

A. I. Nº - 274068.0008/18-1  
AUTUADO - SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.  
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 19/03/2019

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0036-03/19**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** ESTORNO DE CRÉDITO NÃO EFETUADO. SAÍDAS SUBSEQUENTES EFETUADAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO. Só é permitida a utilização do crédito na proporção das saídas tributadas. Os cálculos foram refeitos pela autuante para excluir notas fiscais comprovadas. Infração subsistente em parte. **2.** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. **3.** OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Após revisão efetuada pela autuante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Infrações procedentes em parte. **4.** LIVROS FISCAIS. **a)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO E O IMPOSTO RECOLHIDO. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. **b)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NOS LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS E O IMPOSTO RECOLHIDO. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infrações comprovadas mediante levantamento fiscal. **5.** ALÍQUOTA. **a)** ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Refeitos os cálculos pela autuante, o débito ficou reduzido. **6.** BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração comprovada, de acordo com o levantamento fiscal. **7.** IMPORTAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. FALTA DE INCLUSÃO DE DESPESAS ADUANEIRAS. UTILIZAÇÃO INCORRETA DA TAXA CAMBIAL. Após revisão efetuada pela autuante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/06/2018, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$178.149,06, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.05.03: Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução, nos meses de janeiro a junho, agosto a dezembro de 2014; abril, novembro e dezembro de 2015. Valor do débito: R\$38.598,56. Multa de 60%.

Infração 02 – 02.01.02: Falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de fevereiro, março e julho de 2014; abril, agosto, novembro e dezembro de 2015. Valor do débito: R\$17.160,30. Multa de 100%.

Infração 03 – 02.01.03: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a maio, julho, novembro e dezembro de 2014; janeiro a agosto e outubro de 2015. Valor do débito: R\$2.269,29. Multa de 60%.

Infração 04 – 03.01.01: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de maio, julho e setembro de 2014. Valor do débito: R\$3.510,93. Multa de 60%.

Infração 05 – 03.01.04: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em decorrência de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, nos meses de janeiro a abril e de agosto a dezembro de 2014. Valor do débito: R\$7.261,08. Multa de 60%.

Em complemento, consta a informação de que o contribuinte lançou ICMS nos registros fiscais dos documentos de saídas de mercadorias e prestação de serviços referente a notas fiscais do anexo 7 com valor superior ao destacado no documento fiscal. Anexo 7 – Demonstrativo de Débito a Menor – DIVERGÊNCIA EFD x NF-e. Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético e NF-e.

Infração 06 – 03.01.04: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, nos meses de julho de 2014 e junho de 2015. Valor do débito: R\$305,40. Multa de 60%.

Em complemento, consta a informação de que o contribuinte lançou ICMS nos registros fiscais dos documentos de saídas de mercadorias e prestação de serviços referente a notas fiscais do anexo 3 como canceladas, quando na realidade estas notas estão autorizadas, conforme relatório do portal [www.nfe.fazenda.gov.br](http://www.nfe.fazenda.gov.br). Anexo 3 – Demonstrativo Nota Fiscal Válida lançada como Cancelada. Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético e NF-e.

Infração 07 – 03.02.02: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2014 e de janeiro a dezembro de 2015. Valor do débito: R\$5.634,86. Multa de 60%.

Infração 08 – 03.02.05: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro, fevereiro, maio a dezembro de 2014; e de janeiro a dezembro de 2015. Valor do débito: R\$2.556,02. Multa de 60%.

Infração 09 – 03.02.07: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual, no período de janeiro a outubro e dezembro de 2014; agosto e dezembro de 2015. Valor do débito: R\$31.439,19. Multa de 60%.

Infração 10 – 06.01.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de fevereiro e março de 2014; abril, maio, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2015. Valor do débito: R\$15.211,69. Multa de 60%.

Infração 11 – 12.01.01: Recolhimento do ICMS efetuado a menos pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembarço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, nos meses de setembro de 2014; setembro e dezembro de 2015. Valor do débito: R\$54.201,74. Multa de 60%.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 175 a 205 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e informa que atua no ramo de Comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, recolhendo todos os tributos vinculados a sua atividade empresarial, dentre os quais encontra-se o Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

Afirma que apesar de seguir perfeitamente a legislação pertinente ao imposto citado, foi surpreendido pelo auto de infração em epígrafe, o qual exige o pagamento de crédito tributário de ICMS no valor de R\$ 364.536,68 (trezentos e sessenta e quatro mil quinhentos e trinta e seis reais e sessenta e oito centavos), incluindo principal, moratório e multa, sendo este dividido em 11 infrações, as quais referem-se a diversos períodos, todos compreendidos entre janeiro de 2014 e dezembro de 2015.

Antes de adentrar aos fundamentos jurídicos, informa que todos os itens constantes no Auto de Infração foram justificados em procedimento fiscalizatório anterior à autuação, conforme demonstram os documentos que acostou aos autos (Páginas 35 a 37). Ressalta que outras diligências foram realizadas em relação a operações idênticas as que compõem o Auto de Infração, contudo, nessas outras situações, a fiscalização não aplicou o mesmo entendimento, o que ofende o art. 146 do CTN.

Alega que cabe a anulação do Auto de Infração, afirmando não possuir base fática alguma, em razão dos documentos já apresentados na diligência anterior à constituição do crédito tributário demonstrarem amplamente que nenhum tributo adicional é devido.

Transcreve o art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN e diz que a autoridade fiscal lançadora do crédito tributário objeto da autuação deve verificar aquilo que é realmente verdadeiro, visando tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade e, mais ainda, deve carregar todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, instruindo seus processos de forma ampla e, ao menos, suficiente para comprovar suas alegações.

Afirma que os fatos alegados pela fiscalização no Auto de Infração ora impugnado não revelam a real verdade, mas, tão somente, evidenciam que a autoridade fiscal não os investigou, e de forma não vinculada, mas discricionária, fez apontamentos sem fundamentos factuais. Contudo, conforme se depreende do CTN, arts. 3º e 142, na esfera tributária, a autoridade fiscal somente deve agir conforme a lei tributária. Se os tivesse melhor apurado, inclusive, analisando as respostas lhe enviada antes pela própria impugnante, teria averiguado os fatos justificados, de maneira que teria evitado o auto de infração ora impugnado.

Comenta sobre o princípio da estrita legalidade, citando ensinamentos do renomado jurista, Dr. Alberto Xavier. Diz que a descrição lógica, a comprovação dos fatos e a correta capituloção legal, em especial daqueles geradores de obrigação tributária, são elementos essenciais do Auto de Infração, sendo impossível sem eles conhecer os verdadeiros limites da acusação e seus derradeiros motivos, sob pena de se mutilar a regra tributária extraída do art. 142, do Código Tributário Nacional.

Afirma que o tema “nulidade” transcende a discussão *in concreto* do lançamento tributário e assume a feição de ferramenta de controle da legalidade do ato administrativo fiscal: significa dizer que o Poder Público deve agir conforme lhe prescreve a Lei.

Frisa que no caso em tela, o Auto de Infração indica a ocorrência de onze infrações, todas anotadas em um único instrumento, fato que já constitui dificuldade de produção de defesa, cabendo a alegação de nulidade, eis que fere os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Alega que, além dessa circunstância, não foram observados os princípios supracitados que informam o Direito Tributário, nem a disposição do art. 142 que rege a atividade de constituição do crédito tributário exercida pela autoridade administrativa, uma vez que as infrações fixadas no Auto de Infração possuem fundamentação genérica.

Ressalta que, diante da falta de tipicidade decorrente do uso genérico de dispositivos legais, é incontestável a nulidade do lançamento que possui falta de correlação entre a descrição da infração e o artigo tido por infringido, pois este vício causa cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, que não sabe ao certo do que se defender, ofendendo o artigo 5º, LV da CF/88.

Diz que o próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (Decreto nº 7.629/99) dispõe em seu artigo 18, IV, “a”, que será nulo o lançamento de ofício que “não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator”. No caso em análise, é evidente que a fundamentação genérica impede a determinação da infração com segurança. Ressalta que esse entendimento foi adotado em inúmeras decisões de órgãos administrativos. Citou exemplos.

Diante do exposto, entende que deve ser reconhecida a nulidade total do presente Auto de Infração, reafirmando ter constatado que a incorreta fundamentação do lançamento acarretou cerceamento do seu direito de defesa.

No mérito, quanto à infração 01, alega que tomou a correta atitude de efetuar o estorno dos créditos através da emissão de novo documento fiscal específico do estorno dos créditos, respeitando o disposto no artigo 312, § 2º, do RICMS-BA/2012.

Diz que a legislação que regula o ICMS determina que a natureza da operação seja de “Estorno de Crédito”, explicitando a origem do lançamento e o cálculo do valor do crédito estornado. Para comprovar a legitimidade dos estornos, anexa uma planilha e respectivas notas fiscais contendo todas as justificativas legais para cada mercadoria relacionada pela fiscalização (Páginas 38/63).

Ressalta que já havia sido fiscalizado pela SEFAZ-BA por conta de operações semelhantes a estas sem a ocorrência de autuação como a atual. O impugnante entendia estar cumprindo corretamente a disposição do Fisco Estadual, uma vez que não havia sofrido glosa sobre o tema, estando ele cumprindo seu dever. Sendo assim, entende que não descumpriu o dever legal exposto no mencionado artigo 312 do RICMS-BA/2012, uma vez que cumpriu com o dever de emissão de documento fiscal de estorno, tendo informado a ocorrência do mesmo, cumprindo, assim, a obrigação acessória legal imputada.

Conclui que não há outra medida que a anulação desta infração, reafirmando que cumpriu todos os requisitos expostos na legislação competente, devendo a mesma ser anulada.

Infração 02: Alega que as Notas Fiscais e a planilha anexas (Páginas 64 a 155) demonstram que as operações listadas nesta infração possuem os respectivos documentos fiscais, e sofreram a correta tributação, porém, há interpretação equivocada pela fiscalização.

Diz que esta constatação equivocada a que chegou a Fiscalização, decorre basicamente da situação em que o sistema informatizado da SEFAZ-BA algumas vezes, se encontra ‘em manutenção’. Nestes casos, ele permite a emissão de notas fiscais do tipo ‘em contingência’, sendo que, posteriormente, quando ele retorna a operar normalmente, há um processamento automático dessas notas fiscais ‘em contingência’ pelo próprio sistema da SEFAZ-BA, validando-as e gerando um número correspondente à chave eletrônica.

Informa que neste sistema são então gerados dois números de notas fiscais: da nota fiscal quando ele está em manutenção (em contingência e um segundo e diferente número quando ele retorna a operar normalmente (chave eletrônica). Também informa que escritura no Sped Fiscal sempre a nota fiscal com o primeiro desses números, gerado no tipo ‘em contingência’, contudo, a fiscalização pretende cobrar nessa infração o débito da mesma operação de saída, porém, do número gerado na validação (chave eletrônica). Ou seja, a pretensa cobrança incorrerá em duplicidade sobre uma única operação. Mas isso ocorre, única e exclusivamente, por conta do sistema informatizado da SEFAZ-BA, que, de forma automática, gera dois números de notas fiscais sobre uma mesma operação de saída.

Desta forma, em que pesem os inconvenientes ocorridos, entende que não há que se falar em falta de recolhimento do ICMS, uma vez que os documentos fiscais foram emitidos e a devida tributação foi realizada, sendo que, a fiscalização pretende cobrar ICMS em duplicidade.

Diz que a Fiscalização deve guardar estrita obediência aos princípios que regem a Administração Pública, dentre os quais se destacam o da motivação e o da legalidade. Sendo assim, jamais poderia a Fiscalização desconsiderar os documentos fiscais emitidos pelo Impugnante sem o levantamento e o exame completo de toda a sua documentação contábil e fiscal.

Acrescenta que, justamente para resguardar os particulares de eventuais atos arbitrários por parte do Poder Público, é necessário que toda e qualquer irregularidade eventualmente verificada esteja severamente atrelada ao princípio da verdade material. Sobre a matéria, cita ensinamento de Alberto Xavier.

Afirma que não houve o empenho necessário para a busca da verdade material por parte da Fiscalização, no que tange à verificação da regularidade das operações realizadas, o que fez com que o processo investigatório fosse superficial, por isso, entende que deve ser determinada a nulidade do Auto de Infração, para que se retorne o processo à origem e seja feita uma regular instrução probatória, com o que se verá que estas operações foram corretamente tributadas.

Infração 03: Alega que a Fiscalização considerou uma grande parcela de operações às quais não há a ocorrência tributação para efetuar a autuação, conforme detalhadamente evidenciado na planilha que acostou aos autos, onde são esclarecidos cada item da ação utilizada pela autuante (Páginas 156 a 187).

Dentre essas inclusões destaca a indevida tributação de produtos isentos e que estão sujeitos ao regime de substituição tributária, na qualidade de substituída, conforme RICMS-BA/2012. Informa que, no rol dos produtos isentos destaca a inclusão indevida de produtos como jardineira de legumes e favas (art. 265, I, “a” do RICMS/2012).

Afirma que se deve considerar, também, produtos os quais o impugnante não é obrigado a recolher o tributo, por decorrência da substituição tributária na operação anterior. Dentre os produtos nessa situação, destaca: pão de queijo (item 11.18 do Anexo I do RICMS/2012), presunto cru espanhol (item 11.31 do Anexo I do RICMS/2012).

Nesse caso, entende que se deve considerar a nulidade desta infração, ante a inclusão indevida de diversos produtos os quais são isentos ou que estão sujeitos à substituição tributária, sendo ela substituída na operação em questão.

Ressalta que indevida base de cálculo da atuação é motivo suficiente para a nulidade da infração em questão, conforme o art. 18, IV, “a” do RPAF-BA/99, Decreto nº 7.629/1999, que regula o procedimento administrativo fiscal no estado da Bahia.

Diz que, no caso da autuação em análise, pela inclusão de diversos produtos os quais não são tributáveis na operação em questão (isentos ou sujeitos a substituição tributária) não é possível determinar com segurança a infração, uma vez que sequer foi demonstrado pela Fiscalização que mencionados produtos não são isentos ou ainda que a impugnante teria a responsabilidade pelo recolhimento dos produtos em operação de substituição tributária.

Nesse passo, afirma que a infração deve ser considerada nula devendo ser ela afastada no auto em questão.

Infração 04: O impugnante diz que reconhece ser devido o valor apontado pela Fiscalização, contudo, entende ser necessária a realização de diligência e elaboração de novo Auto de Infração, com a correta determinação do montante devido, bem como das multas e juros sobre ele incidentes.

Infrações 05 e 06: Diz que reconhece ser devido parte do valor apontado pela Fiscalização, contudo, é impossível mensurar através da autuação o valor total devido, conforme demonstra planilha anexa (Páginas 188 a 232).

Entende ser imprescindível a realização de diligência fiscal para determinação correta do montante devido na presente infração.

Infração 07: Alega que a acusação se mostra imprecisa quando se analisa pormenoradamente os produtos, os quais se alega a diferença de alíquota, diferenças estas presentes nas planilhas e notas fiscais anexas (Páginas 233 a 284, Planilha em arquivo digital - CD).

Para melhor demonstrar seu ponto, analisa o período “Data da Ocorrência” 30/06/2014. Diz que neste mencionado período tem-se a indevida alteração das alíquotas dos produtos importados abrangidos pela Resolução nº 13/2012 do Senado Federal, que reduziu as alíquotas do ICMS dos produtos importados à 4%, bem como a indevida determinação da alíquota de 17% sobre produtos cuja alíquota é 7%, nos termos do disposto no artigo 16, I, do Decreto nº 7.014/1996.

Da relação dos produtos os quais a tributação se dá através da alíquota de 4%, por serem produtos importados, nos termos da Resolução nº 13 do Senado Federal, destaca os seguintes produtos:

1. Águas importadas (Perrier e San Pellegrino) - Valor a maior indevidamente cobrado: R\$ 61,43;
2. Filé de Salmão Defumado - Valor a maior indevidamente cobrado: R\$ 501,60;
3. Picanha Importada Uruguaia - Valor a maior indevidamente cobrado: R\$ 16,46.

No tocante à alíquota de 7% do ICMS, referente ao disposto no artigo 16, I, “a” da Lei nº 7.014/1996, no mesmo período utilizado como exemplo, tem o seguinte produto com a tributação indevida: (i) milho branco para canjica - Valor a maior indevidamente cobrado: R\$ 184,98.

Diz que a mesma imprecisão ocorre nos demais períodos os quais o impugnante foi autuado, onde não foi verificada a correta origem ou tipo do produto. Afirma que não há outra decisão para a presente autuação que a declaração de sua nulidade, uma vez que ocorreu a indevida inclusão de produtos cuja tributação é diferenciada.

Infração 08: Informa que reconhece ser devido parte do valor apontado pela Fiscalização, contudo, diz ser impossível mensurar através da autuação o valor total devido, conforme demonstra planilha anexa. Entende ser imprescindível a realização de diligência fiscal para determinação correta do montante devido na presente infração.

Infração 09: Alega que a Fiscalização novamente incorreu em equívoco, uma vez que a planilha e os documentos anexos demonstram que para os casos listados nesta infração aplicam-se as seguintes justificativas nas operações devidamente apontadas na planilha (Páginas 285 a 287. Planilha em arquivo digital - CD):

1. A Nota Fiscal foi emitida como “isento” em virtude de um erro cadastral, porém, o cliente é contribuinte do ICMS, conforme Inscrição Estadual (extrato da Situação Cadastral SINTEGRA anexo).
2. A cobrança não procede, tendo em vista que as mercadorias vendidas com CFOP 6403 permitem a utilização dos créditos, conforme previsão estabelecida no art. 301, incisos I e II do RICMS-BA/2012, Decreto 13.780/2012.

Alega que estas inconsistências fáticas verificadas no levantamento fiscal, representam montante significativo do valor autuado, o equivalente a 62%, sendo que este montante merece ser anulado, uma vez que os casos listados pelo Fisco, mais uma vez, sequer enquadram-se na justificativa apresentada para a infração na qual estes foram enquadrados.

Infração 10: Alega que a exigência fiscal não procede, uma vez que o impugnante está inserido no Programa de Promoção do Desenvolvimento da Bahia - PROBAHIA, conforme a Resolução nº 001/2015 do Fundo de Desenvolvimento Social e Econômico - FUNDESE:

Ressalta que o mesmo FUNDESE ratificou a resolução acima mencionada, através da Resolução nº 008/2015. Diz que na Resolução nº 001/2015 foi concedido ao impugnante o direito ao diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, na aquisição de bens para compor o ativo imobilizado

da empresa, para o momento da desincorporação, nos termos do art. 286, §§ 13, 14, 15, XXV, do RICMS/BA.

Afirma que esta infração se mostra indevida, uma vez que o impugnante está abarcado pela excludente de ilicitude do exercício regular do seu direito de deferimento do débito.

Infração 11: Informa que essa mesma infração foi objeto do Auto de Infração nº 210425.0023/14-8, o qual já foi devidamente quitado, conforme documento anexo (Páginas 288 a 301).

Afirma que, no caso dos autos em questão, o crédito tributário cobrado pela Fazenda Estadual já foi devidamente reconhecido e quitado no Auto de Infração nº 210425.0023/14-8, não se mantendo a presente infração, ante a perda do seu objeto.

Caso de esta JJF considere que não é possível anular o auto de infração em sua integralidade, o defendantente entende ser necessária a realização de diligência fiscal para a apuração correta da infração fiscal imputada. Tal condição é possibilitada pelo art. 123, § 3º do RPAF-BA/99, que entende ser possível a baixa dos autos para a realização de diligência. A depender da evidência de erros ou da complexidade da matéria em questão, a defesa poderá requerer a realização de diligência ou Perícia fiscal, nos termos do art. 145.

Por fim, o defendantente pleiteia pela total anulação do Auto de Infração, pedindo que seja acolhida a preliminar de nulidade apontada, tendo em vista a alteração no procedimento de fiscalização em relação a outras diligências já realizadas em relação a operações idênticas (art. 146, CTN).

Subsidiariamente, ultrapassada a preliminar, sejam acolhidas as prejudiciais de mérito quanto à violação ao princípio da verdade material, específico das impugnações administrativas, bem como, do cerceamento de defesa, decorrente da violação ao princípio da tipicidade tributária, estrita legalidade tributária e reserva de lei, em face da total falta de correlação de fundamentos legais com os fatos supostamente apontados.

Na remota hipótese de ultrapassadas a preliminar e as prejudiciais, no mérito, a anulação do Auto de Infração é medida que se impõe, em razão de erros na capitulação dos 'fatos' em todas as infrações apontadas pela autoridade fiscal, de maneira que suas acusações não espelham os fatos reais praticados, mas, pelo contrário, evidenciam a regularidade dos créditos fiscais de ICMS apropriados pela Impugnante, conforme documentos comprobatórios anexos.

Caso a autoridade julgadora entenda que os elementos comprobatórios anexados, ou juntados pela fiscalização, não são suficientes para sua acertada decisão, que o julgamento seja revertido em diligência, visando apontar e aferir a legalidade e regularidade das operações ora impugnadas.

A autuante presta informação fiscal às fls. 479 a 497 dos autos. Contesta a preliminar de nulidade apresentada pelo defendantente, afirmando que não procedem as alegações defensivas, haja vista que se encontram às fls. 01 a 07 do PAF, as descrições das infrações com o devido enquadramento e multas aplicadas, atendendo ao que determina o art. 18 do RPAF-BA/99, e os anexos do Auto de Infração foram entregues ao contribuinte conforme fls. 172 e 173. As planilhas são claras e objetivas, contém diversas informações sobre as operações como data, número do documento, código do produto, descrição do produto, NCM, preço, alíquota e todas as informações necessárias para a demonstração das infrações. Constam no auto os documentos e provas necessárias, a escrita fiscal e notas fiscais constantes no arquivo magnético, fls. 168 a 170 e os relatórios dos portais <http://www.nfe.fazenda.gov.br>. Os valores reclamados na autuação se basearam nas notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital - EFD, documento gerado pelo próprio autuado, e em momento algum o impugnante questionou as informações da EFD.

Quanto ao argumento defensivo de cerceamento do direito de defesa e inadequação da capitulação do Auto de Infração, constituindo dificuldade na produção da defesa, afirma que não houve o alegado cerceamento de defesa, pois o lançamento fiscal foi emitido conforme as normas da SEFAZ/BA. Os lançamentos fiscais devem representar as irregularidades encontradas. Neste PAF foram 11 infrações.

Diz que o deficiente argui que as infrações fixadas no AI possuem fundamentações genéricas e que não se enquadram nas hipóteses descritas para as infrações apontadas. Porém, a alegação não procede, conforme análise efetuada em relação a cada item da autuação, citando o respectivo enquadramento legal, concluindo que o auto de infração seguiu o que estabelece os dispositivos legais: art. 129, § 1º, III COTEB, Lei nº 3.956/81, art. 142 do CTN e art. 5º, LV, da CF. A impugnação apresentada é prova de que o deficiente entendeu as infrações e não houve cerceamento de defesa.

No mérito, quanto à infração 01, diz que não procede a alegação defensiva, haja vista que de acordo com o art. 312, § 2º do RICMS/BA, o contribuinte deve consignar a respectiva importância no Registro de Apuração do ICMS, no último dia do mês, no quadro “Débito do Imposto - Estornos de Créditos”. Através de consulta dos REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - OPERAÇÕES PRÓPRIAS em PDF, na mídia das folhas 168, pode-se constatar que não houve o lançamento no campo Estorno de Crédito referente ao art. 6º do Decreto nº 7.799/00.

Informa que a maioria das notas apresentadas pela deficiente, folhas 38 a 63 da defesa e 212 a 237 do PAF, referem-se a estorno de débito de operações anteriores. Analisa cada uma das notas fiscais:

Nota 376.587 – A empresa fez uma devolução de mercadoria com o CFOP 6.202, NF 376.063, e se creditou através da nota fiscal 376.587, folhas. Será excluída no ANEXO 14 - ESTORNO DE CRÉDITO – SOST – INFORMAÇÃO FISCAL.

Nota 386.660 – A empresa efetuou operação de saída com CFOP 6.910 através da 384.975, folha 215, e estorno de débito através da NF 386.660, folhas 216. Será excluída no ANEXO 14 - ESTORNO DE CRÉDITO – SOST – INFORMAÇÃO FISCAL.

Nota 392.579 – A empresa efetuou operação de saída com CFOP 6.910 através da 390.845, folha 217, e estorno de débito através da NF 392.579, folhas 218. Será excluída no ANEXO 14 - ESTORNO DE CRÉDITO – SOST – INFORMAÇÃO FISCAL.

Nota 405803 – Refere-se à importação através da DI 14/1597847-8. O deficiente não elidiu a cobrança do estorno de débito referente esta nota.

Nota 404.669 – Emitida para neutralizar a nota fiscal 405802. Será excluída no ANEXO 14 - ESTORNO DE CRÉDITO – SOST – INFORMAÇÃO FISCAL

Nota 412.301 - A empresa efetuou operação de saída com CFOP 6.910 através da 409.067, folhas 224, e estorno de débito através da NF 412.301, folha 225. Será excluída no ANEXO 14 - ESTORNO DE CRÉDITO – SOST – INFORMAÇÃO FISCAL.

Nota 415.181 - A empresa efetuou operação de saída com CFOP 6.910 através da 413.821, folhas 226, e estorno de débito através da NF 415.181, folha 227. Será excluída no ANEXO 14 - ESTORNO DE CRÉDITO – SOST – INFORMAÇÃO FISCAL.

Nota 422.845 - A empresa efetuou operação de devolução com CFOP 5.202 através da 422.849, folhas 229, e estorno de débito através da NF 422.845, folha 228. Será excluída no ANEXO 14 - ESTORNO DE CRÉDITO – SOST – INFORMAÇÃO FISCAL.

Nota 434.869 - A empresa efetuou operação de saída com CFOP 6.910 através da 431.957, folhas 230, e estorno de débito através da NF 434.869, folha 231. Será excluída no ANEXO 14 - ESTORNO DE CRÉDITO – SOST – INFORMAÇÃO FISCAL

Nota 456.360 - A empresa efetuou operação de saída com CFOP 6.910 através da 451.921, folhas 232, e estorno de débito através da NF 456.360, folha 233. Será excluída no ANEXO 14 - ESTORNO DE CRÉDITO – SOST – INFORMAÇÃO FISCAL.

Nota 503.718 - A empresa efetuou operação de devolução com CFOP 6.202 através da 502.852, folhas 234, e estorno de débito através da NF 503.718, folha 235. Será excluída no ANEXO 14 - ESTORNO DE CRÉDITO – SOST – INFORMAÇÃO FISCAL.

Nota 503.716 - A empresa efetuou operação de devolução com CFOP 6.202 através da 502.851, folhas 236, e estorno de débito através da NF 503.716, folha 237. Será excluída no ANEXO 14 - ESTORNO DE CRÉDITO – SOST – INFORMAÇÃO FISCAL.

Conclui que, se o Órgão Julgador concordar com a metodologia adotada, o valor exigido fica reduzido, conforme o ANEXO 14 - ESTORNO DE CRÉDITO – SOST – INFORMAÇÃO FISCAL.

Infração 02: Diz que o defensor alega que escritura a nota fiscal em contingência, e as notas do anexo 2 são as notas definitivas correspondentes. Por isso, não há o que ser reclamado. Anexou as notas em contingência nas folhas 64 a 155 da defesa, 238 a 329 do PAF.

Afirma que a alegação defensiva não prospera para todos os casos. No demonstrativo da defesa, folhas 238 a 260 do PAF, constam explicações que não justificam a improcedência da infração, como por exemplo: nota aprovada somente no dia 16/07/2014, não foi importada para a EFD; nota impressa em contingência, não foi importada para a EFD; e, por um erro sistêmico, notas não foram importadas para a EFD.

Informa que a NF 498030 existe e foi emitida para OMAMORI IND DE ALIM LTDA. A NF 490.031 foi emitida para IND DE ALIM E TRANSPORTE MARLEME LTDA. Portanto são notas distintas.

Foi verificado se na EFD constam as notas em contingência apresentadas. Em caso afirmativo estas notas foram excluídas do ANEXO 15 - DEMONSTRATIVO DE NF-e NÃO LANÇADA - INFORMAÇÃO FISCAL.

Também informa que o contribuinte foi notificado através da intimação 10, fls. 16 a 21, a comprovar o lançamento das notas em questão e não se manifestou. Conclui que, se o Órgão Julgador concordar com a metodologia o valor fica conforme o ANEXO 15 - DEMONSTRATIVO DE NF-e NÃO LANÇADA - INFORMAÇÃO FISCAL.

Infração 03: Reproduz a alegação defensiva de que as mercadorias tributadas pela fiscalização são isentas ou sujeitas a substituição, conforme notas 156 a 187 da defesa, 330 a 361.

Diz que o defensor também argui que no caso da autuação em questão, pela inclusão de diversos produtos os quais não são tributáveis na operação em questão (isentos ou sujeitos a substituição tributária) não é possível determinar com segurança esta infração, uma vez que sequer foi demonstrado pela Fiscalização que mencionados produtos não são isentos ou ainda que o impugnante teria a responsabilidade pelo recolhimento dos produtos em operação de substituição tributária.

Afirma que a arguição não procede. Cabe à Fiscalização determinar se os produtos são tributáveis. Se a empresa classifica como isentos ou substituídos é questão administrativa dela e está sujeita a correções. Seria uma adivinhação saber por que o contribuinte não considerou a mercadoria não tributada. Quem bem conhece a classificação que o contribuinte deu a mercadoria é o próprio contribuinte.

Em relação aos produtos BROCOLIS CONG ATI GEL 6X1.5KG, ERVILHA CONG ATI GEL 10KG, FAVA CONG 16X400G, JARDINEIRA CONG ATI GEL 4X2.5KG, MANDIOCA PALITO CONG ATI GEL 4X2.5KG, diz que o defensor alega que conforme art. 265, I, "a", do RICMS-BA e Convênio ICM 44/75, § 4º os itens são isentos.

Diz que a alegação do autuado não procede em relação a produtos congelados, tendo em vista que produto congelado não encontra-se em estado natural e não é resfriado, portanto estes itens estão sujeitos a tributação normal.

BALDE JACK DANIELS C/ SUP GARRAFA COPO – Diz que nota fiscal 387.385, folhas 340, foi anulada pela nota 390590, folhas 341. Isto não prova que a mercadoria é isenta ou da ST.

CAMERA DIGITAL CYBER SHOT SONY – Diz que a mercadoria não é de revenda, mas usou o CFOP 5.910.

CARTE DOR MOUSSE CHOC 1KG – Apesar de ter NCM 1704.9010 não está sujeito a ST, porque não é chocolate, é uma mistura para sobremesa.

CARTUCHO EL JIMADOR - Diz que nota fiscal 387.385, folhas 340, foi anulada pela nota 390590, folhas 341. Isto não prova que a mercadoria é isenta ou da ST.

COB FRUTIGEL CHOCOLATE 4KG e COB FRUTIGEL CHOC 4X4KG – Diz que a NF 386916, folhas 342 e 343, foi anulada através da NF 390579, folhas 344 e 345. Isto não prova que a mercadoria é isenta ou da ST.

COB SORV DUAS RODAS CHOC (MEIO AMARGO) – Diz que a mercadoria é da ST. O NCM é 1901.90.90 e não é preparado para fabricação de sorvetes em máquinas, portanto não está na ST.

COPO – Diz que a NF 387385, folhas 340, foi anulada pela nota 390590, folhas 341. Isto não prova que a mercadoria é isenta ou da ST.

DVD AUTO HBD 6680 2.7 USB AUX - Diz que a mercadoria não é de revenda, mas usou o CFOP 5.910.

FRI ESP SERR PRES CRU F FINO 24M 12X100G, FRI ESP SERR PRES CRU MINI KIT 12M UM, PRES CRU CERATTI CUBOS ESPANHOL 3X500G, PRES CRU CERATTI FAT ESPANHOL 3X500G e PRES PARMA INT FONTANA SEM OSSO KG – Diz que as mercadorias são da ST. O NCM é 0210.19.00. Os itens serão excluídos no ANEXO 16 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - NF - BONIFICAÇÃO NÃO TRIBUTADA - INFORMAÇÃO FISCAL.

HOME THEATER DH41 - Diz que a mercadoria não é de revenda, mas usou o CFOP 5.910.

IPAD MINI 16GB WFI PTO SPACE GRAY - Diz que a mercadoria não é de revenda, mas usou o CFOP 5.910.

KIT MONTREAL – O defendente adota o procedimento de dar saída dos produtos que forma o kit com tributação pelo CFOP 5.926 e dar entrada do kit sem crédito pelo CFOP 1.926. No momento da saída, como o produto já sofreu tributação a saída do kit foi sem tributação. Este item foi excluído no ANEXO 16 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - NF - BONIFICAÇÃO NÃO TRIBUTADA - INFORMAÇÃO FISCAL.

KIT PERU – O defendente adota o procedimento de dar saída dos produtos que forma o kit com tributação pelo CFOP 5.926 e dar entrada do kit sem crédito pelo CFOP 1.926. No momento da saída, como o produto já sofreu tributação a saída do kit foi sem tributação. Este item foi excluído no ANEXO 16 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - NF - BONIFICAÇÃO NÃO TRIBUTADA - INFORMAÇÃO FISCAL.

MEXEDOR DRINK JACK DANIELS - Diz que a NF 387385, folhas 340, foi anulada pela nota 390590, folhas 341. Isto não prova que a mercadoria é isenta ou da ST.

PÃO DE QUEIJO – Diz que é da ST e está no item 33.1 do Anexo 1. Os itens do item 33.1, do grupo 33 são para produtos derivados de farinha de trigo. O pão de queijo é a base de polvilho, portanto está fora da ST.

RECHEIO GRANFIL – Diz que a NF 387385, folhas 340, foi anulada pela nota 390590, folha 341. Isto não prova que a mercadoria é isenta ou da ST.

RELÓGIO - Diz que a mercadoria não é de revenda, mas usou o CFOP 5.910. Também alega algumas operações foram anuladas.

RISOTTO - Diz que a NF 386914, folha 346, foi anulada pela nota 390577, folhas 347. Isto não prova que a mercadoria é isenta ou da ST.

SACOLA JACK DANIELS 36X28 - Diz que a NF 387385, folha 340, foi anulada pela nota 390590, folha 341. Isto não prova que a mercadoria é isenta ou da ST.

TV - Diz que a mercadoria não é de revenda, mas usou o CFOP 5.910.

Conclui que, se o Órgão Julgador concordar com a metodologia, o valor fica conforme o ANEXO 16 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - NF - BONIFICAÇÃO NÃO TRIBUTADA - INFORMAÇÃO FISCAL.

Infração 04: Lembra que o impugnante reconhece ser devido o valor apontado pela Fiscalização, contudo, entende ser necessária a realização de diligência e elaboração de novo auto de infração com a correta determinação do montante devido, bem como das multas e juros sobre ele incidentes. Entende não ser necessário lavrar auto de infração, e ratifica a exigência fiscal constante deste item da autuação fiscal.

Infrações 05 e 06: Diz que em relação à infração 5, o impugnante só contesta as notas fiscais 372240 e 377485.

Quanto à NF 372.240, o defendant alegou que conforme operação realizada na entrada de mercadorias, através da NF 323992, utilizando o crédito com base reduzida em 41,176%, na devolução aplica-se da mesma forma. Recolheu o débito de 10% sobre o valor total da NFD de R\$ 634,42. Diz que a alegação não prospera pois, a nota fiscal da fl. 372 não tem os mesmos dados da XML da chave 29140307041307000180550030003722401111015032. Conforme XML a base de cálculo é de R\$ 2.195,10 e o imposto destacado é de 373,17. Se há algum erro, este deve ser corrigido com emissão de outra nota e não corrigir diretamente na EFD.

Em relação à NF 377485, o defendant afirmou que a operação possui destaque de ST, o valor calculado na coluna “VlIcmsNfe” está considerando o total da NF e não o valor dos produtos para cálculo do ICMS normal. Diz que a nota fiscal de fl. 379 não tem os mesmos dados da XML da chave 29140407041307000180550030003774851111009040. Somando o valor do ICMS normal desta XML (6,78 + 13,80 + 11,60 + 2,64) encontra-se o resultado 34,82. O valor reclamado está correto.

Sobre a infração 6, ressalta que o impugnante não contesta, conforme observações nas folhas 232. Ratifica as infrações 5 e 6.

Infração 07: Informa que na EFD, os itens do anexo 8 estão indevidamente com CST de produto nacional, induzindo a fiscalização a erro. Apresenta comentários em relação aos produtos.

COCADINHA DA BAHIA – NF 4.445, folha 421, não tem CST de importação. Este item será mantido.

AZEITE SH ISIS 192X4ML, CHANTILLY VIGOR SPRAY 12X250G – Tem CST de produto nacional. Estes itens serão mantidos.

Para os itens ALCOOL GEL FLAMAGEL 13KG, CASTANHA CAJU 240 W1 KG, CASTANHA PARA KG, CHOC PO 50% NUTRIMAX 1KG, TRIGO KIBE PINK 20X500G e V BR FAM PICOLLI SECO TT 4.6L a defendant não apresentou notas fiscais comprovando que se tratam de produtos importados.

Os demais itens foram excluídos do ANEXO 17 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

Conclui que, se o Órgão Julgador concordar com a metodologia, o valor fica conforme o ANEXO 17 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

Infração 08: Diz que o defendant reconhece parte da infração e analisa os itens impugnados.

CASTANHA CAJU TORRADA 320 W1 KG, CASTANHA PARA KG, COCADINHA BAHIA PC 50UN, PALMITO INT NATUVALE 1.8KG, REFR PO SUSTENTARE e VINAG BALS MARATA 500ML - Diz que mesmo a alíquota saindo errada com redução para 10%, não houve prejuízo para o Estado, vez que, se houvesse saída com 12%, faríamos jús a redução de 16,667% conforme Art. 2º do Decreto 7.799/00, realizando o estorno de 2% na Apuração de ICMS. A alegação não procede, pois estes itens foram considerados na rotina de estorno de débito referente ao art. 2º do Decreto nº 7.799/00.

LEITE PO MOLICO 300G – Diz que a alíquota de 7% conforme art.268, inciso XXV do RICMS. Este dispositivo é para leite em pó fabricado na Bahia, o que não é o caso do LEITE PO MOLICO 300G.

MILHO BRANCO CANJICA RAVAX KG – Diz que a alíquota de Milho é 7% (Sete por cento) conforme Decreto 7.014, de 04/12/1996, Artigo 16, inciso I, letra “a”. O argumento não é correto, pois

este item é um milho beneficiado com polimento e não se enquadra no dispositivo do art. 16, inciso I, “a” da Lei 7.014/96. Ratifica a infração 8.

Infração 09: Informa que o autuado apresentou alegações na planilha INFRAÇÃO 09 – ANEXO 10 – NÃO CONTRIBUINTE – SOST em arquivo digital – CD, fl. 476. Analisa os questionamentos apresentados pelo deficiente.

AÇUCAR, ALCATRA, BACON, BATATA PALHA, BISTECA, BOMBOM SONHO DE VALSA KG, CAFÉ, CARNE SOL C MOLE FRIMASA MANTA KG, CHOC GRANUL MIL CORES KG, CORACAO FRANGO SADIA 10KG, COSTELA SUINA SALG KG, COSTELA SUINA, COXA S COXA, CRUZ MACHADO FRIBARREIRAS KG, DETERGENTE, ESPUM TERRANOVA MOSCATEL 750ML, FAR ROSCA RAVAX KG, FIGADO BOV FRIBOI KG, FILE PEITO FRANGO GUIBON 18 KG, INSET MAT INSET MULT AEROSOL 12X300ML, LUVA, PE PORCO SALGADO SAUDALI 10KG, PEITO FRANG, PERNIL SUINO, RABO SALGADO SAUDALI 10KG – Diz que a cobrança não procede, tendo em vista, que as mercadorias vendidas com CFOP 6403, permite utilização dos créditos, com amparo conforme previsão legal estabelecida no Art. 301, incisos I e II do RICMS-BA/2012, Decreto 13.780/2012. A arguição não tem cabimento, porque o direito ao crédito estabelecido no art. 301 é para situações em que existe convênio ou protocolo. Estes itens, para os estados destinatários, não têm convênio ou protocolo.

BISCOITO, ESPUM CHANDON PASSION 750ML, LASANHA BAHIA 14X500G e TORRAD SH - Diz que a cobrança não procede, tendo em vista, que as mercadorias vendidas com CFOP 6403, permite utilização dos créditos, com amparo conforme previsão legal estabelecida no Art. 301, incisos I e II do RICMS-BA/2012, Decreto 13.780/2012. O art. 301 não desobriga a nota fiscal de saída de ter a devida tributação do ICMS normal.

PÃO QJ COQUETEL S.GERALDO 10X1KG - Diz que a cobrança não procede, tendo em vista, que as mercadorias vendidas com CFOP 6403, permite utilização dos créditos, com amparo conforme previsão legal estabelecida no Art. 301, incisos I e II do RICMS-BA/2012, Decreto 13.780/2012. Pão de queijo não está na substituição.

Com relação aos demais itens, a impugnante alega que as empresas com CNPJ: 02.857.954/0009-06, 04.269.466/0001-48 e 04.929.559/0001-51 são contribuintes. A alegação não procede, pois nos documentos das folhas 285 a 287 da defesa, 459 a 461 do PAF, só a empresa de CNPJ: 04.929.559/0001-51 tem atividade comercial para artigos de uso domésticos e os produtos adquiridos são alimentos. A atividade de BUFE é prestação de serviço. Ratifica a infração 9

Infração 10: Diz que o deficiente faz alegações na planilha INFRAÇÃO 10 – ANEXO 10 – DIFAL – SOST em arquivo digital – CD, fl. 476. Analisa os questionamentos do autuado;

22071 – Diz que reconheceu o débito parcial, pois consideramos para o cálculo da alíquota interna de 12%, conforme artigo 268 do RICMS, inciso XIV, letra “a”. De acordo com o inciso XIV, do art. 268 do RICMS/BA é reduzida a base de cálculo nas saídas interestaduais de carne e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, secos ou temperados, resultantes do abate de aves, leporídeos e gado bovino, bufalino, caprino, ovino e suíno, de forma que a carga tributária seja equivalente a 7% (sete por cento) do valor das operações (Conv. ICMS 89/05). Não existe letra “a” neste dispositivo. Esta nota tem o NCM 84271019, que não tem relação com o XIV do art. 268 do RICMS/BA. Por isto não existe correção a ser feita.

442520, 442521, 442522, e 442545 – Diz que utilizou alíquota interna de 12% com base na Lei 7.014 de 04/12/1996, Art.16. Estas notas têm o NCM 8704.23.10 que se enquadra no dispositivo do art.16, III, “a” da Lei nº 7.014/96. No ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DA DIFERENÇA DE ALÍQUOTA já consta a alíquota de 12%, por isto não existe correção a ser feita.

63428 e 5434114 – Diz que utilizou a alíquota interna de 12% conforme artigo 266 do RICMS e no e-mail, folhas 70 a72, citou os dispositivos “d” e “f”, inciso XIII, art. 266 do RICMS-BA. De acordo com o § 4º, art. 267 do RICMS-BA, vigente na época do fato gerador, para fins de pagamento da diferença de alíquotas, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor da operação ou

prestação, não devendo ser considerada qualquer redução da base de cálculo relativa à operação interna prevista neste artigo ou em outro dispositivo da legislação tributária estadual. Sendo assim, a redução da base de cálculo não se aplica no cálculo da diferença de alíquota. Por isto não existe correção a ser feita. Ratifica a infração 10.

Infração 11: Diz que o impugnante alega que o débito apurado neste item da autuação já foi recolhido através do AI 210425.0023/14-8. Informa que este auto só se refere a DI 14/1860181-2 e mesmo assim o valor reclamado foi a menor. Portanto, o referido AI 210425.0023/14-8 não abrange as DI's 15/1629575-9 e 15/2093310-1.

Conclui que, se o Órgão Julgador concordar com a metodologia o valor fica conforme o ANEXO 18 - DEMONSTRATIVO DE IMPORTAÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

Diz que não há necessidade de realização da diligência requerida pelo autuado, pois constam no presente PAF todos os elementos necessários para conclusão da procedência das infrações.

Por tudo quanto aqui exposto, mediante as considerações apresentadas, mantém a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário apurado nas infrações, esperando dos membros deste Órgão Julgador um julgamento pela procedência parcial do presente auto de infração.

O defensor tomou conhecimento da informação fiscal e se manifestou às fls. 520 a 556 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da manifestação apresentada; faz uma síntese dos fatos e da informação fiscal, reproduzindo os itens da autuação fiscal.

Ratifica as razões apresentadas na impugnação inicial e requer sejam consideradas a mencionada impugnação e a manifestação. Ressalta que a autuante excluiu da autuação diversos itens por inconsistências na apuração original. Diz que a Autoridade Fiscal afastou o montante de R\$78.749,34, devendo também ser afastada a multa aplicada e os consectários legais.

Tendo em vista o reconhecimento da falha na autuação pela própria autuante, entende que o presente Auto de Infração deve ser anulado. Afirma que o erro de direito cometido pela Fiscalização, ao autuar indevidamente operações as quais o contribuinte tem direito ao crédito ou que houve baixa e o estorno do mesmo, não há outra medida para o presente Auto de Infração que a anulação do mesmo.

Ressalta que, mesmo com a realização dos procedimentos anteriores à autuação, a Fiscalização foi incapaz de verificar diversas incorreções na autuação. Houve retificação do Auto de Infração, e além dos valores excluídos pelo preposto fiscal, há outros os quais foram indevidamente mantidos. Entende que não há outra medida no presente caso que não seja a decretação de nulidade do auto de infração, uma vez que a base fática do mesmo é inexistente.

Também requer a nulidade da autuação fiscal, alegando violação ao princípio da verdade material. Diz que a imprecisão da autuação comunga com a posterior exclusão das mesmas, demonstrando que sequer foi buscado pela Fiscalização a real verdade dos acontecimentos em questão no momento da lavratura do Auto de Infração.

Alega, ainda, nulidade da autuação fiscal por cerceamento ao direito de defesa e inadequação da capitulação do Auto de Infração. Apresenta o entendimento de que, ainda que tenha conseguido apresentar satisfatória defesa, fica claro que o auto de infração deve ser anulado, ante sua falha de fundamentação que ocasionou, até mesmo, o afastamento de diversos itens pela autuante.

Quanto à infração 01. Afirma ser clara a inconsistência da autuação, uma vez que no levantamento inicial, a fiscalização sequer foi capaz de verificar as incorreções apontadas. Ressalta que a nova planilha elaborada pela autuante apresenta incorreções que não foram sanadas.

Destaca a NF 405803 (DI 14/1597847-8), afirmando que a cobrança do estorno do crédito desta nota não foi elidida pelo contribuinte, e a autuante manteve indevidamente este item, uma vez que se trata de produto importado do exterior, não sendo, portanto, restrita a utilização dos créditos

fiscais oriundos dessa operação, nos termos do disposto no art. 6º, § 2º, do Decreto 7799/2000. Afirma que esta infração deve ser anulada.

Infração 02: Diz que a autuante afasta parte do débito em cobrança, mantendo outra parte, sob a justificativa de que (i) a NF 498030 existe e foi emitida para OMAMORI IND. DE ALIM LTDA. e que a NF 490031 foi emitida para IND DE ALIM E TRANSPORTE MARLEME LTDA., sendo elas notas distintas; (ii) foi verificado na EFD constam as notas de contingências apresentadas e que caso elas estivessem lá foram excluídas; (iii) a empresa foi notificada através da intimação 10, a comprovar o lançamento das notas e não se manifestou sobre as mesmas.

Diz que as alegações da autuante não merecem prosperar, porque a presente infração se mostra incorreta. Entende que a não manifestação da empresa não exclui o fato de que houve a incorreta inclusão de valores que não poderiam ser tributados, tornando indevida a infração imputada.

Infração 03: Afirma que mesmo a autuante tendo reconhecido que diversos itens deveriam ser afastados, ela manteve a tributação sobre outros diversos itens isentos ou os quais estão sujeitos à substituição tributária. Cita os produtos hortifrutícolas isentos desconsiderados pela autuante, ressaltando que o mero congelamento não altera o estado natural do produto hortifrutícola, permanecendo em estado natural e conservando todas as suas características originais. Diz que este é o posicionamento seguido, recentemente pelo CONSEF/BA. Ou seja, ainda que o produto tenha sido congelado ou até mesmo emalado, não é possível afastar sua natureza de produto hortifrutícola, bem como a isenção prevista no art. 265, I, “a” do RICMS-BA/2012.

No tocante aos produtos que não estão sujeitos à substituição tributária, indicados pela autuante, apresenta explicações, e diz que não é possível verificar nas referidas explicações, tanto em relação aos itens isentos, quanto de produtos sujeitos à substituição tributária, e a Fiscalização ainda deixou de excluir diversos produtos os quais sequer deveriam ser tributados.

Infração 04: Alega que, através da capitulação legal proposta não é possível deduzir o recolhimento a menos imputado pela Fiscalização. Diz que os dispositivos legais indicados, não é possível neles verificar qualquer tipo de imputação legal ao descumprimento de obrigação por parte do contribuinte, sendo muito difícil a elaboração de defesa. Afirma que o item 04 deve ser anulado ante o cerceamento do direito de defesa.

Infrações 05 e 06: Diz que a autuante fundamenta a manutenção das penalidades afirmando que só há contestação quanto à infração 05, mais precisamente as NFs 372240 e 377485, e que o item 6 não é contestado. Apresenta explicações e o entendimento de que há necessidade da realização de diligência fiscal para a correta apuração do valor do ICMS, a fim de se evitar enriquecimento ilícito do Fisco Estadual.

Quanto à infração 06, reafirma que os dispositivos legais indicados são genéricos e não possuem qualquer relação com os fatos ditos infringidos, ocasionando falta de correlação entre a descrição da infração e o artigo tipo por infringido. Entende que as infrações 05 e 06 devem ser anuladas ante a ocorrência de cerceamento do direito de defesa.

Infração 07: Ressalta que a autuante reduziu parte do débito. Comenta sobre os itens que foram mantidos na autuação fiscal e diz que a autuação deve ser anulada, ainda que parte dela esteja correta, uma vez que incluiu indevidamente na base de cálculo de seu valor devido diversos produtos os quais a tributação ou deveria ser sob a alíquota de 7%, no caso do milho branco, ou deveria ser 4%, nos casos de produtos importados, demonstrando assim, imprecisão e ausência da verdade material.

Infração 08: Diz que foi mantida pela autuante, que rebateu as alegações apresentadas pelo impugnante. Afirma que não subsiste esta autuação, uma vez que ela está incorreta, devendo ser anulada em sua integralidade.

Infração 09: O defendente entende que as razões apresentadas pela autuante não merecem prosperar, uma vez que no caso das mercadorias vendidas com CFOP 6403 há permissão legal para

utilização de créditos da mesma, conforme previsão estabelecida no art. 301, incisos I e II do RICMS-BA. Afirma que o aproveitamento dos créditos se faz correto, devendo ser anulada esta infração.

Infração 10: Diz que a resposta dada pela autuante comprova a falta de critério utilizado pela Fiscalização, no momento da lavratura do presente Auto de Infração, comprovando a clara violação ao princípio da verdade material. Entende que não há outra medida a ser tomada que a anulação desta infração.

Infração 11: Alega que a diferença de R\$317,25, apontada pela autuante não existe, uma vez que o valor recolhido de R\$53.718,87 foi realizado através do pagamento de DAE foi gerada pela própria SEFAZ-BA, sendo assim, o contribuinte apenas cumpriu o regular pagamento do débito indicado pelo órgão fazendário. Entende que deve ser anulada a autuação, ante a ausência de fundamento fático para a sua manutenção.

O defensor reitera o pedido para realização de diligência para apuração do montante discutido, afirmando que não constam no presente PAF os elementos necessários à conclusão da procedência das infrações.

Diz que a realização de diligência fiscal sanará qualquer dúvida que possa ter sido ocasionada pela autuação original, mantendo, apenas a autuação sobre os valores que eventualmente sejam devidos pelo contribuinte.

Por fim, reafirma o pedido de nulidade do Auto de Infração, diante das incorreções apontadas. Caso a autoridade julgadora entenda que os elementos comprobatórios anexados ou juntados pela fiscalização, não sejam suficientes para a decisão, que o julgamento seja convertido em diligência, visando apontar e aferir a legalidade e regularidade das operações impugnadas.

Nova informação fiscal foi prestada pela autuante às fls. 630 a 647 do PAF. Quanto ao argumento do autuado de que o reconhecimento da falha da autuação pelo próprio Preposto Fiscal, o auto de infração deve ser anulado conforme o artigo 18, IV, "a", do RPAF-BA/99, Decreto nº 7.629/1999, diz que a alegação não tem procedência, pois através da informação fiscal é possível identificar com clareza o valor do auto de infração. Reproduz o § 1º do art. 18 do RPAF.

Informa que antes da autuação foram enviados para o contribuinte 5 *e-mail*, fls. 70 a 79 e só um foi respondido antes da lavratura do Auto de Infração. Só durante a defesa é que o contribuinte trouxe novos esclarecimentos e o que foi considerado procedente foi corrigido. Se o impugnante tivesse informado todos os dados ao responder os *e-mail* já evitaria a reclamação do crédito dos itens corrigidos.

Diz que não procede a alegação de violação ao princípio da verdade material, tendo em vista que através da informação fiscal é possível identificar com clareza o valor do auto de infração. Também não concorda com a alegação de inadequação da capitulação do Auto de Infração, afirmando que os enquadramentos das infrações continuam corretos. Apenas o valor teve sugestão de correção.

Quanto à infração 01, diz que o defensor argui que a nova planilha elaborada pelo Preposto Fiscal denominada de "ANEXO 14 - DEMONSTRATIVO ESTORNO DE CRÉDITO DEC. 7.799/00 - INFORMAÇÃO FISCAL" apresenta incorreções que não foram sanadas. Destaca-se: Nota 405803 (Importação DI 14/1597847-8: cobrança do estorno do crédito desta nota não foi elidida pelo contribuinte). O Preposto Fiscal mantém, indevidamente, este item, uma vez que trata-se de produto importado do exterior, não sendo, portanto, restrita a utilização dos crédito fiscais oriundos dessa operação, nos termos do disposto no artigo 6º, § 2º, do Decreto nº 7.799/2000.

Informa que esta nota será excluída no anexo ANEXO 19 - DEMONSTRATIVO ESTORNO DE CRÉDITO DEC. 7.799/00 - INFORMAÇÃO FISCAL.

Conclui que, se o Órgão Julgador concordar com a metodologia, o valor fica conforme o ANEXO 19 - ESTORNO DE CRÉDITO – SOST – INFORMAÇÃO FISCAL.

Infração 02: Informa que o impugnante alega que o produto de código “10958 - MEXILHAO DESC PATAMARES 20KG”, não pertence ao fornecedor “OMAMORI IND DE ALIM LTDA”, conforme o alegado pelo Preposto Fiscal em sua manifestação, mas sim a empresa “IND DE ALIM E TRANSPORTE MARLEME LTDA”. Os valores, data de emissão e produto são iguais, porém a nota fiscal foi aprovada com outra numeração (498.031), com a chave de acesso nº 291511070413070018055003000498031111010116, conforme comprova a NF-e do produto (Pág. 38 a 42). Sendo assim, não se deve falar que o produto pertence ao fornecedor “OMAMORI IND DE ALIM LTDA”, uma vez que o produto foi emitido em favor de “IND DE ALIM E TRANSPORTE MARLEME LTDA”.

Afirma que a alegação não prospera pois, a nota lançada foi a nota 498.030, chave 2915110704130700180550030004980301111010119 e conforme imagem pertence ao OMAMORI IND DE ALIM LTDA.

A NF 498.031 não é nota fiscal emitida em contingência e sim NF autorizada em ambiente de autorização produção, conforme folha 558, anexada pela própria defesa. Portanto como se trata de operações distintas, não existe correção a fazer referente a NF 498.030.

O defendant também argui que diversas notas de contingência não foram importadas à EFD, por um erro sistêmico, porém foram devidamente aprovadas pela SEFAZ-BA. Importante ressaltar que a SEFAZ-BA não apresenta qualquer obrigatoriedade de registro das notas fiscais de contingência após a sua apresentação e aprovação pela SEFAZ, conforme preleciona a “Cartilha do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED” (Pág. 43 a 72), extraída do site da SEFAZ-BA.

Diz que a arguição não é cabida, porque o sistema, após retornar à normalidade, emite a nota fiscal definitiva. É esta nota que deve ser escriturada e não a nota fiscal de contingência. A recorrente se confunde ao dizer que é importante ressaltar que a SEFAZ-BA não apresenta qualquer obrigatoriedade de registro das notas fiscais de contingência após a sua apresentação e aprovação pela SEFAZ e com isto está elidindo a infração. Realmente A SEFAZ-BA, baseando-se no Manual, não exige a escrituração da nota fiscal de contingência, mas exige a escrituração da nota fiscal definitiva.

Se o contribuinte não escriturou a nota definitiva e não comprovou a escrituração da nota fiscal emitida em contingência correspondente, o débito referente a esta operação não foi pago. Para o contribuinte cumprir com a obrigação tributária deve ter uma nota fiscal de saída idônea e lançá-la na EFD. Só a emissão da nota sem o respectivo lançamento do débito na EFD, constitui falta tributária.

Apesar de o correto ser lançar a nota fiscal definitiva, nos casos em que houve lançamento na EFD da nota fiscal emitida em contingência correspondente não houve prejuízo ao fisco.

O defendant também cita que acerca da suposta não manifestação da empresa sobre a intimação 10, a mesma não exclui o fato de que houve a incorreta inclusão de valores que não poderiam ser tributados, tornando, assim, indevida a infração imputada a ela, fato este que torna nula a infração.

Com relação a está citação os argumentos apresentados nas manifestações defensivas foram analisados e as correções foram feitas quando devidas.

Com relação a NF 500571, a impugnante alega que a nota foi denegada pela sefaz motivo 302 - IRREGULARIDADE FISCAL DO DESTINATÁRIO e a operação foi cancelada. Conforme imagem abaixo a NF 500571 foi autorizada.

Ratifica o ANEXO 15 - DEMONSTRATIVO DE NF-e NÃO LANÇADA - INFORMAÇÃO FISCAL. Conclui que, se o Órgão Julgador concordar com a metodologia, o valor fica conforme o ANEXO 15 - DEMONSTRATIVO DE NF-e NÃO LANÇADA - INFORMAÇÃO FISCAL.

Infração 03: Não concorda com as alegações defensivas, informando que o art. 265, I, “a” do RICMS-BA/2012 determina que são isentas do ICMS as saídas internas e interestaduais desde que

não destinadas à industrialização, de produtos hortifrutícolas relacionados no Conv. ICM 44/75. Os produtos congelados são descascados, cortados e embalados em um processo industrial. O texto do CONSEF é baseado no RICMS/97 que previa isenção para produtos congelados, porém o fato gerador em questão está sujeito ao RICMS/12, que não prevê a condição de congelado para isenção.

Diz que o Convênio ICM 44/75 nunca previu a isenção para produtos congelados, mas no RICMS/97 tinha esta previsão. O RICMS/2012 não faz previsão de isenção para produtos congelados como o texto anterior, e reporta-se apenas ao Convênio ICM 44/75, portanto, produtos congelados não estão sujeitos a isenção. O próprio Convênio ICM 44/75 estabelece no §4º da cláusula 1ª que ficam os Estados autorizados a isentar do ICMS as saídas com os produtos resfriados relacionados no inciso I do caput desta cláusula, desde que não tenham adição de quaisquer outros produtos que não os relacionados, mesmo que simplesmente para conservação. Para a situação de produto resfriado precisa que a legislação estadual faça referência. Logo se o Convênio ICM 4/75 e o RICMS/12, não fazem referência ao produto congelado, este tipo de mercadoria não está sujeita a isenção.

BALDE JACK DANIELS C/ SUP GARRAFA COPO – Diz que nota fiscal 387.385, folha 340, foi anulada pela nota 390.590, folhas 341. A NF 390.590 não tem o CFOP 1.202 - devolução para este item. Usou o CFOP 5.910 e sendo bonificação deve ter o débito na saída. Não há correção a fazer neste item.

CAMERA DIGITAL CYBER SHOT SONY - Diz que a mercadoria não é de revenda e não usou o crédito na entrada, mas usou o CFOP 5.910 e sendo bonificação deve ter o débito na saída.

CARTE DOR MOUSS E CHOC 1KG – Segundo a impugnante a classificação NCM 1704.9010 não é dada pela contribuinte, mas sim pela fabricante do produto. Seguindo a classificação estabelecida pelo fabricante do produto, o NCM 1704.9010 está sujeito ao regime de substituição tributária, conforme o item 11 do Anexo I do RICMS. Ocorre que para a mercadoria ser enquadrada na ST tem de ter o NCM e descrição conforme o item 11 do Anexo 1 do RICMS/2012. Apesar de a mercadoria ter o NCM 1704.9010, ela é preparado em pó para mousse sabor chocolate. A mercadoria não é chocolate, é mistura para sobremesa, logo não está sujeito a ST. Segundo posição da GESUT, este item não está sujeito à substituição, conforme *e-mail*. Não existe correção a fazer neste item.

CARTUCHO EL JIMADOR - Diz que nota fiscal 387.385, folhas 340, foi anulada pela nota 390.590, folhas 341. A NF 390.590 não tem o CFOP 1.202 - devolução para este item. Usou o CFOP 5.910 e sendo bonificação deve ter o débito na saída. Não há correção a fazer neste item.

COB FRUTIGEL CHOCOLATE 4KG e COB FRUTIGEL CHOC 4X4KG – Diz que a NF 386.916, folhas 342 e 343, foi anulada através da NF 390.579, folhas 344 e 345. A NF 390.579 não tem o CFOP 1.202 – devolução para este item. Usou o CFOP 5.910 e sendo bonificação deve ter o débito na saída. Na NF 390.579 não consta a mercadoria COB FRUTIGEL CHOCOLATE 4KG. Não há correção a fazer nestes itens.

COB SORV DUAS RODAS CHOC (MEIO AMARGO) – Segundo a impugnante o fabricante é quem determina o NCM do produto que no caso é 1901.90.90. O referido NCM se enquadra na ST conforme o item 39 do Anexo I do RICMS, não sofrendo a tributação normal no presente caso. Ocorre que para a mercadoria ser enquadrada na ST tem de ter o NCM e descrição conforme o item 39 do Anexo 1 do RICMS-BA/2012. Apesar da mercadoria ter o NCM 1901.90.90, não está sujeito ao ST, porque não é preparado para fabricação de sorvetes em máquinas.

COPO – Diz que a NF 387.385, folhas 340, foi anulada pela nota 390.590, folhas 341. A NF 390.590 não tem o CFOP 1.202 - devolução para este. Usou o CFOP 5.910 e sendo bonificação deve ter o débito na saída. Não há correção a fazer neste item.

DVD AUTO HBD 6680 2.7 USB AUX - Diz que a mercadoria não é de revenda e não usou o crédito na entrada, mas usou o CFOP 5.910 e sendo bonificação deve ter o débito na saída.

HOME THEATER DH41 - Diz que a mercadoria não é de revenda e não usou o crédito na entrada, mas usou o CFOP 5.910 e sendo bonificação deve ter o débito na saída.

IPAD MINI 16GB WFI PTO SPACE GRAY - Diz que a mercadoria não é de revenda e não usou o crédito na entrada, mas usou o CFOP 5.910 e sendo bonificação deve ter o débito na saída.

MEXEDOR DRINK JACK DANIELS - Diz que a NF 387.385, folhas 340, foi anulada pela nota 390.590, folhas 341. A NF 390.590 não tem o CFOP 1.202 - devolução para este item. Usou o CFOP 5.910 e sendo bonificação deve ter o débito na saída. Não há correção a fazer neste item.

PÃO DE QUEIJO – Pela classificação NCM 1905.20.90 dada pelo fabricante do produto, o mesmo se enquadra na posição 33.1 do Anexo I do RICMS. Nesta classificação não estão presentes apenas produtos derivados de farinha de trigo, conforme o afirmado pelo Preposto Fiscal, mas também “Pães e pães de especiaria” a qual o pão de queijo pode fazer parte, estando, portanto, sujeito a substituição tributária. Ocorre que para a mercadoria ser enquadrada na ST tem de ter o NCM e descrição conforme o item 33.1 do Anexo 1 do RICMS/12. O item 33.1 é uma subdivisão do item 33, que é bem claro ao se referir a produtos derivados de farinha de trigo. Como pão de queijo é feito com polvilho e não farinha de trigo a descrição não se enquadra nos produtos do item 33.

RECHEIO GRANFIL BRIGADEIRO 4X4KG, RECHEIO GRANFIL CHOCOLATE TRUFADO 4X4KG e RECHEIO GRANFIL BRIGADEIRO 4KG – Diz que a NF 386.916, folhas 342 e 343, foi anulada pela nota 390.579, folhas 344 e 345. O item RECHEIO GRANFIL BRIGADEIRO 4KG não consta da NF 386.916 e sim da NF 398.616. A NF 390.579 não tem o CFOP 1.202 - devolução para estes itens. Usou o CFOP 5.910 e sendo bonificação deve ter o débito na saída. Não há correção a fazer nestes itens.

RELÓGIO - Diz que a mercadoria não é de revenda, não utilizou o crédito na entrada e parte da mercadoria foi devolvida pela NF 471.484, folhas 351, 471.485, folhas 353, 471.486, folhas 355 e 472.078, folhas 357, mas usou o CFOP 5.910 e sendo bonificação deve ter o débito na saída. Não há correção a fazer neste item.

RISOTTO - Diz que a NF 386.914, folhas 346, foi anulada pela nota 390.577, folhas 347 e tendo ocorrido a devolução do produto ao vendedor, não ocorreu a operação tributável, não procedendo a cobrança. Usou o CFOP 5.910 e sendo bonificação deve ter o débito na saída. Não há correção a fazer neste item.

SACOLA JACK DANIELS 36X28 - Diz que a NF 387.385, folhas 340, foi anulada pela nota 390.590, folhas 341 e tendo ocorrido a devolução do produto ao vendedor, não ocorreu a operação tributável, não procedendo a cobrança. Usou o CFOP 5.910 e sendo bonificação deve ter o débito na saída. Não há correção a fazer neste item.

TV - Diz que a mercadoria não é de revenda, não utilizou o crédito na entrada, mas usou o CFOP 5.910 e sendo bonificação deve ter o débito na saída. Não há correção a fazer neste item.

De qualquer forma, no momento da saída do item em bonificação, não é possível prever se a mercadoria vai ser devolvida para não ter o destaque do imposto na saída.

Ratifica o ANEXO 16 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - NF - BONIFICAÇÃO NÃO TRIBUTADA - INFORMAÇÃO FISCAL. Conclui que, se o Órgão Julgador concordar com a metodologia, o valor fica conforme o ANEXO 16 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - NF - BONIFICAÇÃO NÃO TRIBUTADA - INFORMAÇÃO FISCAL.

Infração 04: Diz que o impugnante esclarece que rebateu esta infração, mais precisamente no item “PREJUDICIAL DE MÉRITO - NULIDADE DO AUTO INFRAÇÃO: CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – INADEQUAÇÃO DA CAPITULAÇÃO DO AUTO”, onde demonstra que a capituloção legal da infração é demasiadamente genérica impossibilitando a plena defesa contra a infração imputada. Ratifica a informação fiscal folhas 485.

Infrações 05 e 06: Referente à NF 372.240, o impugnante argui que o Preposto Fiscal alega que eventuais erros contidos na nota fiscal devem ser corrigidos através da emissão de nova nota e não com a correção direta na EFD. Tal explicação está incorreta, pois a EFD é o arquivo digital o

qual as operações são apresentadas aos fiscos das unidades federadas e à Receita Federal do Brasil, conforme a “Cartilha do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED” (Pág. 563 a 592), extraída do site da SEFAZ-BA.

Afirma que a alegação não procede pois, a EFD deve ser fiel aos documentos emitidos pela empresa. Ratifico a informação fiscal folhas 492.

Referente à NF 377.485, o defendant argui que houve um erro de parametrização da NF-e no momento da conversão do XML ao EFD, uma vez que foi incluído indevidamente à base de cálculo do ICMS do produto “FAR SEMOLA RENATA 10X1KG” o montante relativo ao valor do ICMS-ST, ou seja, R\$ 22,00.

Também afirma que a arguição não prospera, pois na soma do ICMS NORMAL dos itens (6,78 + 13,80 + 11,60 + 2,64 = 34,82) não levou em consideração o valor do ICMS-ST. O valor lançado na EFD de 33,94 é inferior ao ICMS NORMAL destacado no documento fiscal de 34,82, conforme imagem abaixo. Na EFD foram lançados os valores  $5,90 + 28,04 = 33,94$ .

Com relação a infração 6 o impugnante esclarece que a contribuinte rebateu a infração 6 em sua impugnação, mais precisamente no item “PREJUDICIAL DE MÉRITO - NULIDADE DO AUTO INFRAÇÃO: CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – INADEQUAÇÃO DA CAPITULAÇÃO DO AUTO”, onde demonstra que a capitulação legal da infração é demasiadamente genérica impossibilitando a plena defesa contra a infração imputada. Ratifica a informação fiscal folhas 485 e 486, e as infrações 5 e 6.

Infração 07: Diz que o impugnante alega que:

MILHO BRANCO CNJICA RAVAX KG (Alíquota aplicada: 7% - Milho, conforme art. 16, I, “a”, da Lei nº 7.014/1996) – Segundo a impugnante o Preposto Fiscal alega que este item não se enquadra na tributação indicada, uma vez que trata-se de milho beneficiado com polimento. Tal explicação não está correta, uma vez que o milho branco é colhido em fase imatura, que ainda não chegou à maturidade e tratado como se fosse um vegetal, sendo assim, ele apenas é branco e não é beneficiado com polimento, conforme alega o Preposto Fiscal.

De acordo com o parecer 19311/2015, no tocante ao produto “milho de mungunzá”, também denominado como “milho para canjica branca e amarela”, o entendimento já pacificado na Diretoria de Tributação é no sentido de que o mesmo não se caracteriza como milho comum, podendo apresentar-se pré-cozido, com condimento, ou após processo de beneficiamento que lhe modificou a natureza, a cor, entre outras características. Com efeito, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com o milho de pipoca, que não sofre qualquer alteração física ou química para que seja utilizado com essa finalidade (sendo, portanto, tributado pela alíquota de 7%), o chamado milho para canjica, encontrado no mercado normalmente em grãos na cor branca e, em menor proporção, na cor amarela, é obtido retirando-se o gérmen, usado na extração do óleo, e a película externa do grão.

Após essas operações, os grãos são polidos para a retirada do pó, lavados, secados e embalados. Esse processo de beneficiamento extra é justamente o que confere a esse tipo de milho maior valor econômico, descaracterizando-o como o milho comum integrante da chamada “cesta básica”, e tributado pela alíquota reduzida. Diante do exposto, temos que o “milho para mungunzá” ou “milho para canjica” deve ser tributado pela alíquota normal de 17%, não estando alcançado pela tributação diferenciada estabelecida no art. 16, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96. Não há correção a fazer neste item.

COCADINHA DA BAHIA - O produto de fato não é produto importado, contudo nos termos do artigo 269, X, “a”, “2”, do RICMS/BA, a contribuinte tem direito a crédito da operação no montante de 12%. Sendo assim, há a necessidade da realização de diligência fiscal para a apuração do montante devido por ela. Ocorre que não se trata de operação de entrada e sim de operação de venda interestadual. O inciso X do art. 269 determina que aos contribuintes sujeitos ao regime de conta-corrente fiscal de apuração do imposto, nas aquisições internas de mercadorias junto a

microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional, desde que por elas produzidas, em opção ao crédito fiscal informado no documento fiscal nos termos do art. 57, observados os seguintes critérios. Portanto a alíquota correta não é 4% e sim 12%. Não há correção a fazer neste item.

CHANTILLY VIGOR SPRAY 12X250G (Têm CST de produto nacional, devendo ser mantidos) - No tocante ao Chantilly Vigor, o item é importado, conforme as notas fiscais nº 523225 (Pág. 618) e 81690 (Pág. 619) do fornecedor S.A Fábrica e Vigor Alimentos que destaca alíquota de 4%, informando que o item é importado. Resolução do Senado nº 13, de 2012. Ocorre que nestas notas o CST consta 000, que é mercadoria de origem nacional, tributada integralmente. Não há correção a fazer neste item.

ALCOOL GEL FLAMAGEL 13KG, CASTANHA DE CAJU 240 W1 KG, CASATANHA PARA KG, CHOC PO 50% NUTRIMAX 1KG, TRIGO KIB PINK 20X500G e V BR FAM PICOLLI SECO TT 4.6L – A impugnante informa que a autuação é correta quanto a estes itens. Não há correção a fazer nestes itens.

Ratifica o ANEXO 17 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

Conclui que, se o Órgão Julgador concordar com a metodologia, o valor fica conforme o ANEXO 17 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

Infração 08: Diz que o impugnante alega que:

CASTANHA CAJU TORRADA 320 W1 KG, CASTANHA PARA KG, COCADINHA BAHIA PC 50 UN, PALMITO INT NATUVALE 1.8KG, REFR PO SUSTENTARE e VINAGRE BALS MARATA 500ML (Não foi afastada a infração sobre esses itens, uma vez que o Preposto Fiscal considerou que os itens foram considerados na rotina de estorno de débito referente ao art. 2º do Decreto nº 7.799/00, não cabendo a alegação de que a mesmo saindo com a alíquota de 12% a contribuinte faria jus a redução de 16,667% do tributo) não há qualquer prova da fiscalização acerca do estorno dos débitos, como alegado pelo Preposto Fiscal. Sendo assim, a afirmação prestada pela contribuinte na impugnação se mostra correta, uma vez que mesmo a alíquota saindo errada com redução para 10%, não houve prejuízo para o Estado, pois, se a saída tivesse ocorrido com 12%, ela faria jus a redução de 16,667%, nos termos do art. 2º do Decreto 7.799/00, realizando o estorno de 2% na Apuração de ICMS. Ratifica a informação fiscal, folha 493.

LEITE PO MOLICO 300G (Tributado sob a alíquota de 7%, com base no art. 268, inciso XXV do RICMS. O Preposto Fiscal alega que o dispositivo se aplica apenas para leite em pó fabricado na Bahia, que não é o caso do produto) à A informação de que o produto não é fabricado na Bahia não está correta, uma vez que a fabricante do produto possui unidade fabril em Feira de Santana (BA), estando, portanto, correta a tributação em 7%. Ocorre que a unidade de Feira de Santana, CNPJ: 60.409.075/0120-88, tem como atividade econômica 46.39-7-01 – comércio atacadista de produtos alimentícios em geral, portando não é unidade industrial. Na embalagem consta que o produto é fabricado em São Paulo.

MILHO BRANCO CANJICA RAVAX KG (O Preposto Fiscal alega que o milho branco é produto beneficiado com polimento, não se enquadrando na hipótese do art. 16, I, “a”, da Lei nº 7.014/1996, que tributa o item sob a alíquota de 7%) à Segundo a impugnante a explicação do Preposto Fiscal não está correta, uma vez que o milho branco é colhido em fase imatura, que ainda não chegou à maturidade e tratado como se fosse um vegetal, sendo assim, ele apenas é branco e não é beneficiado com polimento.

De acordo com o parecer 19311/2015, no tocante ao produto “milho de mungunzá”, também denominado como “milho para canjica branca e amarela”, o entendimento já pacificado na Diretoria de Tributação é no sentido de que o mesmo não se caracteriza como milho comum, podendo apresentar-se pré-cozido, com condimento, ou após processo de beneficiamento que lhe modificou a natureza, a cor, entre outras características. Com efeito, ao contrário do que ocorre,

por exemplo, com o milho de pipoca, que não sofre qualquer alteração física ou química para que seja utilizado com essa finalidade (sendo, portanto, tributado pela alíquota de 7%), o chamado milho para canjica, encontrado no mercado normalmente em grãos na cor branca e, em menor proporção, na cor amarela, é obtido retirando-se o gérmen, usado na extração do óleo, e a película externa do grão.

Após essas operações, os grãos são polidos para a retirada do pó, lavados, secados e embalados. Esse processo de beneficiamento extra é justamente o que confere a esse tipo de milho maior valor econômico, descaracterizando-o como o milho comum integrante da chamada “cesta básica”, e tributado pela alíquota reduzida. Diante do exposto, temos que o “milho para mungunzá” ou “milho para canjica” deve ser tributado pela alíquota normal de 17%, não estando alcançado pela tributação diferenciada estabelecida no art. 16, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96. Não há correção a fazer neste item. Ratifica a infração 8.

Infração 09: Informa que o defensor entende que as razões indicadas pelo Preposto Fiscal não merecem proceder, uma vez que no caso das mercadorias vendidas com CFOP 6403 há a permissão legal para utilização dos créditos da mesma, conforme previsão estabelecida no Art. 301, incisos I e II do RICMS/BA, devendo as mesmas serem aplicadas ao caso em questão. Este destaque do imposto normal é necessário, pois caso contrário irá prejudicar o destinatário, que não terá direito ao crédito, agredindo o direito constitucional da não cumulatividade.

Infração 10: Diz que, estranhamente o autuado se insurge afirmando que houve má-fé ou má vontade do Preposto Fiscal na busca pela verdade material na presente infração e fica clara quando se observa que a Fiscalização não buscou entender que o no caso do artigo indicado o qual daria o benefício decorrente do Programa de Promoção do Desenvolvimento da Bahia – PROBAHIA, conforme a Resolução nº 001/2015 do Fundo de Desenvolvimento Social e Econômico – FUNDESE é referente ao artigo 286, XVI, “a”, do RICMS/BA (Pág. 620).

No *e-mail*, da folha 71, este argumento do FUNDESE foi levantado para a NF 11.846. Esta NF foi retirada do levantamento e não consta no anexo ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DA DIFERENÇA DE ALÍQUOTA.

Tanto na folha 71, como no arquivo constante na mídia das folhas 476, a defensor informa que para a NF 22.071 reconhecem o débito parcial, pois consideramos para o cálculo do DIFAL alíquota interna de 12%, conforme artigo 268 do RICMS, inciso XIV, letra “a”. Foi dito na informação fiscal, folhas 495 e 496, que: “De acordo com o inciso XIV, do art. 268 do RICMS/BA é reduzida a base de cálculo nas saídas interestaduais de carne e demais produtos comestíveis frescos, resfriados, congelados, salgados, secos ou temperados, resultantes do abate de aves, leporídeos e gado bovino, bufalino, caprino, ovino e suíno, de forma que a carga tributária seja equivalente a 7% (sete por cento) do valor das operações (Conv. ICMS 89/05). Não existe letra “a” neste dispositivo. “. Na EFD para esta nota consta a descrição ITEM COMPLEMENTAR e NCM 99999999.

Na segunda manifestação defensiva a impugnante cita que a Fiscalização não buscou entender que no caso do artigo indicado o qual daria o benefício decorrente do Programa de Promoção do Desenvolvimento da Bahia – PROBAHIA, conforme a Resolução nº 001/2015 do Fundo de Desenvolvimento Social e Econômico – FUNDESE é referente ao artigo 286, XVI, “a”, do RICMS/BA, folhas 551. Tal dispositivo determina o diferimento para as sucessivas saídas internas de lingotes e tarugos de metais não-ferrosos, bem como nas sucessivas saídas internas de sucatas de metais, papel usado, aparas de papel, ossos, ferro-velho, garrafas vazias, cacos de vidro e fragmentos, retalhos ou resíduos de plásticos, de borracha, de tecidos e de outras mercadorias. Portanto a recorrente mais uma vez não soube indicar o dispositivo correto.

Já na folha 622 cita o art. 286, XXV, para a nota fiscal 22.071. Diz que a fiscalização sempre procurou pautar o levantamento fiscal nas informações procedentes da impugnante, NF-e, EFD e legislação. Quando a verdade material foi comprovada pela impugnante, houve a devida correção durante o levantamento fiscal ou na informação fiscal. Se a recorrente se atrapalha nas suas informações, não é de bom tom acusar a fiscalização, para se eximir.

A NF 22.071, devido a informação trazida apenas na segunda manifestação defensiva, será excluída no ANEXO 20- DEMONSTRATIVO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA - INFORMAÇÃO FISCAL.

Conclui que, se o Órgão Julgador concordar com a metodologia, o valor fica conforme o ANEXO 20 - DEMONSTRATIVO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA - INFORMAÇÃO FISCAL.

Infração 11: Reproduz a alegação defensiva de que não existe a diferença a pagar de R\$ 317,25, pois o valor recolhido de R\$ 53.718,87 através do Auto de Infração nº 210425.0023/14-8 e o DAE foi gerado pela própria SEFAZ. Ratifica o ANEXO 18 - DEMONSTRATIVO DE IMPORTAÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

Conclui que, se o Órgão Julgador concordar com a metodologia, o valor fica conforme o ANEXO 18 - DEMONSTRATIVO DE IMPORTAÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

Reafirma que a realização de diligência requerida pelo defendante não se faz necessária, pois constam no presente PAF todos os elementos necessários para conclusão da procedência das infrações, inclusive as informações fiscais.

Por tudo quanto exposto, mediante as considerações apresentadas, mantém a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário apurado nas infrações, esperando dos membros deste Órgão Julgador, um julgamento pela procedência parcial do presente auto de infração.

Conforme fls. 656/657, o defendante foi intimado, com o encaminhamento de cópia da informação fiscal, sendo concedido o prazo de dez dias para se manifestar. Decorrido o prazo concedido, não houve qualquer manifestação.

## **VOTO**

O autuado apresentou o entendimento de que deve ser anulado o presente Auto de Infração, por falta de base fática, em razão dos documentos apresentados para comprovar as alegações defensivas, concluindo que em razão do não atendimento ao princípio da “verdade material”, específico no âmbito do direito tributário, merece anulação o auto impugnado por inexistência de suporte fático necessário e imprescindível para o lançamento.

Também alegou que houve cerceamento ao direito de defesa e inadequação da capitulação do auto. Afirmou que o contribuinte não é obrigado a pagar tributo sem a ocorrência do fato gerador, bem como, sem o devido enquadramento legal para os fatos geradores que tenham supostamente ocorrido. Disse que a Fiscalização apontou dispositivos de modo genérico

Observo que o Sistema de Fiscalização adotado pela SEFAZ/BA, comprehende normas de planejamento, execução, avaliação e controle de tributos estaduais. São executados roteiros de fiscalização, que são instrumentos pelos quais se definem todas as etapas dos serviços a serem executados pelos prepostos fiscais. Esses roteiros de fiscalização estabelecem metodologia e técnica de atuação fiscal, de modo que o desenvolvimento dos trabalhos fiscais esteja em conformidade com a legislação tributária, podendo a auditoria de fiscal ser realizada através de contagem física ou análise físico-documental ou digital, inclusive por meio de arquivos eletrônicos enviados à base de dados da SEFAZ, podendo ser aplicados os mencionados roteiros a qualquer estabelecimento.

Atualmente, utiliza-se a Escrituração Fiscal Digital – EFD, que se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como, no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte.

Entendo que os dispositivos da Lei 7.014/96, citados no AI, guardam relação com o imposto apurado pela autuante, conforme análise efetuada em relação ao mérito da autuação. Quanto ao Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, observo que a partir de abril de 2012 entrou em vigor o RICMS/2012, Decreto nº 13.780, de 16/03/2012, publicado no Diário Oficial do Estado de 17 e 18/03/2012. Portanto, não implica nulidade da autuação provável equívoco na indicação de

dispositivo da legislação tributária, tendo em vista que, pela descrição dos fatos, ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99. A descrição dos fatos e dispositivos regulamentares constantes no Auto de Infração indicam que a autuação fiscal trata de ICMS, tendo sido indicados artigos da Lei 7.014/96 e do RICMS-BA/2012.

Dessa forma, conclui-se que em relação ao argumento defensivo de que houve equívoco no enquadramento legal das infrações, não implica nulidade da autuação provável erro de indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF-BA/99.

O defensor também alegou que o presente Auto de Infração indica a ocorrência de onze infrações, todas anotadas em um único instrumento, fato que já constitui dificuldade de produção de defesa, cabendo a alegação de nulidade, eis que fere os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Observo que o presente lançamento foi efetuado sob o comando de Ordem de Serviço; não se constatou motivo para se entender que houve cobrança em duplicidade e não há prejuízo ao defensor o fato de ter sido lavrado o Auto de Infração tratando de onze infrações, desde que, a descrição dos fatos seja efetuada de forma compreensível, sejam indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, o que ocorreu no presente Auto de Infração.

Não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O autuado tomou conhecimento de todos os lançamentos efetuados, conforme se pode constatar nas planilhas acostadas aos autos, inexistindo cerceamento ao direito de defesa, e o defensor tem condições de acompanhar normalmente o deslinde de todas as questões suscitadas em relação a todos os itens do Auto de Infração.

Rejeito a preliminar de nulidade, considerando que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência fiscal e perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, incisos I e II do RPAF/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência, em vista das provas produzidas nos autos, inclusive, a revisão efetuada pela autuante. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, a infração 01 trata da falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução, nos meses de janeiro a junho, agosto a dezembro de 2014; abril, novembro e dezembro de 2015.

O defensor alegou que tomou a correta atitude de efetuar o estorno dos créditos através da emissão de novo documento fiscal específico para o mencionado estorno, respeitando o disposto no artigo 312, § 2º do RICMS-BA/2012.

Disse que a legislação que regula o ICMS determina que a natureza da operação seja de “Estorno de Crédito”, explicitando a origem do lançamento e o cálculo do valor do crédito estornado. Para comprovar a legitimidade dos estornos realizados, anexa uma planilha e respectivas notas fiscais contendo todas as justificativas legais para cada mercadoria relacionada pela fiscalização (Páginas 38/63).

Na informação fiscal às fls. 479 a 497 dos autos, a autuante disse que não procede a alegação defensiva, citou o art. 312, § 2º do RICMS/BA, e informou que através de consulta dos REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - OPERAÇÕES PRÓPRIAS em PDF, na mídia das folhas 168, pode-se constatar que não houve o lançamento no campo Estorno de Crédito referente ao art. 6º do Decreto nº 7.799/00. A maioria das notas apresentadas pelo deficiente, folhas 38 a 63 da defesa, e 212 a 237 do PAF, referem-se a estorno de débito de operações anteriores. Apresentou explicações, indicando as exclusões efetuadas, concluindo que, se o Órgão Julgador concordar, o valor exigido ficou reduzido, conforme o ANEXO 14 - ESTORNO DE CRÉDITO – SOST – INFORMAÇÃO FISCAL.

Na manifestação às fls. 520 a 556, deficiente afirmou que em relação à NF 405803 (DI 14/1597847-8), a autuante manteve indevidamente, uma vez que se trata de produto importado do exterior, não sendo, portanto, restrita a utilização dos créditos fiscais oriundos dessa operação, nos termos do disposto no art. 6º, § 2º do Decreto 7799/2000.

Em atendimento ao questionamento do deficiente, na informação fiscal foi prestada às fls. 630 a 647, a autuante disse que excluiu a referida nota fiscal, tendo elaborado o anexo ANEXO 19 - DEMONSTRATIVO ESTORNO DE CRÉDITO DEC. 7.799/00 - INFORMAÇÃO FISCAL. O deficiente foi intimado e não apresentou qualquer questionamento.

Observo que só é permitida a utilização do crédito na proporção das saídas tributadas. Em relação ao direito e escrituração do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, o contribuinte deve cumprir o que preceitua a legislação tributária, observando os limites ou condições para utilização de créditos fiscais. Conforme estabelece o art. 312 e seu § 1º do RICMS-BA/2012, c/c art. 29, § 8º da Lei 7.014/96, o contribuinte deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, em relação ao serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento quando a operação ou prestação subsequente ocorrer com redução da base de cálculo, e o valor do estorno será proporcional à redução.

Acato as informações prestadas pela autuante e voto pela subsistência parcial desta infração, no valor total de R\$1.319,42, conforme Anexo 19, demonstrativo elaborado à fl. 648 do PAF.

Infração 02: Falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de fevereiro, março e julho de 2014; abril, agosto, novembro e dezembro de 2015.

O deficiente alegou que as Notas Fiscais e a planilha que acostou aos autos demonstram que as operações listadas nesta infração possuem os respectivos documentos fiscais, e sofreram a correta tributação, porém, há interpretação equivocada pela fiscalização.

Disse que o sistema informatizado da SEFAZ-BA, algumas vezes, se encontra em manutenção, o que permite a emissão de notas fiscais do tipo “em contingência”, sendo que, posteriormente, quando ele retorna a operar normalmente, há um processamento automático dessas notas fiscais “em contingência” pelo próprio sistema da SEFAZ-BA, validando-as e gerando um número correspondente à chave eletrônica.

Neste sistema são então gerados dois números de notas fiscais: da nota fiscal “em contingência” e um segundo e diferente número quando ele retorna a operar normalmente (chave eletrônica). Informou que escritura no SPED Fiscal sempre a nota fiscal com o primeiro desses números, gerado no tipo “em contingência”, mas a fiscalização pretende cobrar nessa infração o débito da mesma operação de saída, porém, do número gerado na validação (chave eletrônica).

Na informação fiscal às fls. 479 a 497 dos autos, a autuante informou que no demonstrativo da defesa, folhas 238 a 260 do PAF, constam explicações que não justificam a improcedência a infração, como por exemplo: nota aprovada somente no dia 16/07/2014, não foi importada para a EFD; nota impressa em contingência, não foi importada para a EFD; e por um erro sistemático as notas não foram importadas para a EFD. A NF 498030 existe e foi emitida para OMAMORI IND DE ALIM LTDA. A NF 490.031 foi emitida para IND DE ALIM E TRANSPORTE MARLEME LTDA. Portanto são notas distintas.

Também informou que foi verificado na EFD as notas em contingência apresentadas, e nos casos encontrados estas notas foram excluídas do levantamento fiscal, conforme ANEXO 15 - DEMONSTRATIVO DE NF-e NÃO LANÇADA - INFORMAÇÃO FISCAL.

Na última informação fiscal prestada às fls. 630/647, a autuante apresentou as explicações quanto aos documentos não acatados, inclusive em relação ao argumento defensivo de que diversas notas de contingência não foram importadas à EFD, por um erro sistêmico, porém, foram devidamente aprovadas pela SEFAZ-BA. Disse que a SEFAZ-BA não apresenta qualquer obrigatoriedade de registro das notas fiscais de contingência após a sua apresentação e aprovação pela SEFAZ, conforme preleciona a “Cartilha do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED” (Pág. 43 a 72), extraída do site da SEFAZ-BA.

Também informou que os argumentos apresentados nas manifestações defensivas foram analisados e as correções foram feitas quando devidas, incluindo a NF 500571, que o impugnante alegou ter sido denegada pela SEFAZ motivo 302 - IRREGULARIDADE FISCAL DO DESTINATÁRIO e que a operação foi cancelada. Entretanto, conforme cópia obtida no sistema desta Secretaria, a referida NF 500571 foi autorizada.

Considerando as comprovações apresentadas, acato as exclusões efetuadas pela autuante e concluo pela subsistência parcial deste item do presente lançamento, no valor total de R\$14.929,21, de acordo com o Anexo 15 – demonstrativo às fls. 499/502 do PAF.

Infração 03: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a maio, julho, novembro e dezembro de 2014; janeiro a agosto e outubro de 2015.

O defendant alegou que a Fiscalização considerou uma grande parcela de operações às quais não há a ocorrência tributação para efetuar a autuação, conforme detalhadamente evidenciado na planilha que acostou aos autos, onde são esclarecidos cada item da ação utilizada pela autuante (Páginas 156 a 187).

Dentre essas inclusões destaca a indevida tributação de produtos isentos e que estão sujeitos ao regime de substituição tributária. No rol dos produtos isentos destaca a inclusão indevida de jardineira de legumes e favas. Dentre os produtos da substituição tributária destaca, pão de queijo (item 11.18, do Anexo I do RICMS/2012), e presunto cru espanhol (item 11.31, do Anexo I do RICMS/2012).

Na informação fiscal às fls. 479 a 497 dos autos, a autuante disse que cabe à Fiscalização determinar se os produtos são tributáveis, isentos ou submetidos ao regime de substituição tributária, e que seria uma adivinhação saber por que o contribuinte não considerou a mercadoria tributada.

Em relação aos produtos BROCOLIS CONG ATI GEL 6X1.5KG, ERVILHA CONG ATI GEL 10KG, FAVA CONG 16X400G, JARDINEIRA CONG ATI GEL 4X2.5KG, MANDIOCA PALITO CONG ATI GEL 4X2.5KG, diz que o defendant alega que conforme art. 265, I, “a”, do RICMS-BA e Convênio ICM 44/75, § 4º os itens são isentos, disse que a alegação do autuado não procede em relação a produtos congelados, tendo em vista que produto congelado não encontra-se em estado natural e não é resfriado, portando estes itens estão sujeitos à tributação normal.

A autuante analisou cada um dos demais produtos questionados pelo defendant, informando aqueles que foram excluídos do levantamento fiscal, a exemplo do Kit Montreal, tendo elaborado o ANEXO 16 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - NF - BONIFICAÇÃO NÃO TRIBUTADA - INFORMAÇÃO FISCAL – fls. 503/504 do PAF.

Na manifestação apresentada após a informação fiscal, o defendant afirmou que mesmo a autuante tendo reconhecido que diversos itens deveriam ser afastados, ela manteve a tributação sobre outros diversos itens isentos ou os quais estão sujeitos à substituição tributária. Citou os produtos hortifrutícolas isentos desconsiderados pela autuante, ressaltando que o mero

congelamento não altera o estado natural do produto hortifrutícola, permanecendo em estado natural e conservando todas as suas características originais.

O defensor apresentou manifestação às fls. 520 a 556, afirmando que mesmo a autuante tendo reconhecido que diversos itens deveriam ser afastados, ela manteve a tributação sobre outros diversos itens isentos ou os quais estão sujeitos à substituição tributária. Cita os produtos hortifrutícolas isentos desconsiderados pela autuante, ressaltando que o mero congelamento não altera o estado natural do produto hortifrutícola, permanecendo em estado natural e conservando todas as suas características originais. Ou seja, ainda que o produto tenha sido congelado ou até mesmo embalado, não é possível afastar sua natureza de produto hortifrutícola, bem como a isenção prevista no art. 265, I, "a" do RICMS-BA/2012.

No tocante aos produtos que não estão sujeitos à substituição tributária, indicados pela autuante, apresenta explicações, e diz que não é possível verificar nas referidas explicações, tanto em relação aos itens isentos, quanto de produtos sujeitos à substituição tributária, a Fiscalização ainda deixou de excluir diversos produtos os quais sequer deveriam ser tributados.

Entendo que a legislação de forma taxativa, tratou dos produtos hortifrutícolas em estado natural, cortados, picados, fatiados, torneados, descascados, desfolhados, lavados, higienizados, embalados ou resfriados. Neste caso, não se admite estender-se para outras situações não descritas na referida norma.

Quanto aos demais produtos, concordo com os esclarecimentos da autuante, inclusive em relação às mercadorias saídas em bonificação, que deve ter o débito na saída. No caso de o contribuinte que distribuir brindes ou bonificações deve emitir e lançar a respectiva Nota Fiscal no Registro de Saídas, na forma regulamentar, devendo realizar essa operação com débito do imposto.

Acato as exclusões efetuadas pela autuante e concluo pela subsistência parcial deste item do presente lançamento, no valor total de R\$1.833,56, de acordo com o Anexo 16 – demonstrativo às fls. 503/504 do PAF.

Infração 04: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de maio, julho e setembro de 2014.

O defensor informou que reconhece ser devido o valor apontado pela Fiscalização, contudo, entende ser necessária a realização de diligência e elaboração de novo Auto de Infração, com a correta determinação do montante devido, bem como das multas e juros sobre ele incidentes.

Na informação fiscal às fls. 479 a 497 dos autos, a autuante afirmou não ser necessário lavrar auto de infração, e ratifica a exigência fiscal constante deste item da autuação fiscal. Disse que, pelos dispositivos legais indicados, não é possível neles verificar qualquer tipo de imputação legal ao descumprimento de obrigação por parte do contribuinte, sendo muito difícil a elaboração de defesa.

Não acato a alegação defensiva, considerando que a descrição da infração foi efetuada de forma comprehensível, tendo sido indicado o correspondente demonstrativo de apuração do débito, Anexo 5 – Demonstrativo de Conta Corrente 2014 (fl. 96). O autuado tomou conhecimento do lançamento efetuado, inexistindo cerceamento ao direito de defesa, e o defensor tem condições de entender normalmente o levantamento fiscal em relação a todos os valores apurados.

Se o levantamento fiscal é efetuado com base em dados fornecidos pelo autuado por meio dos arquivos eletrônicos e declarações econômico-fiscais, a correção de tais arquivos é de responsabilidade do contribuinte e tais registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais.

Os dispositivos da Lei 7.014/96, citados nesta infração, guardam relação com o imposto apurado pela autuante, e não implicaria nulidade da autuação se existisse equívoco na indicação de dispositivo da legislação tributária, tendo em vista que, pela descrição dos fatos, ficou evidente o

enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99. A descrição dos fatos e dispositivos regulamentares constantes no Auto de Infração indicam que a autuação fiscal trata de ICMS, sendo indicados artigos da Lei 7.014/96 e do RICMS/BA/2012. Mantida a exigência fiscal.

As infrações 05 e 06 serão analisadas conjuntamente, mantendo-se a mesma ordem em que foi apresentada a defesa, tendo em vista que tratam de recolhimento a menos do ICMS, e o autuado apresentou impugnação combatendo simultaneamente estes dois itens.

Infração 05: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, nos meses de janeiro a abril e de agosto a dezembro de 2014. Anexo 7, fls. 110/111 do PAF.

Em complemento, consta a informação de que o contribuinte lançou ICMS nos registros fiscais dos documentos de saídas de mercadorias e prestação de serviços referentes a notas fiscais do anexo 7, com valor superior ao destacado no documento fiscal. Anexo 7 – Demonstrativo de Débito a Menor – DIVERGÊNCIA EFD x NF-e. Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético e NF-e.

Infração 06: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, nos meses de julho de 2014 e junho de 2015. Anexo 3, fl. 88 do PAF.

Em complemento, consta a informação de que o contribuinte lançou ICMS nos registros fiscais dos documentos de saídas de mercadorias e prestação de serviços referente a notas fiscais do anexo 3 como canceladas, quando na realidade estas notas estão autorizadas, conforme relatório do portal [www.nfe.fazenda.gov.br](http://www.nfe.fazenda.gov.br). Anexo 3 – Demonstrativo Nota Fiscal Válida lançada como Cancelada. Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético e NF-e.

O defensor alegou que reconhece ser devido parte do valor apontado pela Fiscalização, contudo, diz ser impossível mensurar através da autuação o valor total devido, conforme demonstra planilha anexa (Páginas 188 a 232). Entende ser imprescindível a realização de diligência fiscal para determinação correta do montante devido.

Na informação fiscal às fls. 479 a 497 dos autos, a autuante disse que em relação à infração 5, o impugnante contesta as notas fiscais 372240 e 377485.

Quanto à NF 372.240, o defensor alegou que conforme operação realizada na entrada de mercadorias, através da NF 323992 (fl. 373), utilizando o crédito com base reduzida em 41,176%, na devolução aplica-se da mesma forma. Recolheu o débito de 10% sobre o valor total da NF de R\$ 634,42. A autuante afirmou que a nota fiscal 372240, fl. 372 do PAF, não tem os mesmos dados da XML da chave 2914030704130700018055003000372240111015032. Conforme XML a base de cálculo é de R\$ 2.195,10 e o imposto destacado é de 373,17, o que diverge da nf 372240. Se há algum erro, este deve ser corrigido com emissão de outra nota e não corrigir diretamente na EFD.

Em relação à NF 377485 (fl. 379), o defensor afirmou que a operação possui destaque de ST, o valor calculado na coluna “VlIcmsNfe” está considerando o total da NF e não o valor dos produtos para cálculo do ICMS normal. A autuante diz que a referida nota fiscal de fl. 379 não tem os mesmos dados da XML da chave 29140407041307000180550030003774851111009040. Somando o valor do ICMS normal desta XML (6,78 + 13,80 + 11,60 + 2,64), encontra-se o resultado 34,82. Diz que o valor reclamado está correto. Sobre a infração 6, ressalta que o impugnante não contesta, conforme observações nas folhas 232.

O defensor afirmou que houve um erro de parametrização da NF-e no momento da conversão do XML ao EFD, uma vez que foi incluído indevidamente à base de cálculo do ICMS do produto “FAR SEMOLA RENATA 10X1KG” o montante relativo ao valor do ICMS-ST, ou seja, R\$ 22,00.

A autuante informou que a soma do ICMS NORMAL dos itens ( $6,78 + 13,80 + 11,60 + 2,64 = 34,82$ ) não levou em consideração o valor do ICMS-ST. O valor lançado na EFD de 33,94 é inferior ao ICMS NORMAL destacado no documento fiscal de 34,82. Conclui que a EFD deve ser fiel aos documentos emitidos pela empresa.

A Escrituração Fiscal Digital – EFD, se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte.

Consideram-se escriturados os livros e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega e, havendo necessidade de alteração parcial ou total das informações constantes do arquivo da EFD já transmitido, o contribuinte deverá retransmiti-lo com todas as informações, ressaltando-se que o § 2º, do art. 247 RICMS-BA/2012, prevê que se consideram escriturados os livros e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega.

Neste caso, se houve erro na emissão do documento fiscal, não se corrige apenas com a escrituração fiscal, haja vista que a mencionada escrituração é efetuada com base nos documentos fiscais. O levantamento fiscal que resultou na lavratura do presente Auto de Infração foi efetuado com base em dados fornecidos pelo autuado por meio de EFD. A correção de erros, se existirem é de responsabilidade do contribuinte e os registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais, e no caso de existência de erros, compete ao contribuinte informar e corrigir o erro antes de qualquer ação fiscal. Assim, voto pela subsistência das infrações 05 e 06.

Infração 07: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2014 e de janeiro a dezembro de 2015. Anexo 8, fls. 112 a 125 do PAF.

O defensor alegou que a acusação se mostra imprecisa quando se analisa pormenorizadamente os produtos os quais se alega alíquota incorreta, diferenças estas presentes nas planilhas e notas fiscais anexas (Páginas 233 a 284, Planilha em arquivo digital - CD).

Disse que se tem a indevida alteração das alíquotas dos produtos importados abrangidos pela Resolução nº 13/2012 do Senado Federal, que reduziu as alíquotas do ICMS dos produtos importados à 4% (Águas importadas, Filé de Salmão Defumado, Picanha Importada Uruguaia), bem como a indevida determinação da alíquota de 17% sobre produtos cuja alíquota é 7% (milho branco para canjica), nos termos do disposto no artigo 16, I da Lei nº 7.014/1996.

Na informação fiscal às fls. 479 a 497 dos autos, a autuante disse que na EFD, os itens do anexo 8 estão indevidamente com CST de produto nacional, induzindo a fiscalização a erro. Apresenta comentários em relação aos produtos mantido e aqueles que foram excluídos do levantamento fiscal, concluindo que, se o Órgão Julgador concordar, o valor do débito fica conforme o ANEXO 17 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL, fls. 505 a 514 do PAF.

Na manifestação apresentada às fls. 520 a 556, o defensor afirmou que a autuação deve ser anulada, ainda que parte dela esteja correta, uma vez que incluiu indevidamente na base de cálculo de seu valor devido diversos produtos os quais a tributação ou deveria ser sob a alíquota de 7%, no caso do milho branco, ou deveria ser 4%, nos casos de produtos importados, demonstrando assim, imprecisão e ausência da verdade material.

A autuante explicou que, acordo com o parecer 19311/2015, no tocante ao produto “milho de mungunzá”, também denominado como “milho para canjica branca e amarela”, o entendimento já pacificado na Diretoria de Tributação é no sentido de que o mesmo não se caracteriza como milho comum, podendo apresentar-se pré-cozido, com condimento, ou após processo de beneficiamento que lhe modificou a natureza, a cor, entre outras características. Com efeito, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com o milho de pipoca, que não sofre qualquer alteração

física ou química para que seja utilizado com essa finalidade (sendo, portanto, tributado pela alíquota de 7%), o chamado milho para canjica, encontrado no mercado normalmente em grãos na cor branca e, em menor proporção, na cor amarela, é obtido retirando-se o gérmen, usado na extração do óleo, e a película externa do grão.

Após essas operações, os grãos são polidos para a retirada do pó, lavados, secados e embalados. Esse processo de beneficiamento extra é justamente o que confere a esse tipo de milho maior valor econômico, descaracterizando-o como o milho comum integrante da chamada “cesta básica”, e tributado pela alíquota reduzida. O “milho para mungunzá” ou “milho para canjica” deve ser tributado pela alíquota normal de 17%, não estando alcançado pela tributação diferenciada estabelecida no art. 16, inciso I, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Após analisar cada um dos produtos questionados pelo defendant, ratificou o ANEXO 17 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

Analizando os elementos constantes nos autos, constato que a autuante efetuou revisão do levantamento fiscal acatando parte das alegações defensivas, de acordo com a legislação pertinente à matéria e os dados encontrados na Escrituração Fiscal Digital – EFD. Neste caso, não foi constatado reparo a fazer nos novos valores apurados, e acato as informações prestadas nas informações fiscais, concluindo pela subsistência parcial deste item do presente lançamento, no valor total de R\$1.927,86, de acordo com o ANEXO 17 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO, fls. 505 a 514 do PAF.

Infração 08: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro, fevereiro, maio a dezembro de 2014; e de janeiro a dezembro de 2015. Anexo 9, fls. 126 a 144 do PAF.

O defendant informou que reconhece ser devido parte do valor apontado pela Fiscalização, contudo, diz ser impossível mensurar através da autuação o valor total devido, conforme demonstra planilha anexa.

Na informação fiscal às fls. 479 a 497 dos autos, a autuante disse que o defendant reconhece parte da infração e analisa os itens impugnados.

CASTANHA CAJU TORRADA 320 W1 KG, CASTANHA PARA KG, COCADINHA BAHIA PC 50UN, PALMITO INT NATUVALE 1.8KG, REFR PO SUSTENTARE e VINAG BALS MARATA 500ML – O autuado alegou que mesmo a alíquota saindo errada com redução para 10%, não houve prejuízo para o Estado, vez que, se houvesse saída com 12%, faria jús a redução de 16,667% conforme Art. 2º do Decreto 7.799/00, realizando o estorno de 2% na Apuração de ICMS. A autuante disse que alegação não procede, pois estes itens foram considerados na rotina de estorno de débito referente ao art. 2º do Decreto nº 7.799/00. Neste caso, se já foram considerados para o estorno, fica caracterizado o erro na apuração do imposto devido e a apuração foi efetuada com base na EFD do contribuinte.

LEITE PO MOLICO 300G – O autuado afirmou que a alíquota é de 7% conforme art.268, inciso XXV do RICMS. A autuante afirmou que este dispositivo é para leite em pó fabricado na Bahia, o que não é o caso do LEITE PO MOLICO 300G.

MILHO BRANCO CANJICA RAVAX KG – O defendant afirmou que a alíquota de Milho é 7% ( Sete por cento) conforme Lei 7.014, de 04/12/1996, Artigo 16, inciso I, letra “a”. A autuante esclareceu que este item é um milho beneficiado com polimento e não se enquadra no dispositivo do art. 16, inciso I, “a” da Lei 7.014/96.

Analizando os elementos constantes nos autos, acompanho o posicionamento da autuante, haja vista que ficou caracterizado recolhimento a menos do imposto em razão de o autuado ter realizado operações com erro na determinação da base de cálculo em desacordo com o previsto na legislação, conforme apurado no levantamento fiscal. Infração subsistente.

Infração 09: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual, no período de janeiro a outubro e dezembro de 2014; agosto e dezembro de 2015.

O defensor alegou que a Fiscalização novamente incorreu em equívoco, uma vez que a planilha e os documentos anexos demonstram que para os casos listados nesta infração aplicam-se as seguintes justificativas nas operações devidamente apontadas na planilha (Páginas 285 a 287. Planilha em arquivo digital - CD):

1. A Nota Fiscal foi emitida como “isento” em virtude de um erro cadastral, porém, o cliente é contribuinte do ICMS, conforme Inscrição Estadual (extrato da Situação Cadastral SINTEGRA anexo).
2. A cobrança não procede, tendo em vista que as mercadorias vendidas com CFOP 6403 permitem a utilização dos créditos, conforme previsão estabelecida no art. 301, incisos I e II do RICMS-BA/2012, Decreto 13.780/2012.

Na informação fiscal às fls. 479 a 497 dos autos, a autuante disse que o autuado apresentou alegações na planilha INFRAÇÃO 09 – ANEXO 10 – NÃO CONTRIBUINTE –SOST em arquivo digital – CD, fl. 476. Analisa os questionamentos apresentados pelo defensor.

1. AÇUCAR, ALCATRA, BACON, BATATA PALHA, BISTECA, BOMBOM SONHO DE VALSA KG, CAFÉ, CARNE SOL C MOLE FRIMASA MANTA KG, CHOC GRANUL MIL CORES KG, CORACAO FRANGO SADIA 10KG, COSTELA SUINA SALG KG, COSTELA SUINA, COXA S COXA, CRUZ MACHADO FRIBARREIRAS KG, DETERGENTE, ESPUM TERRANOVA MOSCATEL 750ML, FAR ROSCA RAVAX KG, FIGADO BOV FRIBOI KG, FILE PEITO FRANGO GUIBON 18 KG, INSET MAT INSET MULT AEROSOL 12X300ML, LUVA, PE PORCO SALGADO SAUDALI 10KG, PEITO FRANG, PERNIL SUINO, RABO SALGADO SAUDALI 10KG – O autuado alegou que a cobrança não procede, tendo em vista, que as mercadorias vendidas com CFOP 6403, permite utilização dos créditos, conforme previsão legal estabelecida no Art. 301, incisos I e II do RICMS-BA/2012, Decreto 13.780/2012. A autuante esclarece que o direito ao crédito estabelecido no art. 301 é para situações em que existe convênio ou protocolo. Estes itens, para os estados destinatários, não têm convênio ou protocolo.
2. BISCOITO, ESPUM CHANDON PASSION 750ML, LASANHA BAHIA 14X500G e TORRAD SH – O autuado alegou que a cobrança não procede, tendo em vista, que as mercadorias vendidas com CFOP 6403, permite utilização dos créditos, com amparo conforme previsão legal estabelecida no Art. 301, incisos I e II do RICMS-BA/2012, Decreto 13.780/2012. A autuante informa que o art. 301 não desobriga a nota fiscal de saída de ter a devida tributação do ICMS normal.
3. PÃO QJ COQUETEL S.GERALDO 10X1KG – Autuado afirmou que a cobrança não procede, tendo em vista, que as mercadorias vendidas com CFOP 6403, permite utilização dos créditos, com amparo conforme previsão legal estabelecida no Art. 301, incisos I e II do RICMS-BA/2012, Decreto 13.780/2012. Autuante esclarece que pão de queijo não está na substituição.

Com relação aos demais itens, o impugnante alega que as empresas com CNPJ: 02.857.954/0009-06, 04.269.466/0001-48 e 04.929.559/0001-51 são contribuintes. A autuante informou que os documentos das folhas 285 a 287 da defesa, 459 a 461 do PAF, a empresa de CNPJ: 04.929.559/0001-51 tem atividade comercial para artigos de uso domésticos e os produtos adquiridos são alimentos. A atividade de BUFE é prestação de serviço.

Acompanho as conclusões da autuante, considerando que não ficou comprovado nos autos que as operações estivessem alcançadas pelo regime de substituição tributária em operações para estado signatário de convênio ou protocolo e os demais itens não ficou comprovado que se trata de aquisição de mercadorias para comercialização ou industrialização, com aproveitamento do crédito fiscal pelas entradas. Infração subsistente.

Infração 10: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de fevereiro e março de 2014; abril, maio, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2015.

O defensor alegou que a exigência fiscal não procede, uma vez que o impugnante está inserido no Programa de Promoção do Desenvolvimento da Bahia - PROBAHIA, conforme a Resolução nº 001/2015 do Fundo de Desenvolvimento Social e Econômico - FUNDESE. Foi concedido ao impugnante o direito ao diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, na aquisição de bens para compor o ativo imobilizado da empresa, para o momento de desincorporação nos termos do art. 286, §§ 13, 14, 15, XXV do RICMS/BA.

Na informação fiscal às fls. 479 a 497 dos autos, a autuante disse que o defensor apresentou alegações na planilha INFRAÇÃO 10 – ANEXO 10 – DIFAL –SOST em arquivo digital – CD, fl. 476. Analisou os questionamentos do autuado e concluiu pela inexistência de correção a ser feita, ratificando a exigência fiscal.

Entretanto, na informação fiscal prestada às fls. 630 a 647, a autuante esclareceu que o artigo 286, XVI, “a”, do RICMS/BA, determina o diferimento para as sucessivas saídas internas de lingotes e tarugos de metais não-ferrosos, bem como nas sucessivas saídas internas de sucatas de metais, papel usado, aparas de papel, ossos, ferro-velho, garrafas vazias, cacos de vidro e fragmentos, retalhos ou resíduos de plásticos, de borracha, de tecidos e de outras mercadorias.

A defesa afirmou que o art. 286, XXV, se aplica para a nota fiscal 22.071. Disse que a fiscalização sempre procurou pautar o levantamento fiscal nas informações procedentes da impugnante, NF-e, EFD e legislação. A autuante informou que a NF 22.071, devido a informação trazida apenas na segunda manifestação defensiva, foi excluída no ANEXO 20- DEMONSTRATIVO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA - INFORMAÇÃO FISCAL.

Conclui que, se o Órgão Julgador concordar, o valor fica conforme o ANEXO 20- DEMONSTRATIVO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA - INFORMAÇÃO FISCAL fls. 649/950 do PAF.

Vale ressaltar, que de acordo com as fls. 539/540, o defensor foi intimado, com o encaminhamento de cópia da informação fiscal, sendo concedido o prazo de dez dias para se manifestar. Decorrido o prazo concedido, não houve qualquer manifestação.

Acolho os novos valores apurados após a revisão efetuada pela autuante e voto pela subsistência parcial deste item do presente lançamento, no valor total de R\$721,06, conforme ANEXO 20- DEMONSTRATIVO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA - fls. 649/650 do PAF.

Infração 11: Recolhimento do ICMS efetuado a menos pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembarço, que pela utilização incorreta da taxa cambial, nos meses de setembro de 2014; setembro e dezembro de 2015.

O defensor alegou que essa mesma infração foi objeto do Auto de Infração nº 210425.0023/14-8, o qual já foi devidamente quitado, conforme documento anexo (Páginas 288 a 301). Ou seja, o crédito tributário cobrado pela Fazenda Estadual já foi devidamente reconhecido e quitado no Auto de Infração nº 210425.0023/14-8, não se mantendo a presente infração, ante a perda do seu objeto.

Na informação fiscal às fls. 479 a 497 dos autos, a autuante disse que o auto de infração citado pelo defensor só se refere à DI 14/1860181-2, e mesmo assim, o valor reclamado foi a menor. Portanto, o referido AI 210425.0023/14-8, não abrange as DI's 15/1629575-9 e 15/2093310-1.

Conclui que, se o Órgão Julgador concordar com a metodologia, o valor fica conforme o ANEXO 18 - DEMONSTRATIVO DE IMPORTAÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL, fl. 515 do PAF.

O defensor apresentou manifestação às fls. 520 a 556, alegando que a diferença de R\$317,25 apontada pelo autuante, à fl. 515, não existe, uma vez que o valor recolhido de R\$53.718,87, foi

realizado através do pagamento de DAE, que foi gerado pela própria SEFAZ-BA, sendo assim, o contribuinte apenas cumpriu o regular pagamento do débito indicado pelo órgão fazendário.

Observo que os valores exigidos mediante lançamento por meio de Autos de Infração, estão sujeitos à realização de revisão, haja vista que no próprio auto consta a ressalva quanto ao direito de a Fazenda Estadual apurar em qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial, a ocorrência de outros elementos que possam configurar obrigações tributárias. Neste caso, se foi exigido na autuação fiscal anterior valor inferior ao efetivamente devido, é correto efetuar o lançamento neste auto do valor correspondente à diferença encontrada.

Dessa forma, acato o demonstrativo elaborado pela autuante, e concluo pela subsistência parcial desta infração, no valor total de R\$482,87, conforme o ANEXO 18 - DEMONSTRATIVO DE IMPORTAÇÃO, fl. 515 do PAF.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo.

INFRAÇÃO Nº	C O N C L U S Ã O	IMPOSTO
01	PROCEDENTE EM PARTE	1.319,42
02	PROCEDENTE EM PARTE	14.929,21
03	PROCEDENTE EM PARTE	1.833,56
04	PROCEDENTE	3.510,93
05	PROCEDENTE	7.261,08
06	PROCEDENTE	305,40
07	PROCEDENTE EM PARTE	1.927,86
08	PROCEDENTE	2.556,02
09	PROCEDENTE	31.439,19
10	PROCEDENTE EM PARTE	721,06
11	PROCEDENTE EM PARTE	482,87
<b>T O T A L</b>	-	<b>66.286,60</b>

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 274068.0008/18-1, lavrado contra **SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$66.286,60**, acrescido das multas de 60% sobre R\$51.357,39, e 100% sobre R\$14.929,21, previstas no art. 42, inciso II, alíneas “a”, “b” e “f”; incisos III e VII, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2019

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA