

A. I. Nº - 232115.0050/18-9
AUTUADO - DIC- DISTRIBUIDORA DE COSMÉTICOS LTDA.
AUTUANTE - FIRNALVON MIRANDA GUSMÃO
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 21/09/2020

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0092-01/20-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA QUANTO À CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO. Inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada. Inviabilidade de saneamento, haja vista que a ação fiscal foi desenvolvida de forma inadequada, acarretando incerteza cuja elucidação, nestes autos, implicaria uma nova ação fiscal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/10/2018, formaliza a exigência de crédito tributário no valor total histórico de R\$98.574,77, em razão do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1.Efetuiu o recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de março, junho a outubro e dezembro de 2014, maio a julho e setembro de 2015, abril, julho, setembro e dezembro de 2016, outubro e dezembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$69.355,72, acrescido da multa de 60%;

2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de setembro e dezembro de 2016, janeiro, março a setembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$18.792,51, acrescido da multa de 60%;

3.Efetuiu o recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de março, abril, julho, agosto e novembro de 2014, janeiro, fevereiro, abril, julho, agosto, outubro e novembro de 2015, agosto e novembro de 2016, novembro de 2017. sendo exigido ICMS no valor de R\$10.426,54, acrescido da multa de 60%.

O autuado, por intermédio de advogada legalmente constituída, apresentou Defesa (fls.149 a 162). Registra que se trata de empresa que atua no ramo varejista de cosméticos optante do Simples Nacional. Consigna o seu inconformismo quanto à autuação apontando os alegados erros cometidos pelo autuante.

Destaca como primeiro erro, no que tange às infrações 2 e 3, que o autuante desconsiderou a legislação estadual no que diz respeito ao benefício de redução do imposto de 20% concedido às microempresas e empresas de pequeno porte, conforme o artigo 274, cuja redação reproduz. No mesmo sentido, invoca e reproduz o entendimento disponível no site da SEFAZ/BA, no “perguntas e respostas”.

Alega que ao elaborar as planilhas o autuante se olvidou do benefício, o que gerou o recolhimento a menos de ICMS antecipação parcial. Neste sentido, apresenta cópia de parte da referida planilha.

Salienta que apesar da extensão refez, corretamente, a planilha elaborada pelo autuante (doc.04), empregando os mesmos valores utilizados na autuação e aplicando o benefício previsto no art. 274 do RICMS, o que resultou num recolhimento a mais no valor de R\$10.035,99, conforme demonstrativo referente à infração 3 que apresenta.

Conclusivamente, diz que nesse ponto resta improcedente a autuação, pois, quando apurado corretamente, na realidade, resulta em recolhimento a mais, passível de restituição na forma do artigo 173 do RPAF.

Aponta como outro erro, a desconsideração pelo autuante da adequação da NCM com a destinação e finalidade do produto, no que se refere ao ICMS supostamente devido por antecipação ou substituição tributária de que cuida a infração 1.

Alega que foram arroladas na autuação mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária, mas sim à antecipação parcial com redução de 20%, conforme previsto na legislação do ICMS. Neste sentido, invoca e reproduz excertos do Parecer nº 25041/2013, assim como do Acórdão JFJ Nº 0030-03/16.

Menciona como exemplo parte da planilha elaborada pelo autuante e o trecho da legislação, em que os produtos com NCM 6805 – materiais de construção – foram enquadrados como antecipação tributária empresa que é varejista de cosméticos, erro explícito na autuação. Reproduz o item 24 - Material de Construção -, do Anexo 1 do RICMS/BA/12, vigente em 2014, bem como a planilha elaborada pelo autuante.

Afirma que além do exemplo acima diversos outros itens foram enquadrados de forma incorreta, a exemplo dos códigos NCM 3924.9, 9603, 8424 e outros.

Conclusivamente, afirma que resta improcedente a autuação, considerando que o correto cálculo do imposto resultaria na constatação pelo autuante do recolhimento correto do imposto exigido.

Aponta como outro erro cometido pelo autuante o cálculo do imposto nos produtos importados. Alega que o Senado Federal editou a Resolução SF nº 13/2012 para fixar 4% a alíquota interestadual do ICMS nas operações com bens e mercadorias importadas do exterior, a partir de 01/01/2013. Reproduz a referida Resolução.

Salienta que desde o advento da mencionada Resolução a alíquota utilizada para produtos importados e para produtos com conteúdo de importação superior a 40% é de 4%.

Ressalta que considerando a quantidade de itens existentes na planilha elaborada pelo autuante, o que impossibilitou a marcação individualizada, item por item, uma vez que a referida planilha não abarca o CST dos produtos, sendo necessário realizar o comparativo de cada nota fiscal com a planilha, apresenta de forma exemplificativa a Nota Fiscal n. 292.333, acompanhada de trecho da planilha elaborada pelo autuante.

Alega que referidos produtos foram incluídos planilha do autuante com a MVA e alíquota de 7% o que é um erro gritante, resultando em valor apurado muito maior do que o devido.

Ressalta que o erro foi cometido em todas as notas fiscais que possuem produtos importados ou com conteúdo de importação maior do que 40%, haja vista que na planilha elaborada pelo autuante verifica-se a utilização da MVA e aplicação de alíquotas diferentes de 4% nos demais produtos, importados ou não.

Assevera que a diferença de valor ocorreu somente pelos sucessivos erros no cálculo do tributo cometidos pelo autuante.

Acrescenta que se verifica da análise das notas fiscais apresentadas que diversas notas fiscais já possuem o ICMS ST já recolhido, conforme exemplo que apresenta com a Nota Fiscal nº 000.002.628.

Finaliza a peça defensiva requerendo a improcedência do Auto de Infração. Protesta pela juntada posterior de provas por todos os meios admitidos em direito.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 227 a 234). De início, registra o discurso respeitoso e cortês da ilustre advogada do autuado, no trato com a Fiscalização estadual.

No que tange à infração 1, diz que não foi combatida pela impugnante, permanecendo, a princípio, seu valor histórico, contudo, posteriormente, tecerá comentários que trarão à luz fatos novos sobre o feito.

Quanto à infração 2, consigna que a impugnante alega que o enquadramento adequado a este item da autuação seria o de recolhimento a menor do ICMS, dizendo que houve arrecadação do ICMS Antecipação Parcial, a exemplo do mês 09/2016, cujo pagamento foi de R\$1.298,09, que não teria sido considerado no levantamento.

Contesta essa alegação defensiva. Afirma que todos os pagamentos efetuados pela empresa no período fiscalizado foram considerados e que o aludido valor tido como *não contabilizado* refere-se a uma das três parcelas do ICMS Antecipação Parcial devido no mês 07/2016, cujo pagamento ocorreu em 26/09/2016, que o autuado, por benefício do Estado parcelou em três vezes.

Assevera que desse modo, conclui-se que o enquadramento da infração está correto, como comprovará na nova Planilha de Cálculo apresentada, bem como nos extratos de pagamento do ICMS Anual, que também anexa.

No tocante à afirmativa defensiva de não foi considerado o desconto de 20%, afirma que não procede, tendo em vista que o somatório dos valores do ICMS, correspondentes aos códigos de receitas objeto da fiscalização - 2175 e 1145, constantes nos *Extratos de Pagamento Anual* da SEFAZ, permite comprovar que considerou e inseriu na Planilha de Cálculo do Imposto todos os valores pagos, mensalmente, pelo Contribuinte.

Diz que nesse contexto é lícita a inferência de que o Contribuinte tenha conhecimento de tal benefício legal e/ou esteja cercado de assessoria contábil competente, que não o deixaria ao desamparo, olvidando tal vantagem e efetuando os recolhimentos sem o referido benefício. Acrescenta que por isso mesmo, na Planilha de Cálculo do ICMS, Coluna Q - Desconto consta 0 (zero), ou seja, o Contribuinte já aplicou o aludido desconto, ao pagar o ICMS no prazo regulamentar.

Relativamente ao terceiro erro apontado pela impugnante, consigna que: c) os códigos NCMs foram alinhados à destinação e finalidade dos produtos adquiridos; d) a alíquota de 4% foi aplicada aos produtos importados; e) os produtos cujo ICMS Substituição Tributária veio destacado na Nota Fiscal de origem foram considerados e excluídos da Planilha de Cálculo do ICMS; f), fundamentado nas razões mencionadas nas linhas anteriores, insiste na impossibilidade de se cogitar cancelamento do Auto de Infração, haja vista que os ajustes pretendidos, com justiça atendidos, por derivação trouxeram à luz novos valores às infrações, contudo, sem esgotar a exigência do ICMS.

Ressalta que se eventualmente houve pagamento do imposto a mais e/ou com o Código de Receita divergente, o Contribuinte pode, oficialmente, requerer ao Estado da Bahia a devida restituição, como também a alteração dos Códigos de Receita, preenchidos inadequadamente.

Retorna à análise da infração 1, esclarecendo que por ocasião das alterações realizadas na Planilha de Cálculo do ICMS Substituição Tributária (alinhamento dos códigos NCMs com a finalidade e particularidade dos produtos; desoneração das MVAs dos produtos não sujeitos a ela; aplicação adequada da alíquota de 4% (Quatro por cento) aos produtos importados; e consideração do ICMS Substituição Tributária destacado nas Notas Fiscais de origem), os produtos que ali constavam migraram, corretamente, para a Planilha de Cálculo do ICMS Antecipação Parcial, o que, consequentemente, majorou o valor histórico original da Infração 03 - 07.21.04 - *O Contribuinte efetuou o recolhimento a menor do ICMS Antecipação Parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas*

Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, de **R\$10.426,54** para **R\$ 24.911,41**.

Registra que outro fator que contribuiu para a modificação dos valores, para mais, das infrações foi a aplicação da INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05/2016, que relaciona os produtos considerados como cosméticos, para efeitos da incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, e lhes acrescenta 2% à alíquota interna de 18%.

Conclusivamente, diz que assim sendo, na expectativa de ter suprido as ponderações fundamentais da impugnante, efetuando as alterações necessárias ao trabalho fiscal, e no intuito de ilustrar a Informação Fiscal, bem como auxiliar nas interpretações deste CONSEF, anexa novas Planilhas de Cálculo do imposto exigido, apontando os recentes valores históricos de cada infração, conforme abaixo:

Infração 01 - 07.21.02

Valor original do ICMS **R\$69.355,72**. Valor do ICMS após revisão **R\$86.044,68**;

Infração 02 - 07.21.03

Valor original do ICMS **R\$18.792,51**. Valor do ICMS após revisão **R\$47.570,47**;

Infração 03 - 07.21.04

Valor original do ICMS **R\$10.426,54**. Valor do ICMS após revisão **R\$24.911,41**.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência do Auto de Infração.

O autuado, cientificado da Informação Fiscal, se manifestou (fls. 387 a 399) Registra, inicialmente, que reconhece a observação das particularidades imputadas e que foram analisadas pelo autuante, porém, além dos demonstrados na impugnação, ainda existem erros cometidos pelo autuante.

No que tange à infração 1, rechaça a afirmativa do autuante no que diz respeito à não contestação desta infração na Impugnação anteriormente apresentada.

Diz que analisando a Impugnação apresentada, percebe-se que a partir do item 3.4 trata-se da contestação do lançamento do ICMS na modalidade substituição tributária, infração 1, logo, é improcedente a alegação do autuante no sentido que a primeira infração não foi impugnada.

Reporta-se sobre a revisão fiscal procedida pelo autuante. Diz que apesar de reconhecer os argumentos defensivos, que correspondem às particularidades contábeis estabelecidas na legislação vigente que não foram observadas pelo autuante, realocando os produtos que não se encaixam na modalidade antecipação tributária para a modalidade antecipação total, alinhando os códigos NCMs com a finalidade e particularidade dos produtos, desoneração das MVAs dos produtos não sujeitos à ela, aplicando a alíquota de 4% aos produtos importados, os quais haviam sido aplicados alíquotas de 8% e 12% e considerando o ICMS substituição tributária destacado nas notas fiscais de origem que não haviam sido considerados, ainda assim, apesar da explanação que acarretaria necessariamente na redução do valor autuado, o valor original do ICMS que era de R\$69.355,72 foi majorado após revisão para R\$86.044,68.

Alega que o autuante não apresentou um argumento que justificaria a majoração do valor referente ao ICMS na modalidade antecipação tributária, mas somente tratou dos argumentos defensivos apresentados que implicariam na redução do valor exigido, mas que, porém, sem trazer com clareza e detalhamento os fundamentos que geraram o aumento do valor, mas tão somente apresentando planilhas que não esclarecem o fato. Afirma que o autuante sequer trouxe aos autos novas planilhas demonstrativas do valor autuado para esclarecer e comprovar o valor revisado.

Reporta-se sobre a inclusão de itens que não são objeto de incidência do ICMS.

Assevera que na autuação ainda persistem itens com os códigos 6404, 6949 e 6923 que não deveriam estar presentes na planilha, caso o autuante houvesse analisado a legislação vigente, conforme a

contabilidade da empresa fez.

Alega que os itens com código 6404 somente classificam-se neste código as vendas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, na condição de substituto tributário, exclusivamente nas hipóteses em que o imposto já tenha sido retido anteriormente, conforme o código fiscal de operações e de prestações, Anexo do Convênio Sinief SNº de 1970.

Acrescenta que os itens também constantes na planilha com o código 6949 e 6923 não deveriam constar na planilha de autuação, uma vez que não entram para cálculo de substituição, conforme o RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/2002, como no caso dos produtos remetidos para conserto ou avariados (art. 381).

Diz que do mesmo modo, a planilha de antecipação parcial apresenta erros. Demonstra-se que a não observação das particularidades nesta modalidade também, uma vez que o autuante considerou para cálculo do ICMS devido a compra de um ar condicionado, ativo mobilizado da empresa, e de despesas que não são mercadoria, objeto de incidência do ICMS, conforme o artigo 272, inciso I, alínea 'a', item 2 do RICMS, Decreto n.º 13.780/12. Apresenta exemplos na planilha.

Reporta-se sobre valores que foram recolhidos e não considerados pelo Autuante.

Afirma que ainda existem valores que foram recolhidos pela empresa e que não foram considerados pelo autuante, a exemplo do mês de março de 2014, conforme demonstrativo que apresenta.

Reporta-se sobre o correto recolhimento do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Afirma que o mesmo aconteceu com o FECP, o autuante acrescenta a porcentagem referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza que olvidou-se na autuação, trazendo nova infração não abarcada pelo Auto de Infração, fato que acarreta a nulidade do lançamento, de acordo com o art. 18, II do RPAF, uma vez que não se trata apenas de omissão, mas ato praticado com preterição do direito de defesa, uma vez que se trata de nova infração, que deveria ter sido defendida juntamente com a impugnação apresentada anteriormente, considerando o prazo para manifestação.

Alega que apesar disso, demonstra o suficiente recolhimento do FECP, conforme a relação de DAES do ano de 2016 e seguintes, acostadas aos autos pelo próprio autuante, que não foram consideradas nas planilhas do fiscal, de modo que as partes referentes ao recolhimento do imposto encontram-se zeradas na planilha, como exemplo abaixo demonstrado no qual não foi considerado o valor de R\$ 813,88, pago em 25.01/2017, referente ao mês 12/2016.

Assevera que desse modo, nem esta nova imputação é suficiente para manter a autuação, uma vez que recolheu devidamente o FECP, conforme comprova a relação de DAES pagos não considerados pelo autuante.

Salienta que o autuante não considerou a legislação vigente ao elaborar o Auto de Infração, uma vez que considera as particularidades apresentadas na impugnação, o que era sua obrigação, haja vista que teve todo o período de fiscalização para analisar de maneira correta, inclusive todas as particularidades, antes de proceder a autuação.

Alega que se observa, na realidade, é que o autuante juntou todas as notas fiscais em uma planilha, sem observar nenhuma particularidade, aplicando a alíquota padrão para todos os códigos encontrados e imputou a empresa infração que não era devida. Diz que após, coube a empresa contratar advogado, analisar todo o trabalho feito pelo autuante e apontar erro por erro demonstrando a improcedência da autuação.

Reporta-se sobre a não consideração dos recolhimentos realizados em mês posterior em notas do final do mês.

Afirma que outro equívoco constatado na elaboração da autuação, foi que o autuante separou as notas mês a mês, porém, o imposto referente às notas do final do mês, mais ou menos a partir do dia 28 de cada mês, somente é recolhido no mês seguinte, o que não foi considerado pelo fiscal,

uma vez que os meses que em haveria recolhimento aparentemente a maior não foram apresentados.

Alega que realizando a relação de todas as notas e recolhimentos mês a mês não abarca a particularidade das notas do final do mês, em que o recolhimento foi sim realizado no início do mês posterior, fato não considerado pelo fiscal.

Reporta-se sobre os descontos legais não considerados pelo autuante.

Aduz que outro erro extremamente relevante, refere-se aos descontos não considerados pelo autuante no momento da autuação. Diz que na informação fiscal, o autuante alega que inseriu na planilha de cálculo todos os valores recolhidos pelo contribuinte, compensando os valores recolhidos com os valores encontrados como devidos mês a mês e que, por isso, já seria computado o desconto de 20% legalmente previsto para a empresa.

Sustenta que referida alegação é completamente inaceitável, haja vista que se o autuante elaborou a planilha calculando todos os itens constantes nas notas fiscais e elaborando o cálculo do ICMS devido a cada mês, abatendo o valor já pago, é evidente que os descontos devidos deveriam ter sido considerados na planilha de autuação, uma vez que a contabilidade da empresa considerou os descontos e recolheu de acordo com a legislação vigente, porém, o autuante não computou essa particularidade, o que gerou um valor a recolher muito maior do que o devido, conforme já amplamente demonstrado na Impugnação.

Acrescenta que além da não observação do artigo 274 do RICMS/BA/12, que concede a redução de 20% do valor do imposto apurado no caso de antecipação parcial decorrente de aquisições efetuadas por contribuintes enquadrados como Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte, também não foi considerado o desconto de 60%, previsto no art. 273, válido até 31/12/15, o qual prevê que no caso de antecipação parcial decorrente de aquisições oriundas de estabelecimentos industriais, de produtos por eles fabricados, realizadas por contribuinte inscrito na condição de microempresa, fica concedida uma redução de 60% do valor do imposto, na hipótese de o contribuinte efetuar o recolhimento no prazo regulamentar.

Alega que desse modo, além do desconto de 20%, a empresa possuía o desconto de 60% nas aquisições de produtos oriundos de estabelecimentos industriais. Diz que caso o autuante tivesse observado tais particularidades no momento da fiscalização e autuação não restariam dúvidas acerca da suficiência dos recolhimentos.

Assevera que, desse modo, resta comprovado que o autuante não analisou as particularidades da legislação vigente, deixando passar os descontos legalmente previstos, o que acarretou no cálculo do ICMS muito além do recolhido, devido a este estar muito além do efetivamente devido.

Conclusivamente, diz que restam demonstrados os diversos erros na elaboração do lançamento em lide, de modo que o cancelamento do Auto de Infração é medida que se impõe.

Finaliza a Manifestação reiterando a impugnação em todos os seus termos, e requer que seja julgada procedente a Impugnação, considerando os aspectos relatados na Manifestação, exonerando-a da exigência tributária dele decorrente.

O autuante, cientificado da Manifestação do autuado, se pronunciou (fls. 402 a 408). Diz que após análise dos motivos apresentados na Manifestação, cabe se pronunciar sobre as alegações defensivas, trazendo, objetivamente, suas considerações sobre a pretensão da impugnante.

Consigna que causa estranheza a afirmativa da impugnante no sentido de que: *o Autuante não apresentou qualquer argumento que justificasse a majoração do valor referente ao ICMS Antecipação Tributária, e sequer trouxe aos autos novas planilhas demonstrativas do valor autuado, para esclarecer e comprovar o valor revisado.*

Diz que na Informação Fiscal expõe, com largueza, as razões da alteração dos valores das infrações, e que diante de tal argumento fica a impressão que a impugnante passou a galope sobre o texto e não se apercebeu das informações ali presentes. Acrescenta que nas Planilhas aduzidas pela impugnante consta no mesmo documento, a fim de esclarecer os procedimentos adotados.

Esclarece que atendendo a solicitação da impugnante excluiu das Planilhas de cálculo todas as

mercadorias com o código CFOP 6404, que têm o destaque do ICMS ST na Nota Fiscal. Diz que os produtos de mesmo código, que não têm o destaque do ICMS devido ou comprovação do pagamento, permanecem nas Planilhas.

Assinala que as Notas Fiscais, cujas mercadorias possuem CFOP 6923 - Remessa de mercadoria por conta e ordem de terceiros -, também foram retiradas das Planilhas. Quanto às Notas Fiscais com CFOP 6949, que não têm confirmação de quitação do ICMS correspondente, de igual modo, foram mantidas.

Informa que os produtos pertencentes ao grupo NCM 6805, não sujeitos à Substituição Tributária, no caso desse contribuinte, também foram excluídos dos cálculos do imposto. A Nota Fiscal do Aparelho de Ar Condicionado foi excluída da Planilha. O valor de R\$ 940,34, contestado foi agora considerado em favor do contribuinte, no mês correspondente.

Salienta que é surpreendente, mais uma vez, que a impugnante traga ao texto a afirmativa referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FECF. Afirma que o FECF foi sim incluído nos cálculos do ICMS, a partir de setembro de 2016, por força da INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 05/2016. Sustenta, contudo, que não há que se falar, ou mesmo pensar no surgimento de nova infração ao PAF em comento. Apresenta as seguintes indagações: Onde se registra tal infração? Com quais valores ela se apresenta? E com qual código? Acrescenta que se faz necessário esclarecer à impugnante que o percentual do FECF é adicionado à alíquota interna aplicada aos produtos, e que, portanto, eleva o valor tributado. Salienta que, no entanto, por ocasião da Manifestação da impugnante, os referidos valores foram adequadamente considerados e acrescentados aos pagamentos do ICMS Antecipação Parcial e/ou ICMS Substituição Tributária, nos meses correspondentes, em favor do contribuinte, conforme se verifica nas Planilhas que anexa, e isto traz justiça ao pleito. Quanto às Notas Fiscais relacionadas, afirma que não há óbice algum que figurem na mesma Planilha, desde que as particularidades dos produtos sejam observadas. Ressalta que no presente caso, onde houve falta na autuação neste quesito, após invocação da impugnação, tais imperfeições foram sanadas.

Afirma que as Notas Fiscais têm que ser separadas mês a mês, realmente, e, para efeito dessa fiscalização, os pagamentos também devem ser considerados a cada mês.

Consigna que acolhe com justiça o argumento da impugnante e aplica os descontos devidos de 20% e 60%, razão pela qual houve meses que, inicialmente, estavam sendo cobrados, mas foram excluídos da Planilha de cálculo, após a concessão do benefício devido.

Conclusivamente, diz que persevera, firmemente, contra a cogitação de cancelamento do Auto de Infração, consignando que após o atendimento dos ajustes requeridos, por desdobramento, novos valores foram atribuídos às infrações em análise, conforme descritos abaixo, sem, contudo, esgotarem a exigência do ICMS demandado:

Infração 01 - 07.21.02

Valor original do ICMS - **R\$ 69.355,72**. Valor do ICMS após revisão - **R\$82.345,12**.

Infração 02 - 07.21.03

Valor original do ICMS - **R\$ 18.792,51**. Valor do ICMS após revisão - **R\$44.143,96**.

Infração 03 - 07.21.04

Valor original do ICMS - **R\$ 10.426,54**. Valor do ICMS após revisão - **R\$12.454,42**.

Finaliza opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

O autuado, cientificado da Informação Fiscal, se manifestou (fls.521 a 524). Observa que em atendimento à sua solicitação, o autuante excluiu das planilhas de cálculo todas as mercadorias com o código CFOP 6404 que têm o destaque do ICMS ST na Nota Fiscal, bem como as mercadorias que possuem CFOP 6923, CFOP que possuem confirmação de quitação do ICMS correspondente bem como os produtos pertencentes ao NCM 6805 não sujeitos à Substituição Tributária por este contribuinte. Excluiu também a nota fiscal do aparelho de Ar Condicionado. Contudo, apesar de

informação fiscal anteriormente apresentada ter dito que todos os pagamentos realizados pela empresa foram considerados, reconheceu a existência de valores recolhidos não considerados, e que considerou, nesse momento, no valor de R\$940,34 referido na impugnação.

Consigna que antes de rebater as alterações apresentadas pelo autuante, reconhece a observação das particularidades apontadas e que agora foram analisadas pelo autuante, contudo, além dos demonstrados na impugnação, ainda existem erros cometidos pelo autuante.

Frisa que reitera todos os argumentos apresentados anteriormente em sua Impugnação e Manifestação, de modo que não irá repetir para não tornar a leitura cansativa e desnecessária, considerando que todos os pontos que demonstram a improcedência do Auto de Infração já foram amplamente demonstrados.

Esclarece que os diversos erros apontados somente corroboram com o entendimento de que o autuante simplesmente não analisou a legislação vigente, bem como as particularidades do caso, de modo que durante a fiscalização em momento algum interagiu com o contribuinte para solicitar informações ou esclarecimentos, o que resultou em um Auto de Infração cheio de vícios e ilegalidades.

Observa que o autuante ainda acrescentou a porcentagem referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza que olvidou-se na autuação, trazendo nova infração não abarcada pelo Auto de Infração, fato que acarreta a nulidade da autuação, de acordo com o art. 18, II do RPAF, uma vez que não se trata apenas de omissão, mas ato praticado com preterição do direito de defesa, haja vista que se trata de nova infração, que deveria ter sido defendida juntamente com a impugnação apresentada anteriormente, considerando o prazo para manifestação.

Assevera que desse modo, constata-se que o autuante não considerou a legislação vigente ao elaborar o auto de infração, uma vez que considera as particularidades apresentadas pela impugnante, o que era sua obrigação, haja vista que teve todo o período de fiscalização para analisar de maneira correta, inclusive todas as particularidades, antes de imputar a infração ao contribuinte.

Diz que se observa, na realidade, é que o autuante juntou todas as notas fiscais em uma planilha, sem observar nenhuma particularidade, aplicando a alíquota padrão para todos os códigos encontrados e imputou, ao contribuinte, infração que não era devida. Após, coube ao contribuinte, com prazo para defesa reduzido, encontrar as irregularidades e apontá-las para a correção pelo autuante. Observa que todos os erros apontados foram reconhecidos ao menos em parte pelo autuante, contudo, a maioria deles foi somente como exemplo dos diversos erros ainda existentes no lançamento, considerando o prazo que o autuante teve para fiscalizar e o prazo que a empresa teve para se defender e manifestar sobre as novas imputações.

Salienta que por ser extremamente relevante, traz novamente à discussão, a questão dos descontos não considerados pelo autuante no momento da autuação. Diz que o que se percebe é que o autuante não considerou a legislação vigente e não contabilizou os descontos concedidos pelo artigo 274 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, bem como não foi considerado o desconto de 60% previsto no art. 273, válido até 31/12/15.

Conclusivamente, afirma que por todos os motivos expostos, restaram demonstrados os diversos erros na elaboração do lançamento, de modo que o cancelamento do Auto de Infração é medida que se impõe.

Finaliza a Manifestação requerendo que seja julgado nulo e/ou improcedente o Auto de Infração.

O autuante, cientificado da Manifestação do autuado, se pronunciou (fls.527 a 529) Diz que após observação dos reclamos da impugnante expressos no texto da segunda Manifestação, encerra seu arrazoado, concluindo terem sido satisfeitas todas as ponderações anteriores da impugnante.

Consigna que se mantém firme em suas convicções de trabalho, ao tempo que persevera contra a cogitação de cancelamento do Auto de Infração e assevera o conteúdo da Informação Fiscal prestada às folhas 402 a 408 (em texto) e 409 a 513 (em nova planilha), dos autos, submetendo ao crivo e melhor juízo deste CONSEF.

Finaliza opinando pela procedência parcial do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, cabe apreciar a nulidade do Auto de Infração arguida pelo impugnante.

Alega o impugnante que:

- os diversos erros apontados resultaram num Auto de Infração cheio de vícios e ilegalidades;
- o autuante acrescentou quando da Informação Fiscal o percentual referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza trazendo nova infração não abarcada pelo Auto de Infração, o que resulta em nulidade do lançamento, de acordo com o art. 18, II do RPAF/BA/99, haja vista que não se trata apenas de uma omissão, mas ato praticado com preterição do direito de defesa, pois se trata de uma nova infração que deveria ter sido defendida na impugnação apresentada anteriormente, considerando o prazo para Manifestação;
- o autuante não considerou a legislação vigente ao lavrar o Auto de Infração, tendo em vista que não considera as particularidades apresentadas na peça impugnatória, o que era sua obrigação, considerando que teve todo o período da ação fiscal para analisar de maneira correta, inclusive todas as particularidades, antes de imputar o cometimento da infração, conforme a autuação;
- o autuante juntou todas as notas fiscais em uma planilha, contudo, sem observar nenhuma particularidade, apresentadas na peça impugnatória, aplicando uma alíquota padrão para todos os códigos encontrados imputando a empresa infração não ocorrida, cabendo a empresa, num prazo de defesa reduzido, encontrar as irregularidades e apontá-las para correção pelo autuante. Todos os erros apontados foram reconhecidos pelo autuante ao menos em parte;
- a maioria desses erros foi apontada apenas como exemplo dos diversos erros ainda existentes no levantamento, considerando o prazo que o autuante teve para realizar o trabalho fiscal e a empresa teve para se defender e manifestar sobre as diversas imputações.

A meu ver, assiste razão ao impugnante.

O lançamento de ofício em questão, na forma como realizado, de fato, não há como prosperar.

Os erros apontados pelo impugnante a título de exemplo, apesar de nas informações fiscais prestadas pelo autuante terem sido acatados, resultaram nos seguintes valores apresentados pelo autuante:

Infração 01 - 07.21.02

Valor original do ICMS - **R\$69.355,72**. Valor do ICMS após revisão - **R\$82.345,12**.

Infração 02 - 07.21.03

Valor original do ICMS - **R\$18.792,51**. Valor do ICMS após revisão - **R\$44.143,96**.

Infração 03 - 07.21.04

Valor original do ICMS - **R\$10.426,54**. Valor do ICMS após revisão - **R\$12.454,42**.

A alegação defensiva de que o autuante inovou o lançamento ao acrescentar o percentual referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza trazendo nova infração não abarcada pelo Auto de Infração, o que resulta em nulidade do lançamento, de acordo com o art. 18, II do RPAF/BA/99, efetivamente, procede.

Verifica-se na planilha corrigida elaborada pelo autuante que este acrescentou à alíquota de 18% a alíquota de 2% referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, portanto, agravando a infração.

Na realidade, o próprio autuante confirma a inserção da alíquota referente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, apenas contesta que seja uma nova infração. Além disso, o autuante realizou outros procedimentos que resultaram em agravamento das infrações.

Relevante esclarecer que uma vez constituído o crédito tributário, mediante lançamento de ofício, e regularmente notificado o sujeito passivo, a autoridade fiscal não mais poderá modificá-lo, em

respeito ao princípio da imutabilidade do lançamento tributário, insculpido no artigo 145 do Código Tributário Nacional – CTN.

Vale dizer que em momento posterior à lavratura do lançamento de ofício, não pode a autoridade fiscal, na Informação Fiscal ou em cumprimento à diligência, constatando a existência de incorreções, omissões ou inexatidões que impliquem no agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da autuação, proceder as correções e ajustes neste mesmo lançamento, devendo, no caso, ser lavrado outro Auto de Infração.

Nesse sentido, o próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, dispõe:

[...]

Art. 156. Ocorrendo evidência de agravamento da infração ou necessidade de lavratura de outro Auto de Infração, deverá o órgão julgador representar à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal.

Entretanto, no presente caso, não se trata apenas de agravamento da infração, pois, se assim fosse, o Auto de Infração na forma originariamente lavrado poderia ser julgado e recomendado pela Junta de Julgamento Fiscal a lavratura de outro Auto de Infração, conforme manda o art. 156 do RPAF/BA/99 acima reproduzido.

Na realidade, trata-se de lançamento de ofício que não contém elementos suficientes para caracterizar com segurança as infrações imputadas ao autuado, haja vista que a ação fiscal foi desenvolvida de forma inadequada, acarretando incerteza cuja elucidação, nestes autos, implicaria uma nova ação fiscal, sendo, desse modo, nulo o Auto de Infração.

Recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o artigo 21 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **nº 232115.0050/18-9**, lavrado contra **DIC DISTRIBUIDORA DE COSMÉTICOS LTDA.**

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de agosto de 2020.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR