

**A. I. N°** - 274068.0007/18-5  
**AUTUADO** - SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 07/05/2019

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0075-03/19**

**EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado, pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. Na revisão efetuada pela autuante, foram acatados argumentos e documentos fiscais apresentados para comprovar as alegações defensivas, ficando reduzido o débito originalmente apurado. Infração subsistente em parte. b) LANÇAMENTO DE DOCUMENTO FISCAL EM DUPLICIDADE. Em relação ao direito e escrituração do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, o contribuinte deve observar o que preceitua a legislação tributária, observando os limites ou condições para utilização de créditos fiscais, inexistindo possibilidade de utilização de crédito fiscal em duplicidade. c) SAÍDAS SUBSEQUENTES EFETUADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Em razão dos argumentos e documentos trazidos pelo defendente, tendo sido acolhidos pela autuante, ficou configurada a insubsistência deste item da autuação fiscal. d) UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE. Infração comprovada. e) DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE. Após revisão efetuada pela autuante, o débito ficou reduzido. f) FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO CRÉDITO FISCAL. Somente será admitido o crédito fiscal do valor do ICMS corretamente calculado, mesmo que o imposto tenha sido destacado a mais do que o devido no documento fiscal. Efetuada revisão pela autuante para excluir documento fiscal efetivamente comprovado, ficando reduzido o débito da infração 10. 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 29/06/2018, refere-se à exigência do crédito tributário, no valor total de R\$66.561,93, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.02.05: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015. Valor do débito: R\$47.281,26. Multa de 60%. Anexo 1 – Demonstrativo de Crédito Indevido – MERCADORIA SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.

Infração 02 – 01.02.20: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade, no mês de novembro de 2015. Valor do débito: R\$43,52. Multa de 60%. Anexo 2 – Demonstrativo de Crédito Indevido – LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE.

Infração 03 – 01.02.26: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, nos meses de junho de 2014; setembro e novembro de 2015. Valor do débito: R\$1.903,52. Multa de 60%. Anexo 6 – Demonstrativo de Crédito Indevido – MERCADORIA ISENTA.

Infração 04 – 01.02.40: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de janeiro a dezembro de 2014; janeiro a junho, setembro a novembro de 2015. Valor do débito: R\$5.318,83. Multa de 60%. Anexo 4 – Demonstrativo de Crédito Indevido – ICMS lançado na EFD maior que NF-e.

Infração 05 – 01.02.40: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de janeiro, maio, julho, setembro a dezembro de 2014; janeiro a dezembro de 2015. Valor do débito: R\$10.135,01. Multa de 60%. Anexo 5 – Demonstrativo de Crédito Indevido – ALÍQUOTA DIVERGENTE.

Infração 06 – 01.02.40: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de fevereiro de 2014; abril e maio de 2015. Valor do débito: R\$518,71. Multa de 60%. Anexo 6 – Demonstrativo de Crédito Indevido – ICMS LANÇADO NA EFD MAIOR QUE CT-e (Conhecimento de Transporte Eletrônico).

Infração 07 – 01.02.41: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos meses de janeiro a novembro de 2014; junho, agosto a dezembro de 2015. Valor do débito: R\$986,22. Multa de 60%. Anexo 10 – Demonstrativo de Crédito Indevido – MERCADORIA PARA FORMAÇÃO DE CESTA E KIT.

Infração 08 – 01.02.42: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, no mês de janeiro de 2015. Valor do débito: R\$12,52. Multa de 60%. Anexo 7 – Demonstrativo de Crédito Indevido – NF-e CANCELADA E LANÇADA.

Infração 09 – 01.02.42: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, no mês de janeiro de 2015. Valor do débito: R\$85,78. Multa de 60%. Anexo 8 – Demonstrativo de Crédito Indevido – NF-e DENEGADA E LANÇADA.

Infração 10 – 01.02.42: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de maio, novembro e dezembro de 2015. Valor do débito: R\$276,56. Multa de 60%. Anexo 9 – Demonstrativo de Crédito Indevido – CT-e LANÇADO DE OUTRO TOMADOR.

O autuado apresentou impugnação às fls. 147 a 173 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e informa que atua no ramo de comércio atacadista de mercadorias alimentícias em geral, recolhendo todos os tributos vinculados à sua atividade empresarial, dentre os quais, a incidência do Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).

Para possibilitar o recolhimento deste imposto, diz que efetua todas as obrigações acessórias impostas pelo Estado, cumprindo com exatidão todas as determinações da Secretária da Fazenda do Estado da Bahia, onde está localizada. Contudo, apesar de seguir perfeitamente a legislação pertinente ao imposto citado, foi surpreendido com a lavratura do presente Auto de Infração, exigindo o pagamento de crédito tributário no valor de R\$ 130.688,32, incluindo principal, moratório e multa, sendo este dividido em 10 infrações, as quais se referem a diversos períodos, todos compreendidos entre janeiro de 2014 e dezembro de 2015.

Antes de adentrar aos fundamentos factuais e jurídicos, informa que todos os itens constantes no Auto de Infração foram justificados em procedimento fiscalizatório anterior à autuação. Diz que a

alegação sustentada pela fiscalização de que ocorreu pagamento a menos do tributo não encontra fundamento, diante da documentação fiscal apresentada, uma vez que restou amplamente demonstrado na diligência em comento, que eram legítimos os créditos.

Ressalta que outras anteriores diligências foram realizadas, em relação a operações idênticas que compõem o presente Auto de Infração, contudo, nessas outras situações, a fiscalização não aplicou o mesmo entendimento, o que ofende o art. 146 do CTN.

Entende que, desta feita, cabe a anulação da autuação, por falta de base fática, em razão dos documentos já apresentados em diligência anterior à constituição do crédito tributário, demonstrarem amplamente que nenhum tributo adicional é devido.

Reproduz o art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN, e afirma que a autoridade administrativa tem o dever de buscar a ‘verdade material’, visando garantir a legalidade tributária estrita e vinculada à lei tributária, visando garantir a legítima constituição do crédito tributário pleiteado, de maneira a permitir que o contribuinte autuado possa verificar a veracidade dos fatos e, conseqüentemente, defender-se mediante impugnação.

Afirma que os fatos alegados pela fiscalização 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. Se os tivesse melhor apurado, inclusive, analisando as respostas lhe foram enviadas pelo próprio impugnante, teria averiguado os fatos justificados, de maneira que teria evitado o auto de infração ora impugnado.

Transcreve o art. 2º e 53 do RPAF-BA/99, 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 alega nulidade do auto infração, afirmando que houve cerceamento ao direito de defesa e inadequação da capitulação do auto. Diz que o princípio constitucional da tipicidade, por sua vez, assegura que os tributos devem ser descritos em modelos, taxativamente relacionados, que demonstrem com precisão a situação econômica que procuram alcançar, sem margem para utilização de critérios subjetivos.

Também comenta sobre o princípio da reserva de lei, destacando que o direito tributário brasileiro acolhe a reserva absoluta de lei, no que diz respeito à definição de todos os elementos essenciais da incidência tributária. Como consequência natural da aplicação conjunta dessas diretrizes, afirma 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.

Diz 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.

No caso em tela, destaca que o presente Auto de Infração indica a ocorrência de dez 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 AI possuem fundamentação genérica.

Diz que a Fiscalização apontou dispositivos de modo genérico, já que os arts. 9º, 29, 31 da Lei 7.014/96 não se enquadram nas hipóteses descritas para as infrações apontadas, e os arts. 290, 309 e

310 do RICMS-BA/2012 (Decreto nº 13.780/2012), possuem diversos incisos e alíneas, que disciplinam múltiplas situações, não tendo sido especificado qual delas foi infringida.

Afirma que, diante dessa 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.

Entende que os fatos narrados não foram provados, mas apenas foram listados; os fatos narrados não espelham a realidade e, muito menos, os fatos tidos como infringidos; e as normas elencadas como fundamentos da ilegalidade tributária, sequer contêm hipóteses de incidência de ICMS ou de hipóteses legais que tipificam infrações e, por conseguinte, são insuficientes e nulas porque sem qualquer aplicação sobre os fatos alegados ou sobre qualquer fato.

Comenta sobre o art. 18, IV, “a” do RPAF-BA/99, e afirma que deve ser cancelado o presente lançamento para que outro seja efetuado com a descrição precisa dos acontecimentos, após conhecimento da efetiva utilização dos produtos.

Por estas razões, afirma que deve ser reconhecida a nulidade total do presente Auto de Infração, tendo em vista que a incorreta fundamentação do lançamento acarretou cerceamento de defesa.

No mérito, quanto à infração 01, alega que, na análise pormenorizada dos itens relacionados no “ANEXO 1 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO”, constatou inconsistências fáticas que culminam na nulidade desta autuação.

Relaciona os itens constantes do demonstrativo elaborado pela autuante, e as correspondentes situações factuais que justificam a correta e devida apropriação de créditos. São operações que tiveram débitos em suas saídas, ainda que com mercadorias sujeitas a ST, decorrentes de operações que são tributadas normalmente, porém, por razões diversas, as operações debitadas não se realizaram, gerando a legitimidade do crédito que, tão somente, anula o débito da anterior saída.

Informa que foram verificadas inconsistências factuais nos casos que citou, e que tais diferenças são comprovadas pelas Notas Fiscais e pelo demonstrativo de apuração, anexos (fls. 37 a 71). Em razão das justificativas fáticas apresentadas, entende que se percebe que autoridade fiscal não analisou as operações anteriores que certamente eliminariam suas dúvidas e seu errôneo entendimento de que os créditos são indevidos. Ou seja, apontou como irregulares os créditos após uma superficial investigação, sem ter observado que os créditos eram decorrentes, de operações anteriores com débitos do ICMS sobre as mercadorias.

Por tais motivos, alega que deve ser anulada a presente infração, afirmando que os casos listados pelo Fisco sequer enquadram-se na justificativa apresentada para a infração na qual estes foram enquadrados, isto é, não se tratam de uso indevido de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por antecipação tributária- Na verdade se trata de créditos que anulam débitos lançados anteriormente porque sujeitos a operações com incidência do ICMS.

Infração 03: Alega que não fez uso dos mencionados créditos, pois como demonstram a planilha e as Notas Fiscais anexos (fls. 72 a 79) ocorreram duas situações: (i) a NF de entrada foi emitida em razão da devolução total de anterior nota de saída em bonificação com destaque do ICMS; ou, (ii) a NF de entrada foi emitida para neutralizar uma nota de saída de devolução de venda, com destaque do ICMS.

Afirma que nestes casos, o débito anterior foi anulado pelo respectivo crédito das notas fiscais de entradas, razão pela qual, a infração não subsiste e merece anulação neste ponto, uma vez que o impugnante não utilizou os créditos em debate, mas, tão somente, anulou débitos de ICMS.

Infrações 04, 05 e 06: Informa que, conforme Notas Fiscais anexas (fls. 80 a 130), fica demonstrado que todos os créditos de ICMS apontados pela fiscalização estão corretamente calculados, considerando as alíquotas e bases de cálculo.

Relaciona as razões jurídicas suficientes para o legítimo crédito de ICMS nos livros fiscais:

- (i) Quando o fornecedor destacou o valor do ICMS próprio na Informação Complementar da NF.
- (ii) Quando o fornecedor emitiu NF complementar de ICMS, pois destacou na NF originária, valor menor de ICMS próprio.
- (iii) Quando o impugnante se creditou de 7% sobre o 'valor total' da Nota Fiscal, conforme benefício previsto no art. 2º, do Decreto baiano n. 7.799/2000, sendo que, indevidamente a fiscalização não considerou o total da NF, mas apenas alguns itens, reduzindo ilegalmente a base de cálculo do crédito.
- (iv) Quando o crédito de NF foi estornado, sendo que, a fiscalização não observou os respectivos estornos.
- (v) A fiscalização reduziu, arbitrariamente, os valores de ICMS destacados em notas fiscais de mercadorias.

Infração 07: Alega que, novamente, por meio das Notas Fiscais anexas (fls. 131 a 154), verifica-se que os créditos questionados decorrem de duas situações: ou foram objeto de débito por meio de outras notas devidamente apontadas na relação anexa, ou referem-se a item que não se enquadra no regime de substituição tributária, como também foi destacado nesta mesma relação.

Desta forma, também no tocante a esta infração, diz que não procede a alegação do Fisco, motivo pelo qual, deve ser anulado o auto de infração neste ponto.

Infrações 08, 09 e 10: Afirma que a capitulação não procede, pois, como demonstram a relação e os documentos anexos (fls. 30 a 36), o crédito é originado por uma alteração na modalidade de frete utilizado. A transportadora disponibilizou a carta de correção eletrônica informando que o frete realizado na verdade se tratou do tipo FOB, e não CIF.

Entende que, restando comprovado que o crédito capitulado nesta infração possui a devida documentação que o fundamente, improcede também neste ponto a autuação, devendo ser anulada de plano.

Caso esta Junta de Julgamento Fiscal considere que não é possível anular o auto de infração em sua integralidade, o impugnante entende ser necessária a realização de diligência fiscal para a apuração correta da infração fiscal a ele imputada.

Afirma que tal condição é possibilitada pelo art. 123, § 3º, do RPAF/BA, e o disposto no art. 145 do mesmo diploma legal que determina que "o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade".

Entende restar evidente a necessidade de realização de diligência fiscal para apuração correta da infração, em especial dos valores, para evitar a ocorrência de cerceamento da defesa do impugnante, violando, assim, o disposto no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal.

Por fim, o defendente requer a total anulação do presente Auto de Infração, afastando a pretensa cobrança de créditos de ICMS. Pede 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 AI 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 pelo impugnante, conforme documentos comprobatórios anexos.

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

A autuante presta informação fiscal às fls. 324 a 336 dos autos. Faz uma síntese das alegações defensivas e esclarece, quanto aos procedimentos realizados em momento anterior à autuação, que foram enviados para o contribuinte 3 *e-mail*, folhas 25 a 27 dos autos. Apenas foi feita justificção em parte dos créditos com as notas fiscais de CFOP 1.926. Informa que nas notas do anexo 10 foi constatado crédito superior ao débito, conforme folhas 56 a 140.

Não concorda com a alegação do autuado de que foi violado o princípio da verdade material, afirmando que nas folhas 1 a 6 tem a descrição das infrações com o devido enquadramento e multas aplicadas, atendendo ao que determina o art. 18 do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e os anexos foram entregues ao contribuinte conforme folhas 144 e 145. Diz que as planilhas são claras e objetivas. Nas planilhas 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, folhas 141 a 143 e os relatórios dos portais <http://www.nfe.fazenda.gov.br> e <http://www.cte.fazenda.gov.br>. Os valores reclamados na autuação se basearam nas notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital - EFD, documento gerado pela própria autuada. Em momento algum o impugnante questionou as informações da EFD.

Também afirma que não houve cerceamento de defesa, pois o lançamento fiscal foi emitido conforme as normas da SEFAZ/BA. Os lançamentos fiscais devem representar as irregularidades encontradas.

Quanto ao enquadramento legal, que o defendente alegou ser genérico, e que não está de acordo com a infração, diz que a alegação não procede conforme análise que fez em relação a cada infração.

Com relação à infração 1, cita o art. 29, § 4º, inciso II da Lei 7.014/96, e diz que a descrição está compatível com a situação em que o contribuinte escritura crédito de mercadoria sujeita à substituição tributária conforme na descrição da infração. Elaborou novo demonstrativo (Anexo 11 – fls. 337/340)

Quanto à infração 2, cita o art. 31 da Lei 7.014/96, também afirmando que a descrição está compatível com a situação em que contribuinte se credita da mesma mercadoria duas vezes, quando só existe uma nota fiscal.

Com relação à infração 3, cita o art. 29, § 4º, inciso II, da Lei 7.014/96, assegurando que a descrição está compatível com a situação em que o contribuinte se credita de mercadoria com saída isenta, conforme descrição complementar da infração.

Sobre as infrações 4, 5 e 6, cita o § 6º do art. 309 do RICMS-BA/2012, e diz que a descrição está compatível com a situação em que contribuinte escritura crédito superior ao corretamente destacado no documento fiscal, sem a devida regularização mediante emissão de documento fiscal.

Com relação à infração 7, cita o § 7º do art. 309 do RICMS-BA/2012, concluindo que a descrição está compatível com a situação em que contribuinte destacou crédito maior que o débito.

Sobre as infrações 8, 9 e 10, cita o art. 31 da Lei 7.014/96. Diz que a descrição está compatível com a situação em que contribuinte se credita com base em nota cancelada, denegada ou conhecimento de transporte de outro tomador.

Informa que o defendente alega que os documentos das folhas 30 a 36 da defesa, que correspondem às folhas 176 a 182 do PAF demonstram o direito ao crédito reclamado nas infrações 8, 9 e 10. Lembra que quem tem direito ao crédito é o tomador. Apresenta os seguintes esclarecimentos:

O DACTE 252.495 que tem como tomador do serviço OMAMORI INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA teve carta de correção apresentada para a nota fiscal, não teve carta de correção para o conhecimento de transporte. O DACTE 292.120 tem como tomador do serviço OMAMORI INDUSTRIA DE ALIMENTOS LTDA e não tem carta de correção. Exatamente como descrito na infração 10, no anexo 9 e nos relatórios do portal <http://www.cte.fazenda.gov.br>, folhas 50 a 52. Apenas o DACTE 298.648 tem carta de correção de frete CIF para FOB. Se o Julgador concordar, na infração 10 pode abater o valor de R\$ 238,56 em dezembro de 2015. Nas folhas 30 a 36 da defesa, que correspondem as folhas 176 a 182 do PAF, não têm documentos relativos às infrações 8 e 9.

Assegura que o presente 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 do defendente é prova de que o requerente entendeu as infrações e não houve cerceamento de defesa.

Infração 01: Diz que o defendente alegou que os créditos têm lançamentos de débitos correspondentes que os anulam. Durante a fiscalização não foi dado maiores esclarecimentos ao *e-mail* da folha 25. Só na defesa foram apresentadas as justificativas que foram analisadas abaixo:

ÁLCOOL - é produto de limpeza e saiu da substituição. Foi excluído o álcool, a partir de 02/2015, no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

MISTURA DE FARINHA DE TRIGO – a empresa lançou nos REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - OPERAÇÕES PRÓPRIAS o estorno de crédito em outubro de 2014 referente a NF 43.387. Esta nota foi excluída no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

JAMON IBERICO PATA NEGRA FATIADO 0.94 KG – houve devolução da NF 134.468 através da NF 371.591. A 134.468 foi excluída no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

WH JACK DANIELS 1L – A nota fiscal 382.378 foi devolvida através da nota fiscal 381.399. A 382.378 foi excluída no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

FRI ESP - A nota fiscal 392.601 foi devolvida através da nota fiscal 390.155. A 392.601 foi excluída no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

MISTURA DE FARINHA DE TRIGO - A nota fiscal 409.437 foi devolvida através da nota fiscal 402.508. A 409.437 foi excluída no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

CHESTER PERDIGAO UNI – As notas fiscais 423.764 e 424.059 foram compensadas pelas notas fiscais 423.762 e 424.058 em valor inferior ao devido.

Por este motivo permanecerá o valor da diferença. As notas 436.916, 436.934 e 436.937 foram compensadas através das notas fiscais 432.778, 431.627 e 431.513. As notas fiscais 436.916, 436.934 e 436.937 foram excluídas no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

PASTRAMI CERATI KG - A nota fiscal 468.980 foi neutralizada através da nota fiscal 468.704. A 468.980 foi excluída no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

PASTRAMI CERATI KG - A nota fiscal 469.047 foi neutralizada através da nota fiscal 468.707. A 469.047 foi excluída no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

JAMON SERRANO COM OSSO SEGOVIA KG E PASTRAMI CERATI KG - A nota fiscal 485.954 foi neutralizada através da nota fiscal 485.374. A 485.954 foi excluída no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

CHESTER PERDIGAO UNI - A nota 500.184 foi neutralizada através da nota fiscal 500.182. A nota fiscal 500.184 foi excluída no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

ÁGUA MINERAL--A nota 386.660 foi neutralizada através da nota fiscal 384.975. A nota fiscal 386.660 foi excluída no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

MISTURA DE FARINHA DE TRIGO - As notas fiscais 39.793 e 39, compensadas parcialmente pelas notas fiscais 401604, 406.683, 405.782, 407.254 e 406.68. Por este motivo, permanecerá o valor da diferença.

SACO LIXO PRETO REFORC 130 L – não se enquadra na ST por ter mais de 100L. O item foi excluído no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

MELHORADOR MASSA - O melhorador de massa faz a degradação do amido em açúcares mais simples, não é mistura de farinha de trigo. Este item foi excluído no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

ANTI MOFO ADIMIX – O NCM 2106.9090 com a descrição anti mofo não faz parte da ST. Este item foi excluído no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

JAMON SERRAN S OSSO SEGOVIA 12 MESES KG - a empresa lançou nos REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - OPERAÇÕES PRÓPRIAS o estorno de crédito em maio de 2014 referente a NF 148.571. Esta nota foi excluída no ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

Se o Julgador concordar com metodologia, fica o valor remanescente da infração 1 conforme o ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

Infração 02: Diz que o defendente não fez uma referência específica a infração 2. Ratifica esta infração.

Infração 03: Reproduz a alegação defensiva de que os créditos são decorrentes de NF de entrada emitida em razão da devolução de saída anterior ou NF de entrada emitida para neutralizar uma devolução com destaque do imposto. A empresa usou o CFOP 2.949 quando deveria usar o CFOP 2.202 para o primeiro caso. Durante a fiscalização não foi dado maiores esclarecimentos ao e-mail das folhas 25. Só na defesa foram apresentadas as justificativas. Analisando as notas das folhas 218 a 225, constatou que o contribuinte tem direito ao crédito.

Infrações 04, 05, e 06: Diz que o impugnante atribui o direito ao crédito a cinco circunstâncias:

1. Quando o fornecedor destacou o valor do ICMS próprio na informação complementar na NF. Esclarece que o destaque do imposto na informação complementar não é correto, exceto em se tratando de empresa do simples nacional. As notas fiscais das folhas 226 a 228 do PAF, 80 a 82 da defesa, não têm indicação do simples nacional.



2. Quando o fornecedor emitiu NF complementar de ICMS, pois destacou na NF originária, o valor a menor de ICMS próprio. Foi possível identificar as notas de crédito complementar nas folhas 229, 230 e 235 a 276 do PAF, 83, 84 e 89 a 130 da defesa, no ANEXO 5 com a descrição ITEM COMPLEMENTAR. Informa que este item foi excluído no ANEXO 12 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL.
3. Quando o impugnante se creditou de 7% sobre o valor total da nota fiscal, conforme benefício previsto no art. 2º do Decreto 7.799/00. O referido dispositivo determina que o contribuinte inscrito sob um dos códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto poderá lançar a crédito, no período de apuração respectivo, o valor equivalente a 16,667% (dezesesseis inteiros, seiscentos e sessenta e sete milésimos por cento) do valor do imposto incidente nas operações interestaduais que realizar com qualquer mercadoria. Informa que este valor já foi lançado nos REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - OPERAÇÕES PRÓPRIAS no campo estorno de débito. Portanto a justificativa não procede.
4. Quando o crédito de NF foi estornado, sendo que a fiscalização não observou os respectivos estornos. Foi possível identificar as notas de estorno nas folhas 231 a 234 do PAF, 85 a 89 da defesa, no ANEXO 5 com a descrição a TENDER CERATTI BOLINHA KG. Informa que este item foi excluído no ANEXO 12 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL.
5. A fiscalização reduziu, arbitrariamente, os valores de ICMS destacados em notas fiscais de mercadorias. Esta alegação não procede, pois neste caso a fiscalização utiliza um sistema que cruza o valor do imposto destacado na NF-e ou CT-e com o valor lançado na EFD baseado na chave. A hipótese de arbitramento é impossível. O defendente não citou um caso concreto.

Esclarece que a infração 6 refere-se a lançamentos na EFD em valores superiores aos destacados nos conhecimentos de transporte. A impugnante não anexou um conhecimento de transporte referente a esta infração. Ratifica as infrações 4 e 6.

Informa que, se o Julgador concordar com metodologia, fica o valor remanescente da infração 5 conforme o ANEXO 12 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL.

Infração 07: Não concorda com a alegação do defendente de que tem direito ao crédito por duas situações: ou foram objeto de débito por meio de outras notas devidamente apontadas na relação anexa, ou referem-se a item que não se enquadra no ramo de substituição tributária. Diz que as notas autuadas referem-se à formação de KIT. A empresa adota o procedimento de dar saída com CFOP 5.926 com débito e dar entrada com o CFOP 1.926 com crédito. Os pares das notas devem ter o mesmo valor de débito e crédito. Nos pares do ANEXO 10 não existe esta igualdade conforme folhas 54 a 140. Ratifica a infração 7.

Infrações 08, 09 e 10: Diz que o impugnante anexou documentos nas folhas 30 a 26 da defesa e 176 a 182 do PAF para justificar os créditos dessas infrações 8, 9 e 10. Nas folhas 30 a 36 da defesa, que correspondem às folhas 176 a 182 do PAF, não tem documentos relativos às infrações 8 e 9. Ratifica as infrações 8 e 9.

Com relação à infração 10 o DACTE 252.495 que tem como tomador do serviço OMAMORI INDUSTRIA DE ALIMENTOS LTDA teve carta de correção apresentada para a nota fiscal, não teve carta de correção para o conhecimento de transporte. O DACTE 292.120 tem como tomador do serviço OMAMORI INDUSTRIA DE ALIMENTOS LTDA e não tem carta de correção. Exatamente como descrito na infração 10, no anexo 9 e nos relatórios do portal <http://www.cte.fazenda.gov.br>, folhas 50 a 52. Apenas o DACTE 298.648 tem carta de correção de frete CIF para FOB. Se o Julgador concordar, na infração 10 pode abater o valor de R\$ 238,56 em dezembro de 2015.

Quanto ao pedido apresentado pelo defendente para realização de diligência, entende que não se faz necessária a diligência, pois constam no respectivo 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, visando salvaguardar os interesses públicos, esperando dos membros deste CONSEF um julgamento pela procedência parcial do presente auto de infração.

O defendente apresentou manifestação às fls. 348 a 366. Elabora uma síntese da informação fiscal e diz que as alegações da autuante não condizem com as reais situações fáticas presentes nos autos, devendo ser desconsideradas, e o presente Auto de infração ser anulado nos termos da impugnação protocolada em 06/09/2018.

Informa que ratifica as razões apresentadas na impugnação e requer sejam consideradas conjuntamente a impugnação e a manifestação apresentadas, ressaltando que a autuante excluiu do levantamento fiscal diversos itens por inconsistências na autuação original.

Diz que a autoridade fiscal afastou o montante de R\$30.163,20, devendo também ser afastada a multa aplicada e os consectários legais. Diz que os valores remanescentes não são devidos, nos termos da manifestação apresentada.

Pede a nulidade do presente lançamento, alegando que em razão do reconhecimento da falha da autuação pela autuante, o Auto de Infração deve ser anulado. Cita o art. 18, IV, “a”, do RPAF-BA/99, e diz que tendo em vista o erro de direito presente na autuação, cometido pela fiscalização, não há outra medida que a anulação do Auto de Infração.

Sobre o tema, cita o entendimento do STJ e afirma que, tendo ocorrido o erro de direito, não é possível a mudança do lançamento fiscal, sendo nulo o Auto de infração.

Comenta sobre os procedimentos anteriores à autuação e diz que não houve uma investigação prévia dos fatos por parte da fiscalização, tendo sido feito apontamentos sem fundamentos factuais. Entende que faltou motivação explícita e clara da autoridade fiscal, existindo fundamentação genérica e grande quantidade de infrações no mesmo Auto de Infração, sendo possível afirmar que houve cerceamento de defesa do contribuinte, tornando nulo o Auto de Infração.

No mérito, quanto à infração 01, diz que a autuante afastou cerca de quinze itens da autuação original, demonstrando a incorreção na elaboração do auto de infração. Entende ser clara a inconsistência no presente lançamento, uma vez que na autuação inicial sequer a Fiscalização foi capaz de verificar as incorreções apontadas pelo preposto fiscal em sua manifestação.

Ressalta que a nova planilha elaborada pela autuante (Anexo 11- Demonstrativo de Crédito Indevido – mercadoria sujeita a substituição), destaca o ÁLCOOL GEL FLAMAGEL 13 KG, alegando que a autuante já havia afastado a infração em relação aos demais álcool gel constantes na infração original, mas manteve, injustificadamente, a autuação em relação a este item (fl. 26).

Quanto à MIST PÃO BENEVITA INTEGRAL 10KG, MIST PAO BENEVITA MULTICEREAIS 10 KG, MIST PÃO BENEVITA PRETO 10 KG, MIST PÃO DE LO ADMIX 4X5 KG, diz que o preposto fiscal reconhece que houve a compensação parcial da nota fiscal 39.793 com as notas fiscais 401604, 406683, 405782 e 407254, determinando que deverá ser mantido o valor da diferença, porém, na planilha mantém o valor integral do crédito indevido (fls. 27 a 31).

Conclui que a infração 01 está incorreta e deve ser anulada em sua integralidade, ante a falta de fundamentação e pelas diversas falhas do auto.

Infração 02: Informa que além de ter combatido a fundamentação genérica como um todo do auto, demonstra que a fundamentação desta infração também é genérica, uma vez que se baseia no art. 31, da Lei 7.014/96.

Entende que não há outra medida cabível ao presente caso, que a anulação desta infração, pela ausência de fundamentação clara e objetiva da infração, evidenciando claro o cerceamento ao direito de defesa.

Infração 03: Diz que a autuante confirma o direito ao crédito do contribuinte, não subsistindo a infração. Sendo assim, diz que não cabe a manutenção desta infração ante o incontroverso reconhecimento do seu direito ao crédito integral, devendo ser ele anulado.

Infrações 04, 05 e 06: Informa que na impugnação, apresentou argumentos para afastar a autuação em razão do legítimo crédito de ICMS nos livros fiscais, tendo sido eles respondidos pela autuante. Diz que a fiscalização reduziu os valores do ICMS apurado, e já considerando a redução do item 5 pela autuante, entende que deve ser afastada a autuação das infrações 04, 05 e 06.

Infração 07: Diz que a autuante fundamenta a manutenção da penalidade, baseando-se no entendimento de que as notas fiscais se referem a Kit, contudo, conforme restou esclarecido na impugnação, diferente do procedimento de formação de Kit tradicional, o item de venda tem tributação normal e, por esse motivo, há necessidade de destacar o débito do imposto também na NF de venda.

Afirma que, neste caso, o destaque do imposto nas três notas fiscais de saída para formação de ingredientes de feijoada 15 Kg, nota fiscal de entrada e nota fiscal de saída para venda a terceiros. Na saída com CFOP 5926 é debitado para os itens com tributação normal, tendo sido recolhido o imposto de R\$56,70 através da NF de venda nº 388612, superior ao crédito de entrada com CFOP 1926, conforme DANFEs anexos (fls. 45 a 47). Diz que a operação não está sujeita à substituição tributária, devendo ser afastada a infração 07.

Infrações 08, 09 e 10: Ressalta que a autuante ratifica as infrações 08 e 09, e pede o abatimento de parte do item 10 (R\$238,56), referente ao período de dezembro de 2015.

Entende que a inconsistência das infrações se mantém, mesmo após o reconhecimento da necessidade de abatimento de parte do item 10 pela autuante, uma vez que, ao contrário do alegado, foi demonstrado na impugnação a correção de frete CIF para FOB, conforme documentação já acostada aos autos. Afirma não ser possível a manutenção integral das infrações 08 e 09, bem como do residual da infração 10, devendo ser anulado o presente lançamento.

Também apresenta do entendimento de que embora a autuante tenha alegado que não é necessária a realização de diligência, não foi capaz de concluir pela procedência do auto de infração, tanto é verdade, que já excluiu do débito original, diversos lançamentos equivocados, que durante o processo de apuração anterior não foram observado pela Fiscalização.

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

Por fim, pleiteia seja declarado nulo o Auto de Infração, em razão de erro de direito cometido pela Fiscalização no momento de sua lavratura, ao incluir indevidamente diversos bens que não são tributados, que posteriormente foram afastados pela própria autuante.

Na hipótese de não se declarado nulo o Auto de Infração, requer o afastamento da cobrança do crédito tributário que remanesceu após a revisão efetuada pela autuante, conforme fundamentação constante na manifestação.

Nova informação fiscal foi prestada pela autuante às fls. 528 a 534, dizendo que o impugnante alega que tendo em vista o reconhecimento da falha da autuação pelo próprio Preposto Fiscal, o auto de infração deve ser anulado conforme o artigo 18, IV, "a", do Decreto nº 7.629/1999 - RPAF preleciona que é nulo o lançamento de ofício "que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator".

Afirma que a alegação defensiva não tem procedência, pois através da informação fiscal é possível identificar com clareza o valor do auto de infração. Ainda de acordo com o § 1º do art. 18 do RPAF-BA/99, as eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o

montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Ressalta que o defendente argui que na nova intimação o Preposto Fiscal alega que, decorrente da notificação enviada por e-mail a contribuinte acerca de inconsistências, “nas notas do anexo 10 foi constatado crédito superior ao débito, conforme folhas 56 a 140”. Tal alegação é imprecisa, como ficou bem demonstrado na própria Informação Fiscal do Preposto Fiscal, uma vez que houve a ratificação do auto de infração, onde de ofício fora reduzido o montante de R\$ 30.163,20, correspondente a autuações indevidas.

Diz que a citação do autuado não confere com o que está escrito na informação fiscal. Esclarece que, por *e-mail*, foi informado uma relação de notas de formação de kit com inconsistência. A empresa respondeu enviando pares de notas fiscais de formação de kit, porém alguns pares apresentavam inconsistência e deu origem ao Anexo 10. É este dado que consta na informação fiscal. Nas folhas 56 a 140 tem os pares das notas para comprovar que houve crédito superior ao débito. Não houve alteração na infração 7.

Também reproduz as alegações defensivas para justificar o entendimento de impossibilidade de retificação do Auto de Infração ao afirmar ter ocorrido falta de motivação explícita, clara e congruente, bem como com a fundamentação genérica e a grande quantidade de infrações no mesmo auto de infração, é possível afirmar que houve o cerceamento da defesa da contribuinte, tornando, assim, nulo o auto de infração.

Afirma que a alegação defensiva não procede, pois o fato de o autuado ter se defendido a um nível minucioso é prova de que não houve cerceamento de defesa. A sugestão de retificação do valor através da informação fiscal é possível desde que deliberada pelo órgão competente.

Quanto à infração 01, diz que o defendente argui que a nova planilha elaborada pelo Preposto Fiscal denominada de “ANEXO 11 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO” apresenta incorreções que não foram sanadas. Destacam-se: ALCOOL GEL FLAMAGEL 13KG, MIST PAO BENEVITTA INTEGRAL 10KG, MIST PAO BENEVITTA MULTICEREAIS 10KG, MIST PAO BENEVITTA PRETO 10KG, MIST PAO DE LO ADIMIX 4X5KG.

Com relação ao ALCOOL GEL FLAMAGEL 13Kg, informa que apesar da descrição ser mantida no demonstrativo, o valor da coluna crédito indevido é inexistente.

Com relação a MISTURA DE FARINHA DE TRIGO esclarece que foi dito na informação fiscal que a nota fiscal 39.793 foi compensada parcialmente pelas notas fiscais 401604, 406.683, 405.782, 407.254 e 406.68 e por este motivo permanecerá o valor da diferença. O valor constante para MISTURA DE FARINHA DE TRIGO referente a nota fiscal 39.793 constante no Anexo 11 é justamente o valor remanescente. Conclui que não há mais correção a ser feita na infração 1.

Infração 02: Diz que o autuado alegou que fez a defesa da infração 2 na discussão envolta no item “PREJUDICIAL DE MÉRITO – NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO: CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA – INADEQUAÇÃO NA CAPITULAÇÃO DO AUTO” da impugnação apresentada anteriormente. Entende que tal alegação não prospera conforme justificado anteriormente na informação fiscal 1.

Quanto ao argumento do autuado de que tem direito ao crédito conforme art. 31 da Lei 7.014/96, informa que este artigo é bem claro com relação ao recebimento das mercadorias e a infração 2 refere-se a crédito fiscal de ICMS correspondente a lançamento de documentos em duplicidade, conforme o ANEXO 2 – DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO – LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE, folhas 37. Como não é possível lançar o crédito de uma mesma mercadoria duas vezes, o crédito de um lançamento é indevido.

Infrações 04, 05 e 06: Informa que, em relação a situação de quanto o fornecedor destacou o valor do ICMS próprio na informação complementar na NF, a impugnante alega que fundamentação

utilizada pelo Preposto Fiscal para a manutenção da infração referente a este item deve ser afastada, posto que embora o fornecedor não tenha sido diligente e indicado o recolhimento do ICMS no campo devido, restou comprovado durante a diligência que na operação anterior houve o efetivo recolhimento do ICMS da operação própria daquele fornecedor.

Assegura que a alegação não prospera, pois em nenhum momento da informação fiscal foi dito que o ICMS informado no campo Informações Complementares foi lançado na escrita fiscal ou recolhido pelo fornecedor. Ratifica a posição da informação fiscal folhas 333 e 334.

Com relação à situação de quando o fornecedor emitiu NF complementar de ICMS, pois destacou na NF originária, o valor a menor de ICMS próprio. O argumento foi acatado anteriormente conforme informação fiscal folhas 334.

Quanto à situação de quando a impugnante se creditou de 7% sobre o valor total da nota fiscal, conforme benefício previsto no art. 2º do Decreto 7.799/00. A impugnante discorda da justificativa, porém ratifico a informação fiscal, folhas 334.

Com relação a situação quando o crédito de NF foi estornado, sendo que a fiscalização não observou os respectivos estornos. O argumento foi acatado anteriormente conforme informação fiscal folhas 334.

Sobre a situação de quando a fiscalização reduziu, arbitrariamente, os valores de ICMS destacados em notas fiscais de mercadorias a defendente cita: "(Resposta do Preposto Fiscal: o foi possível identificar as notas de estorno no PAF e na impugnação apresentada. O item foi excluído da infração)". Esta citação não condiz com a realidade, pois foi dito na informação fiscal: "Esta alegação não procede, pois neste caso a fiscalização utiliza um sistema que cruza o valor do imposto destacado na NF-e ou CT-e com o valor lançado na EFD baseado na chave. A hipótese de arbitramento é impossível. O defendente não citou um caso concreto." Só na segunda informação fiscal é que a impugnante citou os casos específicos e foi possível fazer verificações.

AZEITON T PACO VERDE 2KG e MOST HEINZ 16X255G – apesar da atualização da base de cálculo constante no documento fiscal não houve alteração no ANEXO 13 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL.

FERM INST MAGEST 500 G – na NF 176.830 a empresa reduziu a base de cálculo e colocou a alíquota de 12% na EFD, quando o correto seria manter a base de cálculo e colocar a alíquota correta de 4%. Este item foi corrigido no ANEXO 13 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL.

MILHO PIPOCA CUCO - para as notas 32.573, 34.592, 34.629, 34.811, 37.647, 37.787, 37.986, 39.598, 40.387, 40.476, 40.755, 41.664, 41.767, 41.904, 42.081, 42.274, 42.695 na EFD a empresa reduziu a base de cálculo e colocou a alíquota de 17%, quando o correto seria manter a base de cálculo e colocar a alíquota correta de 7% para o milho. Estes itens foram corrigidos no ANEXO 13 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL. Para as notas fiscais 419.735, 434.472 e 429.338 foram considerados o valor da base de cálculo e a alíquota de 7% no ANEXO 13 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL, pois é o que consta no documento fiscal.

CAFÉ ALTO VACUO PURO 20X250 – a impugnante reduziu a base de cálculo e usou a alíquota de 12%, na EFD, de forma que a carga tributária fosse de 10%, conforme art. 6º, do Decreto nº 7.799/00 (Decreto Atacadista). A correção foi feita no ANEXO 13 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL.

LEITE DESNAT VETANIA 12X1L e LIETE INTEGRAL BATANIA 12X1L - a impugnante reduziu a base de cálculo e usou a alíquota de 12%, na EFD, de forma que a carga tributária fosse de 10%, conforme art. 6º, do Decreto nº 7.799/00 (Decreto Atacadista). A correção foi feita no ANEXO 13 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL.

PATE PRESUNTO ODERICH 100G e SALAME ITALIANO CERATTI SATIARE 425G - foram considerados o valor da base de cálculo constante no documento fiscal e a alíquota de 10%

conforme art. 6º, do Decreto nº 7.799/00 (Decreto Atacadista) no ANEXO 13 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL. Conclui ratificando as infrações 4 e 6.

Afirma que, se o CONSEF concordar com metodologia, fica o valor remanescente da infração 5 conforme o ANEXO 13 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL.

Infração 07: Diz que o defendente argui que na formação de kit das mercadorias da infração 7, Anexo 10, existe o destaque do imposto nas três notas (Nota fiscal de saída para formação de “INGREDIENTES FEIJOADA 15K”; nota fiscal de entrada de “INGREDIENTES FEIJOADA 15K”; e nota fiscal da saída para venda para terceiros de “INGREDIENTES FEIJOADA 15K”).

Afirma que o mencionado argumento não prospera, pois o débito no momento da venda da mercadoria é para ser compensado com o crédito no momento da entrada da mercadoria proveniente do fornecedor. Ratifica a infração 7.

Infrações 08, 09 e 10: Afirma que o defendente não traz fato novo e ratifica a informação fiscal à fl. 335. Ratifica as infrações 8 e 9.

Afirma que, se o Egrégio Colégio concordar com metodologia, na infração 10 pode abater o valor de R\$ 238,56 em dezembro de 2015.

Quanto à diligência requerida pelo defendente afirma que não há necessidade, porque já se encontram no presente processo, todos os elementos necessários para conclusão da procedência das infrações, inclusive as informações fiscais.

Por tudo quanto aqui exposto, mediante as considerações apresentadas, mantém a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário apurado nas infrações, visando salvaguardar os interesses públicos, esperando dos membros deste Egrégio Colégio um julgamento exemplar pela procedência parcial do presente auto.

Conforme fls. 539/540, o defendente 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, pelo 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, compreende 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 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 fiscal ser realizada através de contagem física ou análise físico-documental ou digital, inclusive por meio de arquivos magnéticos 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, 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.

O defendente também alegou que o presente Auto de Infração indica a ocorrência de dez 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 Auto de Infração 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 defendente o fato de ter sido lavrado o Auto de Infração tratando de dez infrações, haja vista que a descrição dos fatos foi efetuada de forma compreensível, e foram 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 defendente 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, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I 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, as revisões efetuadas 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 pela autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, a infração 01 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015. Anexo 1 – Demonstrativo de Crédito Indevido – MERCADORIA SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (fls. 30/36 do PAF).

O defendente alegou que na análise pormenorizada dos itens relacionados no “ANEXO 1 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUSBTITUIÇÃO”, constatou inconsistências fáticas que culminam na nulidade desta autuação.

Relaciona os itens constantes do demonstrativo elaborado pela autuante, e as correspondentes situações factuais que justificam a correta e devida apropriação de créditos. Alegou que são operações que tiveram débitos em suas saídas, ainda que com mercadorias sujeitas a ST, decorrentes de operações que são tributadas normalmente, porém, por razões diversas, as

operações debitadas não se realizaram, gerando a legitimidade do crédito que, tão somente, anula o débito da anterior saída. Concluiu que os créditos eram decorrentes de operações anteriores com débitos do ICMS sobre as mercadorias.

Na informação fiscal, a autuante citou o art. 29, § 4º, inciso II da Lei 7.014/96, e disse que a descrição está compatível com a situação em que o contribuinte escritura crédito de mercadoria sujeita à substituição tributária, conforme a descrição da infração. Elaborou novo demonstrativo, acatando parcialmente as alegações defensivas (Anexo 11 – fls. 337/340).

Na manifestação às fls. 348 a 366, o defendente afirmou que a nova planilha elaborada pela autuante (Anexo 11), manteve o ÁLCOOL GEL FLAMAGEL 13 KG, mas a autuante já havia afastado desta infração, os demais álcool gel constantes na infração original, mantendo, injustificadamente, a autuação em relação a este item.

Quanto à MIST PÃO BENEVITA INTEGRAL 10KG, MIST PAO BENEVITA MULTICEREAIS 10 KG, MIST PÃO BENEVITA PRETO 10 KG, MIST PÃO DE LO ADMIX 4X5 KG, disse que o preposto fiscal reconhece que houve a compensação parcial da nota fiscal 39.793 com as notas fiscais 401604, 406683, 405782, 407254, determinando que deverá ser mantido o valor da diferença, porém na planilha mantém o valor integral do crédito indevido.

Na informação fiscal prestada às fls. 528 a 534, a autuante esclarece que em relação ao ALCOOL GEL FLAMAGEL 13KG, apesar da descrição ser mantida no demonstrativo, o valor da coluna crédito indevido é inexistente.

Observo que a autuante esclareceu que o álcool, produto de limpeza, saiu da substituição tributária, tendo sido excluído do levantamento fiscal a partir de fevereiro de 2015.

Com relação à MISTURA DE FARINHA DE TRIGO, esclareceu que foi dito na informação fiscal que a nota fiscal 39.793, foi compensada parcialmente pelas notas fiscais 401604, 406.683, 405.782, 407.254 e 406.68, e por este motivo, permanecerá o valor da diferença. O valor constante para MISTURA DE FARINHA DE TRIGO referente à nota fiscal 39.793 constante no Anexo 11 é justamente o valor remanescente.

Observo que em relação às operações com mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, devem ser observadas as alterações da legislação no curso do tempo, especialmente as regras consubstanciadas em Convênios ou Protocolos, bem como, no RICMS/BA, para fins de atribuição da chamada responsabilidade pelo recolhimento do tributo.

Na revisão efetuada pela autuante, foram acatados argumentos e documentos fiscais apresentados para comprovar as alegações defensivas, ficando reduzido o débito originalmente apurado. Assim, após a exclusão, no levantamento fiscal, das notas fiscais comprovadas pelo defendente, acolho os novos demonstrativos elaborados pela autuante, e concluo pela subsistência parcial deste lançamento, no valor total de R\$25.439,32.

Infração 02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade, no mês de novembro de 2015. Anexo 2 – Demonstrativo de Crédito Indevido – LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE, fl. 37 do PAF.

O defendente alegou que a fundamentação de todo o auto de infração é genérica, estando demonstrado que a fundamentação desta infração também é genérica, uma vez que se baseia no art. 31, da Lei 7.014/96.

Nas informações fiscais, a autuante afirmou que a descrição da infração está compatível com a situação em que contribuinte se credita da mesma mercadoria duas vezes, quando só existe uma nota fiscal.

Disse que o autuado alegou que fez a defesa desta infração, na discussão envolta no item “PREJUDICIAL DE MÉRITO – NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO: CERCEAMENTO DO DIREITO DE



DEFESA – INADEQUAÇÃO NA CAPITULAÇÃO DO AUTO”. Entende que tal alegação não deve prosperar.

De acordo com o art. 314 do RICMS/BA/2012, “A escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte no próprio mês ou no mês subsequente em que se verificar: i) a entrada da mercadoria e a prestação do serviço por ele tomado ou a aquisição de sua propriedade; ii) o direito à utilização do crédito”. Portanto, em relação ao direito e escrituração do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, o contribuinte deve observar o que preceitua a legislação tributária, obedecendo limites ou condições para utilização de créditos fiscais, inexistindo possibilidade de utilizar de crédito fiscal em duplicidade.

A descrição da infração foi efetuada de forma compreensível, encontrando-se à fl. 37 do PAF, demonstrativo elaborado pela autuante, indicando os documentos fiscais, o mês de utilização do crédito fiscal e os respectivos valores, com a informação de que houve lançamento em duplicidade, e os dados foram obtidos por meio da Escrituração Fiscal Digital – EFD e Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e.

Assim, como já mencionado na análise da preliminar apresentada pelo defendente, não há motivo para decretar a nulidade da autuação, haja vista que, pela descrição do fato ficou caracterizada a irregularidade apurada. Concluo pela subsistência desta infração, considerando que a escrituração do crédito fiscal deve ser efetuada nos livros fiscais próprios mediante documento fiscal idôneo que atenda a todas as exigências da legislação pertinente.

Infração 03: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, nos meses de junho de 2014; setembro e novembro de 2015. Anexo 3 – Demonstrativo de Crédito Indevido – MERCADORIA ISENTA, fl. 38 do PAF.

O defendente alegou que fez uso dos mencionados créditos, pois como demonstram a planilha e as Notas Fiscais que acostou aos autos, ocorreram duas situações: (i) a NF de entrada foi emitida em razão da devolução total de anterior nota de saída em bonificação com destaque do ICMS; ou, (ii) a NF de entrada foi emitida para neutralizar uma nota de saída de devolução de venda, com destaque do ICMS.

Afirmou que nestes casos, o débito anterior foi anulado pelo respectivo crédito das notas fiscais de entradas, razão pela qual a infração não subsiste e merece anulação neste ponto, uma vez que o impugnante não utilizou os créditos em debate, mas, tão somente, anulou débitos de ICMS.

Na informação fiscal às fls. 324 a 336 dos autos, a autuante reproduziu a alegação defensiva de que os créditos são decorrentes de NF de entrada emitida em razão da devolução de saída anterior ou NF de entrada emitida para neutralizar uma devolução com destaque do imposto. Esclareceu que o autuado utilizou o CFOP 2.949, quando deveria usar o CFOP 2.202, para o primeiro caso. Durante a fiscalização não foi dado maiores esclarecimentos ao *e-mail* da fl. 25, e somente na defesa, é que foram apresentadas as justificativas. Analisando as notas das folhas 218 a 225, constatou que o contribuinte tem direito ao crédito.

Observo que as informações prestadas pela autuante convergem integralmente com os argumentos e comprovações apresentados pelo defendente, deixando de haver lide. Neste caso, em razão dos argumentos e documentos trazidos pelo defendente, tendo sido acolhidos pela autuante, concluo que não subsiste a exigência fiscal deste item do presente lançamento. Infração insubsistente.

As infrações 04, 05 e 06 serão analisadas conjuntamente, mantendo-se a mesma ordem em que foi apresentada a defesa, tendo em vista que tratam de utilização indevida de crédito fiscal, e o autuado apresentou impugnação combatendo simultaneamente esses três itens.

Infração 04: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de janeiro a dezembro de 2014; janeiro a junho, setembro a

novembro de 2015. Multa de 60%. Anexo 4 – Demonstrativo de Crédito Indevido – ICMS lançado na EFD maior que NF-e, fls. 39/40 do PAF.

Infração 05: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de janeiro, maio, julho, setembro a dezembro de 2014; janeiro a dezembro de 2015. Multa de 60%. Anexo 5 – Demonstrativo de Crédito Indevido – ALÍQUOTA DIVERGENTE, fls. 41/43 do PAF.

Infração 06: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de fevereiro de 2014; abril e maio de 2015. Anexo 6 – Demonstrativo de Crédito Indevido – ICMS LANÇADO NA EFD MAIOR QUE CT-e (Conhecimento de Transporte Eletrônico), fl. 44 do PAF.

O defendente alegou que, conforme Notas Fiscais que acostou aos autos, ficou demonstrado que todos os créditos de ICMS apontados pela fiscalização estão corretamente calculados, considerando as alíquotas e bases de cálculo. Relacionou as razões jurídicas suficientes para o legítimo crédito de ICMS nos livros fiscais.

Na informação fiscal às fls. 324 a 336 dos autos, a autuante prestou esclarecimentos em relação aos itens questionados pelo defendente, relativamente a cinco circunstâncias:

1. Quando o fornecedor destacou o valor do ICMS próprio na informação complementar na NF. Esclarece que o destaque do imposto na informação complementar não é correto, exceto em se tratando de empresa do Simples Nacional. As notas fiscais das folhas 226 a 228 do PAF, 80 a 82 da defesa, não têm indicação do Simples Nacional.
2. Quando o fornecedor emitiu NF complementar de ICMS, pois, destacou na NF originária, o valor a menor de ICMS próprio. Foi possível identificar as notas de crédito complementar nas folhas 229, 230 e 235 a 276 do PAF, 83, 84 e 89 a 130 da defesa, informa que este item foi excluído no ANEXO 12 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL.
3. Quando o impugnante se creditou de 7% sobre o valor total da nota fiscal, conforme benefício previsto no art. 2º do Decreto 7.799/00. O referido dispositivo determina que o contribuinte inscrito sob um dos códigos de atividades econômicas constantes do Anexo Único que integra este Decreto poderá lançar a crédito, no período de apuração respectivo, o valor equivalente a 16,667% (dezesseis inteiros, seiscentos e sessenta e sete milésimos por cento) do valor do imposto incidente nas operações interestaduais que realizar com qualquer mercadoria. Informa que este valor já foi lançado nos REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - OPERAÇÕES PRÓPRIAS no campo estorno de débito. Portanto a justificativa não procede.
4. Quando o crédito de NF foi estornado, mas a fiscalização não observou os respectivos estornos. Foi possível identificar as notas de estorno nas folhas 231 a 234 do PAF, 85 a 89 da defesa. Informa que este item foi excluído no ANEXO 12 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL.
5. A fiscalização reduziu, arbitrariamente, os valores de ICMS destacados em notas fiscais de mercadorias. Esta alegação não procede, pois neste caso, a fiscalização utiliza um sistema que cruza o valor do imposto destacado na NF-e ou CT-e com o valor lançado na EFD baseado na chave de acesso. A hipótese de arbitramento é impossível, e o defendente não citou um caso concreto.

Esclareceu que a infração 6 refere-se a lançamentos na EFD, em valores superiores aos destacados nos Conhecimentos de Transporte, e o defendente não anexou Conhecimento de Transporte referente a esta infração, ficando ratificadas as infrações 4 e 6.

Informou que, se o Julgador concordar com metodologia, fica o valor remanescente da infração 5 conforme o ANEXO 12 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL, fls. 341/342 do PAF.

Na informação fiscal prestada pela autuante às fls. 528 a 534, foi informado que em relação à infração 05, somente na segunda informação fiscal é que o impugnante citou os casos específicos e foi possível fazer verificações:

AZEITON T PACO VERDE 2KG e MOST HEINZ 16X255G – apesar da atualização da base de cálculo constante no documento fiscal não houve alteração no ANEXO 13 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL.

FERM INST MAGEST 500 G – na NF 176.830 a empresa reduziu a base de cálculo e colocou a alíquota de 12% na EFD, quando o correto seria manter a base de cálculo e colocar a alíquota correta de 4%. Este item foi corrigido no ANEXO 13 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL.

MILHO PIPOCA CUCO - para as notas 32.573, 34.592, 34.629, 34.811, 37.647, 37.787, 37.986, 39.598, 40.387, 40.476, 40.755, 41.664, 41.767, 41.904, 42.081, 42.274, 42.695 na EFD a empresa reduziu a base de cálculo e colocou a alíquota de 17%, quando o correto seria manter a base de cálculo e colocar a alíquota correta de 7% para o milho. Estes itens foram corrigidos no ANEXO 13 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL. Para as notas fiscais 419.735, 434.472 e 429.338 foram considerados o valor da base de cálculo e a alíquota de 7% no ANEXO 13 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL, pois é o que consta no documento fiscal.

CAFÉ ALTO VACUO PURO 20X250 – a impugnante reduziu a base de cálculo e usou a alíquota de 12%, na EFD, de forma que a carga tributária fosse de 10%, conforme art. 6º do Decreto nº 7.799/00 (Decreto Atacadista). A correção foi feita no ANEXO 13 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL.

LEITE DESNAT VETANIA 12X1L e LIETE INTEGRAL BATANIA 12X1L - a impugnante reduziu a base de cálculo e usou a alíquota de 12%, na EFD, de forma que a carga tributária fosse de 10%, conforme art. 6º do Decreto nº 7.799/00 (Decreto Atacadista). A correção foi feita no ANEXO 13 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL.

PATE PRESUNTO ODERICH 100G e SALAME ITALIANO CERATTI SATIARE 425G - foram considerados o valor da base de cálculo constante no documento fiscal e a alíquota de 10%, conforme art. 6º, do Decreto nº 7.799/00 (Decreto Atacadista) no ANEXO 13 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL. Conclui ratificando as infrações 4 e 6.

Afirmou que se o CONSEF concordar com metodologia, fica o valor remanescente da infração 5 conforme o ANEXO 13 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL, fls. 535/536 do PAF.

Na manifestação apresentada às fls. 348 a 366, o defendente afirmou que apresentou argumentos para afastar a autuação, em razão do legítimo crédito de ICMS nos livros fiscais, tendo sido eles respondidos pela autuante. Diz que a fiscalização reduziu os valores do ICMS apurado, e já considerando a redução do item 5 pela autuante, entende que deve ser afastada a autuação das infrações 04, 05 e 06.

Quanto às infrações 04 e 06, observo que os demonstrativos elaborados pela autuante indicam os números das notas fiscais, data, CNPJ do emitente e a respectiva chave de acesso, tendo sido informado que o levantamento fiscal foi realizado com base em lançamentos efetuados na EFD em valores superiores aos destacados em Notas Fiscais e Conhecimentos de Transporte, e o defendente não apresentou elementos suficientes para comprovar estas infrações.

Sobre a infração 05, a autuante analisou a documentação apresentada pelo defendente, excluindo do levantamento fiscal os valores comprovados, tendo elaborado o Anexo 13 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL, fls. 535/536 do PAF.

Vale ressaltar, que embora o defendente não tenha acatado expressamente a revisão efetuada pela autuante, não apresentou novos elementos para contrapor o novo demonstrativo. O autuado 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.

Acato as conclusões da autuante e voto pela subsistência total das infrações 04 e 06 e parcial da infração 05, no valor total de R\$1.264,36, de acordo com o demonstrativo às fls. 535/536 dos autos.

Infração 07: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos meses de janeiro a novembro de 2014; junho, agosto a dezembro de 2015. Anexo 10 – Demonstrativo de Crédito Indevido – MERCADORIA PARA FORMAÇÃO DE CESTA E KIT, fls. 54/55 do PAF.

Vale destacar, que somente será admitido o crédito fiscal do valor do ICMS corretamente calculado, mesmo que o imposto tenha sido destacado a mais do que o devido no documento fiscal.

O defendente alegou que por meio das Notas Fiscais que acostou aos autos, verifica-se que os créditos questionados decorrem de duas situações: ou foram objeto de débito por meio de outras notas devidamente apontadas na relação anexa, ou referem-se a item que não se enquadra no regime de substituição tributária, como também foi destacado nesta mesma relação.

Diz que restou esclarecido que, diferente do procedimento de formação de Kit tradicional, o item de venda tem tributação normal, e por esse motivo, há necessidade de destacar o débito do imposto também na NF de venda.

Afirmou que houve o destaque do imposto em três notas fiscais de saída, para formação de ingredientes de feijoada 15 Kg, nota fiscal de entrada e nota fiscal de saída para venda a terceiros. Na saída com CFOP 5926, é debitado para os itens com tributação normal, tendo sido recolhido o imposto de R\$56,70, através da NF de venda nº 388612, superior ao crédito de entrada com CFOP 1926, conforme DANFES anexos. Disse que a operação não está sujeita à substituição tributária,

A autuante não concordou com as alegações do defendente, informando que as notas autuadas referem-se à formação de KIT. A empresa adota o procedimento de dar saída com CFOP 5.926 com débito e dar entrada com o CFOP 1.926 com crédito. Os pares das notas devem ter o mesmo valor de débito e crédito. Nos pares do ANEXO 10 não existe esta igualdade conforme folhas 54 a 140.

Afirmou que o argumento defensivo não deve prosperar, pois o débito no momento da venda da mercadoria é para ser compensado com o crédito no momento da entrada da mercadoria proveniente do fornecedor.

Concordo com o posicionamento da autuante, considerando que nada impede a empresa de fazer ou desfazer KIT de mercadorias (comprar vários itens em separado e revender como um único item, ou vice-versa), mas, para tanto, precisa observar a legislação quanto à emissão das respectivas notas fiscais quando da agregação ou desagregação do Kit, a fim de não gerar inconsistências nos estoques e no recolhimento do imposto, e a legislação já criou os Códigos Fiscais de Operação - CFOP 1926 e 5926, específicos para tal fim, ou seja, lançamento efetuado a título de reclassificação de mercadoria decorrente de formação de kit ou de sua desagregação.

Vale salientar, que é responsabilidade exclusiva do Contribuinte a escrituração fiscal e a remessa de dados à SEFAZ, devendo os documentos fiscais espelhar com fidedignidade as operações realizadas, e em relação a inconsistências, equívocos ou divergências, apuradas quando da realização do levantamento fiscal, deve ser lançado o valor do imposto apurado de acordo com a escrituração e correspondente documentação fiscal. No caso em exame, acato o posicionamento da autuante, ao apurar diferenças de até R\$0,01.

Neste caso, considerando que o lançamento tributário é um ato vinculado, há uma dependência absoluta da atividade do autuante em relação à lei, de modo que não pode ele agir livremente na aplicação da lei, ou seja, não pode dispensar o tributo, do mesmo modo que não pode cobrá-lo sem que seja devido. Assim, acompanho o posicionamento da autuante e concluo pela subsistência desta infração.

As infrações 08, 09 e 10 serão analisadas conjuntamente, mantendo-se a mesma ordem em que foi apresentada a defesa, tendo em vista que tratam de utilização indevida de crédito fiscal, e o autuado apresentou impugnação combatendo simultaneamente esses três itens.

Infração 08: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, no mês de janeiro de 2015. Anexo 7 – Demonstrativo de Crédito Indevido – NF-e CANCELADA E LANÇADA, fl. 45 do PAF.

Infração 09: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, no mês de janeiro de 2015. Anexo 8 – Demonstrativo de Crédito Indevido – NF-e DENEGADA E LANÇADA, fl. 47 do PAF.

Infração 10: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de maio, novembro e dezembro de 2015. Anexo 9 – Demonstrativo de Crédito Indevido – CT-e LANÇADO DE OUTRO TOMADOR, fl. 50 do PAF.

O defendente alegou que o crédito é originado por uma alteração na modalidade de frete utilizado. A transportadora disponibilizou a carta de correção eletrônica, informando que o frete realizado, na verdade, se tratou do tipo FOB, e não CIF.

Na informação fiscal, às fls. 324 a 336 dos autos, a autuante disse que o impugnante anexou documentos nas folhas 30 a 26 da defesa, e 176 a 182 do PAF, para justificar os créditos das infrações 8, 9 e 10. Nas folhas 30 a 36 da defesa, que correspondem às folhas 176 a 182 do PAF, não tem documentos relativos às infrações 8 e 9. Ratifica as infrações 8 e 9.

Com relação à infração 10 o DACTE 252.495 (fl. 176), que tem como tomador do serviço OMAMORI INDUSTRIA DE ALIMENTOS LTDA, teve carta de correção apresentada para a nota fiscal, não teve carta de correção para o conhecimento de transporte. O DACTE 292.120 (fl. 180) tem como tomador do serviço OMAMORI INDUSTRIA DE ALIMENTOS LTDA, e não tem carta de correção. Exatamente como descrito na infração 10, no anexo 9 e nos relatórios do portal <http://www.cte.fazenda.gov.br>, folhas 50 a 52. Apenas o DACTE 298.648 (fl. 181) tem carta de correção de frete CIF para FOB. Se o Julgador concordar, na infração 10 pode abater o valor de R\$ 238,56 em dezembro de 2015.

Na manifestação apresentada após a informação fiscal, o defendente afirmou que ao contrário do alegado, foi demonstrado na impugnação a correção de frete CIF para FOB, conforme documentação já acostada aos autos. Disse não ser possível a manutenção integral das infrações 08 e 09, bem como do residual da infração 10, devendo ser anulado o presente lançamento.

Analisando a documentação apresentada pelo autuado às fls. 30 a 26 da defesa, e 176 a 182 do PAF, constato que assiste razão a autuante, haja vista que a comprovação referida pelo defendente não se refere aos documentos constantes no levantamento fiscal correspondente às infrações 08 e 09.

Quanto à infração 10, verifico que também assiste razão à autuante, considerando que em relação ao levantamento fiscal (anexo 9 – fl. 50 do PAF), apenas o DACTE 298.648 (fl. 181), tem carta de correção de frete CIF para FOB. Neste caso, quanto à infração 10 foi comprovado o valor de R\$ 238,56, em dezembro de 2015, reduzindo-se o débito originalmente apurado para R\$38,00. Portanto, ficam mantidas integralmente as infrações 08 e 09, e a infração 10 subsiste em parte.

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

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO
01	PROCEDENTE EM PARTE	25.439,32
02	PROCEDENTE	43,52
03	IMPROCEDENTE	-
04	PROCEDENTE	5.318,83
05	PROCEDENTE EM PARTE	1.264,36

06	PROCEDENTE	518,71
07	PROCEDENTE	986,22
08	PROCEDENTE	12,52
09	PROCEDENTE	85,78
10	PROCEDENTE EM PARTE	38,00
<b>TOTAL</b>	-	<b>33.707,26</b>

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 274068.0007/18-5, lavrado contra **SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$33.707,26**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2019

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA