado em parte a arguição de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 30/06/2022, exige o valor de R\$ 37.946,80, inerente aos anos de 2017 e 2018, conforme demonstrativo constantes do CD/Mídia de fl. 15, em razão das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 01 - 001.002.003: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto nos anos de 2017 e 2018, conforme demonstrativo CRÉDITO FISCAL INDEVIDO ST constantes do CD/Mídia de fl. 15 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 17.001,57 com enquadramento no art. 29, § 2º, da Lei 7.014/96, c/c art. 310, inciso I, alínea “a”, 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 - 001.002.006: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária nos anos de 2017 e 2018, conforme demonstrativo CRÉDITO FISCAL INDEVIDO ST constantes do CD/Mídia de fl. 15 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 3.834,31 com enquadramento no art. 9º e art. 29, § 4º, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 290, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 - 002.001.002: Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios nos anos de 2017 e 2018, conforme demonstrativo CRÉDITO FISCAL INDEVIDO ST constantes do CD/Mídia de fl. 15 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$ 17.110,92, com enquadramento no art. 2º, inciso I; art. 32, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inciso I, § 6º, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 100% aplicada na forma do art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.

Às fls. 20 a 45 dos autos, o autuado apresenta sua defesa, na qual apresenta os seguintes esclarecimentos:

Diz ser uma pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ 003.705.630/0003-11, com inscrição estadual 078.143.163, sediada na Avenida Pro Bahia, 501, Tomba, CEP 44092-400, endereço eletrônico william.cerQueira@qruposaoroque.com, Feira de Santana, Bahia, vem, por seus Advogados, endereço eletrônico brunoarauio@lopesarauio.adv.br na forma e no prazo previsto no artigo 8º, § 3º e 123 do RPAF (Decreto nº 7.629/99), oferecer a sua **impugnação**, pelo que requer o exame desse Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF.

Consigna que a pretensão fiscal encontra obstáculo inarredável ao seu sucesso, como será demonstrado adiante, de forma a fulminar de improcedência o Auto de Infração, ora atacado nos termos a seguir:

I. DA DECADÊNCIA

Diz que as Infrações 01 e 02 em tela tratam de utilização de crédito fiscal indevido e o tributo, ICMS, é sujeito ao lançamento por homologação e, assim, argui sua decadência à luz das regras do art. 150 do CTN, que descreve.

Registra que o STJ, se debruçando sobre o caso de creditamento indevido, elencou dois requisitos para a aplicação do art. 150, § 4º do CTN, a declaração/escrituração e o pagamento, ainda que a menor (AgRg nos EREsp 1199262/MG), que descreve ementa.

Frisa que a escrituração é inquestionável diante da própria infração de utilização de crédito indevido e a descrição dos fatos que afirma que *“o contribuinte registrou, em sua escrita fiscal, notas fiscais de entrada”*.

Em atenção ao pagamento, em conferência no e-Fisco, diz que se pode verificar que há registros de pagamentos tempestivos de ICMS de código 0759 nos períodos fiscais de janeiro a dezembro de 2017, conforme quadro que destaca no corpo da defesa à fl. 26 dos autos.

Por tais preceitos, tratando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação, diz que é de se aplicar a regra especial para contagem do prazo decadencial contida no art. 150, § 4º, do CTN, qual seja, 5 (cinco) anos contados a partir da ocorrência do fato gerador, razão pela qual deve ser reconhecida a impossibilidade de constituição de crédito tributário das ocorrências até 21/09/2017.

Dessa feita, requer que seja reconhecida a decadência para as ocorrências do período 01/01 a 31/09/2017 em face da constituição do crédito tributário ter ocorrido em 21/09/2022 (por meio de intimação pessoal), passados mais de 5 anos da ocorrência dos fatos geradores.

II. DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

Aduz que é nulo o auto de infração que ora se hostiliza, em face da sua manifesta impropriedade, especialmente por inexistência de justa causa para a sua lavratura contra a impugnante, por incorrência de qualquer ilicitude, muito menos a irrogada na peça acusatória.

Pontua que, inexistindo justa causa para a lavratura do auto de infração sob impugnação, ilegítimo e nulo se apresenta a proposta de lançamento que ora se combate, cuja pretensão está eivada de nulidade absoluta, imprestabilizando por completo a infração aplicada.

Diz que a defendente não vulnerou os dispositivos legais inseridos no auto de infração, que deve ser anulado desde seu nascedouro em face da sua impropriedade como lançamento.

Após destaque de forma subjetiva, diz que não resta sombra de dúvida que o ato administrativo vinculado em apreço está eivado de vício por falta de validade do ato administrativo, devendo o mesmo ser desconstituído através da sanção de nulidade.

2.1 DA ACUSAÇÃO GENÉRICA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. OFENSA AO CONTRADITÓRIO.

Registra que, a peça instauradora em tela, ressentiu-se de seus requisitos básicos, o que a nulifica de imediato, inquinando todo o processo deflagrado em consequência dela, tornando-o nulo

desde seu nascedouro.

Explicar que o Autuante lavrou 4 autos de infrações e 2 notificações fiscais de lançamento diferentes para o mesmo período fiscalizado (2017 a 2019), com infrações que se repetem, demonstrativos confusos com nomenclatura diversa da capitulação legal da infração e indicação de documentos que não correspondem a infração capitulada, ocasionando dessa forma dificuldade na apresentação da defesa.

Após descrever entendimento HELY LOPES, diz que, para que se deflagre um processo, seja ele judicial ou administrativo, mister se faz, antes de tudo, formalizar-se uma acusação certa, precisa e delimitada, sobre a qual irão incidir a *ampla defesa* e o *contraditório*, com todos os meios e recursos inerentes, uns dos pilares do sistema acusatório.

Frisa que, para que alguém possa se defender eficientemente, com todos os recursos do *contraditório*, antes de tudo precisa ter conhecimento inequívoco dos fatos delituosos que lhe são imputados.

Diz, então que, de toda a fundamentação legal e doutrinária exposta acima para o caso em tela, percebe-se que o ora Auto de Infração, que instaurou o malfadado processo administrativo contra o Autuado, em nenhum momento descreveu, adequadamente, os fatos supostamente ilícitos que lhe são imputados, a fim de possibilitar sua ampla defesa, razão pela qual tal defesa restou por toda cerceada.

III. DA IMPUGNAÇÃO

3.1 INFRAÇÃO 01. UTILIZOU INDEVIDAMENTE CREDITO FISCAL DE ICMS REFERENTE A AQUISICAO DE MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENCAO DE IMPOSTO.

Com relação à infração 01, o Fiscal Autuante entendeu que foi utilizado indevidamente credito fiscal de ICMS no valor total de R\$ 17.001,57 (Dezessete mil um real e cinquenta e sete centavos) no período de 2017 e 2018 referente a mercadorias beneficiadas com isenção relacionadas no corpo da defesa às fls. 30/31 dos autos.

Ocorre que ao analisar o demonstrativo do fiscal diz verificar que ele **descreve credito indevido referente a Mercadorias com ICMS substituído** sem qualquer relação com a infração capitulada no seu auto de infração, ou seja credito indevido referente a mercadorias isentas.

Ademais, o próprio enquadramento legal da ora infração foi fundamento nos Art. 29, § 2º da Lei nº 7.014/96 C/C art. 310, inciso I, alínea “a” do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, que tratam da não utilização de credito referente a produtos isentos.

Requer, então, preliminarmente que seja reconhecido a nulidade do auto de infração, pelo fato dos seus demonstrativos vinculados não terem relação com a capitulação da infração, cerceando dessa forma o direito de defesa da Impugnante.

Pelo princípio da eventualidade de não ser acatada a nulidade suscitada, expõe as seguintes considerações:

Assevera que o crédito em tela deve ser apropriado porque as mercadorias referenciadas no demonstrativo da acusação fiscal não estão sujeitas à isenção nem à substituição tributária, porque previstas no Anexo 1 do RICMS-BA.

Conforme parecer contábil, que diz encontrar anexo ao presente PAF, verificou que o Autuante informou que não deveria ter o aproveitamento do ICMS nos produtos com NCM 19053100 e 82121020, mas as operações com esses produtos tratam-se de devoluções de vendas que tiveram o débito de ICMS na saída, com isso o crédito na devolução refere-se à uma anulação da operação anterior, estando correto o aproveitamento do crédito.

Diz, também, que a Nota Fiscal nº 112141 emitida em 02/02/2018 teve o aproveitamento do ICMS na “Fralda” devido estar na exceção do regime de substituição tributária para esse item em 01/01/2018, conforme o **Código Especificador da Substituição Tributária-CEST** fundamentado

no Decreto nº 18.085/2017.

Destaca que as Notas Fiscais nºs 66716 de 27/09/2017 e 74225 de 27/11/2017 tiveram o aproveitamento correto do ICMS nos itens com NCM 2008.19.00 devido a tratar-se de “*milho de pipoca*” para micro-ondas que não estão sujeitos ao benefício fiscal contido no art. 16 da Lei nº 7.014 de 1996.

Diz que o item vaselina com NCM 2710.19.91 apontado na Nota Fiscal nº 130740 emitida em 16/03/2017 é tributado normalmente conforme inciso I, artigo 15 do RICMS/BA, não sendo aplicado benefícios fiscais como diferimento, isenção, não incidência, suspensão e nem substituição tributária.

Frisa que as notas fiscais emitidas em janeiro de 2017 possuem itens que passaram a ser substituição tributária somente a partir de 01/02/2017, conforme o Decreto nº 17.454/2017, com isso o valor aproveitado de ICMS de R\$ 4.577,33 está correto por se tratar de um período que a tributação do produto era normal.

Dessa forma, diz que tais produtos relacionados no demonstrativo pela autoridade fiscal são tributados integralmente, sendo correto o seu aproveitamento de crédito, sendo descabida a fundamentação legal do fiscal autuante nos termos do art. 29, § 2º da Lei nº 7.014/96 C/C art. 310, inciso I, alínea “a” do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Aduz que resta evidenciado que deve ser julgado procedente parcial a infração 01, **no valor de R\$ 8.976,58 (oito mil novecentos e setenta e seis e cinquenta e oito centavos)**, devendo ser mantida a utilização de crédito para os demais produtos, por não restar caracterizada utilização indevida de crédito.

3.2 INFRAÇÃO 02. UTILIZOU INDEVIDAMENTE CREDITO FISCAL DE ICMS REFERENTE A MERCADORIA ADQUIRIDA COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

Em atenção à infração 02, diz que o Fiscal Autuante entendeu que foi utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor total de R\$ 3.834,31 (Três mil oitocentos e trinta e quatro reais e trinta e um centavos) no período de 2017 e 2018 referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

Ocorre que ao analisar o demonstrativo do fiscal verifica-se produtos que não estão no Anexo I do RICMS/12 na época dos fatos geradores.

Diz, também, que cabe mencionar que tais produtos também não são isentos, *FLOCAO VITAMILHO LEITE COCO*, *FLOCAO VITAMILHO PICANHA*, *FLOCAO VITAMILHO CALABRESA* pois não são produtos essenciais ao consumo popular que compõe a cesta básica. Traz aos autos figura ilustrativa no corpo da defesa à fl. 34 dos autos.

Aduz que, com base no que consta no Convênio ICMS 224/2017, a isenção do ICMS é para produtos essenciais ao consumo popular que compõe a cesta básica, nos termos abaixo:

Cláusula primeira Ficam os Estados do Acre, Amapá, Bahia e Paraná autorizados, na forma e condições definidas em sua legislação, a conceder isenção do ICMS nas operações internas com produtos essenciais ao consumo popular, que compõem a cesta básica. (Redação original, efeitos até 27.04.21.

Registra que o Estado da Bahia recebeu tal normativa no Art. 265, inciso II do RICMS-BA estabelecendo isenção de ICMS para Arroz, Feijão, Sal de Cozinha, Fubá de Milho e Farinha de Milho componentes da cesta básica, **com base no benefício** do Convênio ICMS 224/2017:

Art. 265. São isentas do ICMS:

II - as saídas internas de:

(...)

c) arroz e feijão (Conv. ICMS 224/17);

d) sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho (Conv. ICMS224/17);

Menciona que os produtos CASTANHA CAJU LA VIOLETERA, SACA ROLHAS E PANO DE PRATO também não estão no anexo I do RICMS/BA nem são isentos.

Destaca que conforme parecer contábil em anexo foi identificado que os itens com NCM 1104.1S.C0 e 1104.29.00 tiveram o aproveitamento do ICMS corretamente, por se tratarem de produtos com incidência do ICMS, conforme inciso I, artigo 15 do RICMS/BA, não se aplicando benefícios fiscais como diferimento, isenção, não incidência, suspensão do ICMS e nem substituição tributária.

Mencionou ainda que as Notas Fiscais nºs 62065, 130712, 488916 e 492018 emitidas em 16/10/2017, 20/03/2017, 26/04/2018 e 15/05/2018 tiveram o aproveitamento normal do ICMS, tendo em vista que os NCMs dos itens não possuem benefícios fiscais como diferimento, isenção, não incidência, suspensão do ICMS e nem substituição tributária.

Por último, diz que o fiscal apontou que não deveria ter o aproveitamento de ICMS nos produtos com NCM.11.04.19.00 na Nota Fiscal nº 809762, porém; conforme o supracitado parecer a referida nota fiscal é relativa à operação de devolução de venda, que teve o débito de ICMS na saída, com isso, o crédito na devolução é uma anulação da operação anterior com direito ao crédito, nota de venda nº 1837460, chave de acesso 2918 0203 7056 3000 0311 5500 1001 8374 6011 1102 6028.

Dessa forma, diz que tais produtos relacionados no demonstrativo pela autoridade fiscal são tributados integralmente, sendo correto o seu aproveitamento de crédito, sendo descabida a fundamentação legal do fiscal autuante nos termos do art. Art. 29, § 2º da Lei nº 7.014/96 C/C art. 310, inciso I, alínea “a” do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Frisa que foram incluídas na acusação de crédito indevido, mercadorias tributadas no regime normal do ICMS, as quais estão fora do regime da substituição tributária, ou isenção, fato que autoriza o creditamento do imposto destacado no documento fiscal, restando totalmente improcedente a infração 02

3.3 INFRAÇÃO 03. DEIXOU DE RECOLHER NO PRAZO REGULAMENTAR, ICMS REFERENTE AS OPERACOES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PROPRIOS

Diz que, com base no lançamento, entendeu o Fiscal Autuante que o Impugnante deixou de escriturar diversas Notas Fiscais autorizadas no sistema da Secretaria da Fazenda.

Pontua que, após levantamento das notas fiscais apontadas como não registradas no demonstrativo do Auto de Infração, cabe afirmar que não procede a informação do Fiscal Autuante.

Aduz que, conforme parecer contábil em anexo a Nota Fiscal nº 508546 emitida em 02/03/2017 foi estornada pelo próprio fornecedor através da Nota Fiscal nº 510264. Diz que foi verificado por amostragem que as notas fiscais relacionadas no auto de infração pelo Auditor Fiscal, tiveram a manifestação de desconhecimento da operação realizada pela Autuada. A Nota Fiscal nº 858714 emitida em 21/12/2017 foi estornada pelo fornecedor através da Nota Fiscal nº 19399 com série 2.

Diz que as Notas Fiscais nºs 272823 emitida em 30/01/2018, 272876 emitida em 01/02/2018, 272014 emitida em 23/11/2017, 273293 emitida em 26/02/2018, 11463 emitida em 18/01/2017, nota 11697 emitida em 20/01/2017, 12298 emitida em 26/01/2017 e Nota Fiscal nº 12543 emitida em 30/01/2017 foram devidamente escrituradas pela empresa e trata-se de aquisições de material para uso e consumo.

Observa que as notas fiscais objeto da Infração 03, não foram registradas por desconhecer a operação veiculada pelos remetentes, fazendo na época o que determina o § 17 do Art. 89 do RICMS/2012, que destaca.

Dessa forma, diz ter apresentado tempestivamente manifesto de desconhecimento de operação das notas fiscais relacionadas na planilha (fl.38), conforme protocolos que diz anexar.

Com relação à infração nº 03, diz que se pode notar que o Fiscal Autuante também capitulou a infração no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, aplicando multa no importe de 100% do valor do imposto.

Diz ocorrer que, na fundamentação legal da multa aplicada, não existe especificação de qual alínea se aplica o caso em tela a fim de propiciar a ampla defesa do Impugnante, conforme se

observa da normativa abaixo existem 7 possibilidades de descrição legal, que descreve.

Dessa feita, vem requerer a nulidade da infração, por cerceamento do direito de defesa.

Ademais, diz que, pelo princípio da eventualidade, caso entenda pela aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, que seja aplicado o inciso XXII do Art. 42 da Lei nº 7.014/96.

XXII - RS 460.00 (quatrocentos e sessenta reais), em caso de descumprimento de obrigação acessória sem penalidade prevista expressamente nesta Lei.

IV. DO PEDIDO

Protesta provar o alegado por todos os meios de provas admitidas, ainda que necessária a conversão do julgamento em diligências, sobretudo para juntada de documentos em poder de terceiros, perícias etc.

Assim sendo, pelos fatos e fundamentos explicitados na presente impugnação, requer:

- a. Seja reconhecida e declarada a extinção do crédito tributário pela decadência para as ocorrências no auto de infração do período 01/01 a 21/09/2017 e a nulidade do processo por cerceamento de defesa;
- b. Seja parcialmente anulada a infração nº 01, na medida em que a Impugnante se creditou corretamente de ICMS de alguns produtos, reconhecendo o valor pago parcial das infrações conforme comprovante de pagamento do DAE em anexo;
- c. Seja inteiramente anulada a infração nºs 02 e 03, na medida que foi comprovado o pagamento correto do valor correspondente ao ICMS e a improcedência da ausência de registro fiscal; pelo princípio da eventualidade que aplique a multa do inciso XXII do Art. 42 da Lei nº 7.014/96;
- d. Por fim, requer que as intimações relativas ao presente processo, sejam realizadas em nome de Bruno Robério Garcia Melo Lopes De Araújo, OAB/BA 34.609, com endereço profissional na Rua Dr. Sabino Silva, 976, Ponto Central, CEP 44.075-085 - Feira de Santana (BA) - Tel.: (75) 3221-1560, sob pena de nulidade processual.

Às fls. 80/81 têm-se Informação Fiscal produzida por auditor estranho ao feito, tendo em vista a aposentadoria do agente Autuante. Sobre o objeto, assim informa o agente estranho ao feito:

- **DA DECADÊNCIA** - Requer reconhecimento de decadência de todas as infrações do período de 01/01/2017 a 30/09/2017, em face da constituição do crédito em 21/09/2022 (por meio de intimação pessoal).

Informa que, como este tema já está pacificado nesta colenda Corte, deixa de opinar quanto a isto.

- **DA NULIDADE** – Por suposta impropriedade, inexistência de justa causa para a lavratura, por inocorrência de qualquer ilicitude, cerceamento de defesa, ofensa ao contraditório.

Informa que não há qualquer elemento que possa justificar tal pretensão. Prova disto é que o litigante, na sequência, foi capaz de apresentar suas razões de defesa sem qualquer embaraço.

- **DA INFRAÇÃO 01** – Alega que vários produtos foram equivocadamente tidos pelo colega autuante como sendo isentos, daí a glosa do crédito objeto desta imputação. Traz uma planilha com análise item a item.

Informa que efetivamente, tal argumento deve ser acatado. Refez a planilha com a devida correção. O resultado encontra-se no arquivo chamado “**Inf. 01_Revisada**”, em CD anexado a esta Informação Fiscal, e com a fl. de rosto apensada a este texto.

- **DA INFRAÇÃO 02** – De igual modo, alega que vários produtos foram equivocadamente tidos pelo colega autuante como sendo da S.T., daí a glosa do crédito objeto desta imputação. Traz

uma planilha com análise item a item.

Informa que tal argumento deve ser acatado. Os produtos elencados pelo colega autuante são de tributação normal, não cabendo glosa de crédito.

- DA INFRAÇÃO 03 – Aqui, a defesa argumenta que algumas N.F. tiveram o registro da “*manifestação de desconhecimento*”, na forma do parágrafo 17 do Art. 89 do RICMS, outras foram efetivamente escrituradas como uso e consumo e outras foram estornadas pelo fornecedor. Traz uma planilha com análise item a item.

Informa acatar o argumento defensivo, exceto quanto à “*manifestação de desconhecimento*”, em vista da falta de comprovação do alegado. Refez a planilha com a devida correção. O resultado encontra-se no arquivo chamado “*Inf. 03_Revisada_201 ...*”, em CD anexado a esta Informação Fiscal, e com a fl. de rosto apensada a este texto.

Diante do exposto, propõe que este Auto de Infração seja tido como procedente em parte por este egrégio colegiado.

Às fls. 90/99 têm-se manifestação do sujeito passivo em relação a Informação Fiscal de fl. 80/81 nos seguintes termos:

Repete todos os argumentos defensivo relativamente às infrações 01 e 02. Em relação a infração 01 diz que resta evidenciado que deve ser julgado procedente parcial a infração 01 no valor de R\$ 8.976,58. Por sua vez em relação a infração 02 diz que resta evidenciado que deve ser julgado improcedente a infração 02.

Quanto a infração 03, diz que o agente Fiscal reconheceu parcialmente os argumentos de defesa, exceto quanto a “*manifestação de desconhecimento*”, em vista da suposta falta de comprovação do alegado na peça de defesa.

Em seguida diz que, com fulcro no princípio da verdade material, cabe explicar que houve a apresentação do manifesto de desconhecimento da operação das notas fiscais relacionadas a título exemplificativo na planilha descrita no corpo da manifestação à fl. 95/98 dos autos, com cópia das citadas manifestações de desconhecimento apensadas às fls. 102/205 do presente PAF.

À fl. 209 têm-se nova Informação Fiscal produzida pelo agente Fiscal estranho ao feito, em que destaca que a defendente continua a insurgir contra a infração 03. Em seguida diz que acata os argumentos defensivos e propõe a extinção da infração 03.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr^a Juliana de Albuquerque Sobral, OAB/BA nº 20.599, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

Inicialmente suscita, o sujeito passivo, aspectos de nulidade do Auto de Infração, em tela, por acusação genérica da imputação fiscal e ausência de motivação, concorrendo para a cerceamento do direito de defesa e ofensa ao contraditório, princípios basilares do direito tributário.

Não é o que vejo dos elementos constitutivos do lançamento fiscal, pois se tem os demonstrativos constante do CD/Mídia de fl. 15 dos autos necessários à compreensão do defendente em relação ao que se estar exigindo na imputação fiscal, em tela, entregue por Mensagem DT-e, com ciência expressa em 19/07/2022 na forma da documentação acostada à fl. 16 dos autos, em que possibilitou a construção da peça de defesa, entrando no mérito da autuação, inclusive acatando parte da imputação de nº 02, cujo o teor fora analisado, em sede de Informação Fiscal, por agente Fiscal estranho ao feito, concordando, na sua totalidade, com os argumentos defensivos, não, na primeira Informação Fiscal, mas na segunda oportunidade que voltara aos autos, cujo teor será apresentado no momento oportuno.

Ultrapassado, então a arguição de nulidade suscitada pela defesa, que diz respeito a acusação

genérica da imputação fiscal e ausência de motivação, passo, então, as demais variáveis da lide.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS, decorrente de obrigação principal, no montante de R\$ 20.835,88, relativo a duas irregularidades; e por multa acessória, no montante de R\$ 17.110,92, relativo a uma irregularidade, conforme descrito na inicial dos autos, perfazendo o total de três infrações no valor total de R\$ 37.946,80, sendo impugnadas parcialmente a infração 01; e totalmente as infrações 02, 03.

Em primeiro plano, o sujeito passivo argui o reconhecimento de decadência de todas as 03 (três) imputações do Auto de Infração, em tela, relativo ao período de ocorrência de 01/01/2017 a 30/09/2017, em face da constituição do crédito ter sido efetivado em 21/09/2022, por meio de intimação pessoal, com a ciência da autuação, conforme expediente (*Recibo de Entrega de CD/Mídia*), de fl. 18 dos autos, consubstanciado no art. 150, § 4º, do CTN, em face da constituição do crédito tributário ter passados mais de 5 (cinco) anos da ocorrência dos fatos geradores.

Vejo, então, que assiste razão a arguição de decadência do sujeito passivo relativo aos períodos de ocorrência de 01/01/2017 a 31/08/2017 e não 30/09/2017, relativo eminentemente as infrações de nºs 01 e 02 do Auto de Infração, em tela, como arguido pela defesa, **já que ultrapassou o prazo decadencial de 5 (cinco) anos previsto no artigo 150, § 4º, do CTN**, do Estado da Bahia constituir o lançamento fiscal, na data de 21/09/2022, data de ciência do presente procedimento fiscal, isto é, data em que foi formalizado, para cobrar crédito tributário decorrente da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, relativo a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária e mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, pois, de fato, enseja a aplicação do prazo decadencial então previsto no art. 150, § 4º do CTN, **de forma que o termo inicial para a contagem do prazo é com a materialização dos fatos geradores.**

Não vejo, então, presente nos autos, relativamente as infrações de nºs 01 e 02, 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 defendente indevidamente utilizou de crédito fiscal lançado no livro fiscal próprio de valores, em que a legislação não autorizava, em razão de equívoco na interpretação da legislação competente.

Diferentemente da arguição de decadência em relação a Infração de nº 03, do Auto de Infração, em tela, **que trata da cobrança de multa por ter deixado de escriturar diversas NF-e destinadas ao Contribuinte Autuado**, que constam na base da Secretaria da Fazenda como autorizadas, **não há que se arguir a decadência de exigência do débito decorrente das operações comerciais inerentes ao período de 01/01/2015 à 30/09/2017**, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, pois se trata da constituição de um crédito tributário decorrente de multa acessória calculada no percentual de 1% sobre o valor das mercadorias em que o sujeito passivo deu entrada em seu estabelecimento e que deveria ter efetuado o lançamento na escrita fiscal e não o fez, moldando, então, essa operação 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 de nº 03**, vez que, o sujeito passivo, foi intimado do Auto de Infração em 21/09/2022, data de ciência do presente procedimento fiscal, então o Estado da Bahia teria até 31/12/2022 para constituir o lançamento, ora em análise, que o fez antes.

Tais entendimentos de decadência vêm 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.

Passo, então, a análise do mérito em relação aos saldos remanescentes das infrações de nºs 01 e 02, após o reconhecimento da decadência arguida pela defesa das datas de ocorrência até 31/07/2017, em relação a infração de nº 1; e das datas de ocorrência até 31/05/2017, em relação a infração de nº 02, ultimas datas antes da decretação da decadência do Estado da Bahia constituir o lançamento fiscal, em lide, ou seja, 21/09/2022, data de ciência do presente procedimento fiscal. Relativamente a infração de nº 03, a análise de mérito diz respeito a todo o lançamento fiscal constituído, vez que fora rechaçada toda a arguição de decadência, como acima destacado.

Bem! Relativamente a infração de nº 01, no mérito, em sede de Informação Fiscal, o agente Fiscal estranho ao feito, acata a arguição de defesa do sujeito passivo que vários produtos foram equivocadamente tidos, na constituição do lançamento, como sendo isentos então refez a planilha com a devida correção.

O resultado é apresentado no CD/Mídia de fl. 85 dos autos, arquivo chamado “*Inf. 01_Revisada*”, em consonância com o valor reconhecido de débito para a infração de nº 1, pelo próprio sujeito passivo.

Em sendo assim não vendo nada que desabone as alterações produzidas pelo agente Fiscal estranho ao feito no demonstrativo de débito remanescente da infração de nº 1 do Auto de Infração, em tela, vejo restar subsistente em parte a autuação para reclamar débito tributário do Contribuinte Autuado no valor de R\$ 8.976,58, conforme demonstrativo a seguir:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 01 -0001.002.003				
DATA VENCTO	VALOR HIST LANÇAMENTO ORIGINAL (R\$)	VALOR HIST APÓS INFORMAÇÃO FISCAL (R\$)	OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)
31/01/2017	4.577,33	0,00	DECADÊNCIA	0,00
28/02/2017	1,54	0,00	DECADÊNCIA	0,00
31/03/2017	231,26	0,00	DECADÊNCIA	0,00
31/03/2017	231,26	0,00	DECADÊNCIA	0,00
31/07/2017	51,84	0,00	DECADÊNCIA	0,00
30/09/2017	85,48	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
30/11/2017	85,48	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
28/02/2018	11.725,79	8.976,58	PROC. EM PARTE	8.976,58
30/09/2018	11,59	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
TOTAL	17.001,57	8.976,58		8.976,58

Quanto a infração de nº 02, no mérito, em sede de Informação Fiscal, o agente Fiscal estranho ao feito, acata a arguição de defesa do sujeito passivo que vários produtos foram equivocadamente tidos, na constituição do lançamento, como sendo da substituição tributária; então, analisando toda a planilha, diz que os produtos elencados, de fato, são de tributação normal, não ensejando qualquer glosa de crédito.

Em sendo assim não vendo nada que desabone a conclusão do agente Fiscal estranho ao feito, relativo ao demonstrativo de débito remanescente da infração de nº 02 do Auto de Infração, em tela, vejo restar insubsistente a autuação.

Por fim, em relação a infração de nº 03, que diz respeito a imposição de multa sobre notas fiscais (NF-e) destinadas ao Contribuinte Autuado, referente as operações não escrituradas, o agente Fiscal estranho ao feito, em sede de Informação Fiscal (fl. 80/81) acatou em parte as arguições de defesa, mantendo a multa aplicada sobre as NF-e que a defendente não teria trazido aos autos as comprovações da “*manifestação de desconhecimento*” das operações.

O defendente, por sua vez, às fls. 90/99 dos autos, apresenta demonstrativo planilha, informando todas as “*manifestações de desconhecimento*” das operações remanescentes, objeto da infração de nº 03, inclusive acostando às fls. 102/205, de forma impressa, todas as manifestações relacionadas na planilha.

Com tal juntada de documentos, o agente Fiscal estranho ao feito, manifesta à fl. 209 dos autos,

propondo, agora, a extinção da infração de nº 03 do Auto de Infração, em tela. Em sendo assim, não vendo nada que desabone tal recomendação, voto pela improcedência da imputação de nº 03 do Auto de Infração, em tela.

Às fls. 212/213 têm-se relatório extraído Sistema SIGAT, indicando pagamento e consequente recolhimento aos cofres do Estado da Bahia de valores relativo ao presente PAF.

Quanto à pretensão de que as intimações relativas ao presente processo, sejam realizadas em nome de Bruno Robério Garcia Melo Lopes De Araújo, OAB/BA 34.609, com endereço profissional na Rua Dr. Sabino Silva, 976, Ponto Central, CEP 44.075-085 - Feira de Santana (BA) - Tel.: (75) 3221-1560, sob pena de nulidade processual, há de se registrar que não existe nenhum óbice em acatar o pedido, no entanto, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência do ato processual ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do RPAF, e, em perfeita sintonia com o estabelecido no art. 127 do CTN.

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 – 001.002.003	17.001,57	8.976,58	PROC. EM PARTE
INF. 02 – 001.002.006	3.834,31	0,00	IMPROCEDENTE
INF. 03 – 002.001.002	17.110,92	0,00	IMPROCEDENTE
TOTAL	37.946,80	8.976,58	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298965.0006/22-4**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTICIOS SÃO ROQUE LTDA.**, no valor de **R\$ 8.976,58**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, com homologação dos valores recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de junho de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR