

**A. I. N°** - 279228.0112/14-6  
**AUTUADO** - SOBESA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS SANTANENSE LTDA.  
**AUTUANTE** - LUIS FERNANDO SÁ TELES ANDRADE  
**ORIGEM** - INFAZ BOM JESUS DA LAPA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 09.10.2020

### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N° 0099-05/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. RETENÇÃO A MENOR. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUÍNTES DESTE ESTADO. Infração 1 subsistente em parte. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MERCADORIAS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração 2 parcialmente subsistente. **b)** RECOLHIMENTO A MENOR. Infração 3 parcialmente subsistente. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** RECOLHIMENTO A MENOR. **a.1)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Infração 4 parcialmente subsistente. **a.2)** ZONA FRANCA DE MANAUS. SAÍDAS COM BENEFÍCIO DE ISENÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO POR PARTE DA SUFRAMA. Infração 6 subsistente. **a.3)** VENDA PARA NÃO CONTRIBUÍNTES. UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL. Infração 7 subsistente. **a.4)** ALÍQUOTA DIVERSA. SAÍDAS DE MERCADORIAS ESCRITURADA. Infração 8 subsistente. **a.5)** DESENCONTRO ENTRE IMPOSTO RECOLHIDO E ESCRITURADO. Infração 19 insubsistente. **b)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração 5 parcialmente subsistente. **c)** DIFERENÇAS DE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. Infração 16 subsistente. 4. FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL. ENTRADAS DE MERCADORIAS. **a)** SAÍDAS SUBSEQUENTES. REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULOS. Infração 9 parcialmente subsistente. **b)** QUEBRAS E PERDAS ANORMAIS. Infração 17 subsistente. 5. CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO IMPOSTO NÃO DESTACADO. Infração parcialmente 10 subsistente. **b)** ESCRITURAÇÃO FORA DO PRAZO LEGAL AO DIREITO À UTILIZAÇÃO. Infração 11 subsistente. **c)** FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO PROBATÓRIO. Infração 12 parcialmente subsistente e infração 18 subsistente. **d)** UTILIZAÇÃO A MAIOR. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Infração 13 parcialmente subsistente. **e)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração 14 subsistente. **f)** MERCADORIAS PARA INTEGRAR O ATIVO PERMANENTE. Infração 15 subsistente. 5. MULTAS. **a)** DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. DMA. Infrações 20 e 21 subsistentes. **b)** FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO NOS PRAZOS LEGAIS. FALTA DE DETALHE EXIGIDO. Infração 22 subsistente. **c)** FALTA DE FORNECIMENTO DE ARQUIVO MAGNETICO. EXIGÊNCIA MEDIANTE INTIMAÇÃO. INFORMAÇÕES DE OPERAÇÕES E PRESTAÇÕES REALIZADAS. Infração 23 subsistente. Acolhida a preliminar de decadência nas infrações 01, 03, 04, 05, 09, 10, 12, 17, 18 e 19. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 16/12/2014, exige crédito no valor histórico de R\$2.121.453,11 em razão das seguintes irregularidades:

**INFRAÇÃO 1** - Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Em anexo DEMONSTRATIVO 1A - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - SAÍDAS, DEMONSTRATIVO 1A.1 - PAGAMENTOS E CRÉDITOS RELATIVOS À ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA - SAÍDAS E DEMONSTRATIVO RESUMO 1A.3 - ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA - SAÍDAS. Em razão da grande quantidade de páginas do DEMONSTRATIVO 1A - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - SAÍDAS anexamos, em papel, as duas primeiras e as duas últimas páginas deste demonstrativo. O DEMONSTRATIVO 1A - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - SAÍDAS completo está apensado a este Auto de Infração em disco de armazenamento de dados em arquivo editável. Multa de 60% - Art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$129.811,76;

**INFRAÇÃO 2** - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Em anexo DEMONSTRATIVO 2 - ANTECIPAÇÃO PARCIAL, DEMONSTRATIVO 2.1 - PAGAMENTOS E CRÉDITOS RELATIVOS À ANTECIPAÇÃO PARCIAL, DEMONSTRATIVO 2.2 - ANTECIPAÇÃO PARCIAL - RESUMO. Multa de 60% - Art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$31.861,00;

**INFRAÇÃO 3** - Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. Em anexo DEMONSTRATIVO 2 - ANTECIPAÇÃO PARCIAL, DEMONSTRATIVO 2.1 - PAGAMENTOS E CRÉDITOS RELATIVOS À ANTECIPAÇÃO PARCIAL, DEMONSTRATIVO 2.3 - ANTECIPAÇÃO PARCIAL - RESUMO. Multa de 60% - Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$49.317,27;

**INFRAÇÃO 4** - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme DEMONSTRATIVO 7 - ICMS CALCULADO A MENOR NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS COM APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Multa de 60% - Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$143.326,93;

**INFRAÇÃO 5** - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, conforme DEMONSTRATIVO 4 - CÁLCULO DO ICMS DEVIDO EM RAZÃO DE TER PRATICADO OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS E DEMONSTRATIVO 4.1 - RESUMO DO CÁLCULO DO ICMS DEVIDO EM RAZÃO DE TER PRATICADO OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Em razão da grande quantidade de páginas do DEMONSTRATIVO 4 anexamos, em papel, as duas primeiras e as duas últimas páginas deste demonstrativo. O DEMONSTRATIVO 4 completo está apensado a este Auto de Infração em disco de armazenamento de dados em arquivo editável. Multa de 60% - Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$128.688,29;

**INFRAÇÃO 6** - Deixou de recolher o ICMS devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA, conforme DEMONSTRATIVO 5 - CÁLCULO DO ICMS DEVIDO EM RAZÃO DE SAÍDAS DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS PARA OS MUNICÍPIOS DE MACAPÁ E SANTANA NO AMAPÁ COM BENEFÍCIO DE ISENÇÃO DO ICMS SEM A COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO POR PARTE DA SUFRAMA. O REMETENTE DEIXOU DE CUMPRIR AS REGRAS CONTIDAS NO PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 265 DO RICMS/BAHIA DECRETO 13.780/2012. Multa de 60% - Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$21.472,16;

**INFRAÇÃO 7** - Recolheu a menor ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da federação, utilizando alíquota interestadual, conforme DEMONSTRATIVO 6 - CÁLCULO DA DIFERENÇA DE ICMS A RECOLHER REFERENTE A SAÍDAS INTERESTADUAIS DESTINADAS A NÃO CONTRIBUINTE COM UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL DE 12% AO INVÉS DE 17% E DEMONSTRATIVO 6.1 - RESUMO DO CÁLCULO DA DIFERENÇA DE ICMS A RECOLHER REFERENTE A SAÍDAS INTERESTADUAIS DESTINADAS A NÃO

CONTRIBUINTE COM UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL DE 12% AO INVÉS DE 17%. Em razão da grande quantidade de páginas do DEMONSTRATIVO 6 anexamos, em papel, as duas primeiras e as duas últimas páginas deste demonstrativo. O DEMONSTRATIVO 6 completo está apensado a este Auto de Infração em disco de armazenamento de dados em arquivo edit. Multa de 60% - Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$7.523,20;

**INFRAÇÃO 8** - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme DEMONSTRATIVO 7 - ICMS CALCULADO A MENOR NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS COM APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Multa de 60% - Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$3.938,79;

**INFRAÇÃO 9** - Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, conforme DEMONSTRATIVO 8 - CÁLCULO DO ESTORNO DE CRÉDITO DE ICMS DEVIDO REFERENTE A OPERAÇÕES DE AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS E INSUMOS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO DE ICMS. Aquisição de leite em pó e insumos (GLP E NITROGÊNIO) utilizados na industrialização resultando no produto final LEITE EM PÓ o qual é beneficiado com redução de base de cálculo de 58,825% resultando em uma carga tributária efetiva correspondente a 7%. Multa de 60% - Art. 42, VII, “b” da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$147.577,20;

**INFRAÇÃO 10** - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento (s) fiscal (is), conforme DEMONSTRATIVO 9 - CÁLCULO DO CRÉDITO FISCAL DE ICMS UTILIZADO INDEVIDAMENTE REFERENTE A IMPOSTO NÃO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. Como esses documentos de aquisição interna não apresentaram o destaque do ICMS (ou apresentaram essa informação apenas no campo de informações complementares) o contribuinte deveria ter emitido Nota Fiscal para fins de creditamento, na forma prevista no art. 359, § 2º do RICMS-BA/97, tendo como natureza da operação “Recuperação de crédito”, na qual seria indicado o documento ou documentos de aquisição e o valor total de crédito a ser utilizado. A constatação de utilização de crédito fiscal de mercadorias com ICMS já retido ou antecipado sem observância das referidas condições enseja a aplicação de multa de 60% do valor do crédito fiscal indevidamente utilizado, prevista na Lei do ICMS-BA, nº 7.014/96, art. 42, inciso VII, alínea “a”, sem prejuízo da exigência do estorno desses créditos. Multa de 60% - Art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$20.414,21;

**INFRAÇÃO 11** - Escriturou crédito fiscal fora do período em que se verificou a entrada da mercadoria, a aquisição de sua propriedade, a prestação do serviço por ele tomado, ou fora do período em que se verificou ou configurou o direito à utilização do crédito, conforme DEMONSTRATIVO 10 - UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO CUJO PRAZO PARA UTILIZAÇÃO JÁ HAVIA EXPIRADO. Os créditos referem-se a entradas de bens para o ativo imobilizado ocorridas em 2005 cujo prazo para sua utilização já havia expirado. A Empresa utilizou, indevidamente, crédito fiscal de ICMS no Livro Registro de Apuração do ICMS como “OUTROS CRÉDITOS - CRÉDITOS DO ATIVO PERMANENTE” cujos saldos já deveriam ter sido cancelados por decurso de prazo para utilização conforme previsto no Artigo 339, § 2º do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Multa de 60% - Art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$127.920,13;

**INFRAÇÃO 12** - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, conforme DEMONSTRATIVO 11 - UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO FISCAL SEM COMPROVAÇÃO OU INFORMAÇÃO DA ORIGEM. A Empresa utilizou crédito fiscal de ICMS no Livro Registro de Apuração do ICMS (outros créditos e estorno de débito) sem comprovar ou informar a sua origem ou a que se refere. O crédito fiscal no valor de R\$488,05 foi lançado, no LRAICMS do mês de abr/2010, como crédito extemporâneo da NF nº 10259 sem apresentação do documento fiscal correspondente. Multa de 60% - Art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$147.718,21;

**INFRAÇÃO 13** - Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior, conforme

**DEMONSTRATIVO 13 - UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO ANTECIPAÇÃO PARCIAL.** Lançou, no Livro Registro de Apuração do ICMS como OUTROS CRÉDITOS - ANTECIPAÇÃO PARCIAL, crédito fiscal em valor superior ao efetivamente recolhido como Antecipação Parcial e lançou também crédito de Antecipação Parcial em meses em que não existem recolhimentos referentes a esta receita. Multa de 60% - Art. 42, VII, "a" da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$19.539,77;

**INFRAÇÃO 14** - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, conforme DEMONSTRATIVO 14. Multa de 60% - Art. 42, VII, "a" da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$1.069,21;

**INFRAÇÃO 15** - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, conforme DEMONSTRATIVO 15. Estabelecimento creditou-se, no livro Registro de Entradas do mês de jan/2011, do valor integral do ICMS destacado na nota fiscal nº 024.053 de bem para o ativo imobilizado sem observar as regras do Art. 93, §17º e Art. 97, inciso XII Decreto nº 6284/97. Multa de 60% - Art. 42, VII, "a" da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$400,93;

**INFRAÇÃO 16** - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, conforme DEMONSTRATIVO 16 - RECOLHIMENTO A MENOR DA DIFERENÇA DE ALÍQUOTA DEVIDA NA AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA USO/CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Multa de 60% - Art. 42, II, "f" da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$463,66;

**INFRAÇÃO 17** - Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e que posteriormente foram objeto de quebra anormal, conforme DEMONSTRATIVO 12 - UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO - ESTORNO DE CRÉDITO LANÇADO COMO OUTROS CRÉDITOS NO LRAICMS. A Empresa lançou, equivocadamente, no Livro Registro de Apuração do ICMS como "OUTROS CRÉDITOS" os valores referentes a "ESTORNO DE CRÉDITO" previsto no Artigo 100, Inciso V do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Além do estabelecimento não efetuar o estorno de crédito referente às mercadorias que sofreram perdas no processo industrial ela ainda utilizou indevidamente esses valores como outros créditos ou seja, além de não estornar esse crédito ainda se creditou novamente desses valores. Na infração seguinte será cobrado o estorno de crédito desses mesmos valores em razão da utilização indevida destes créditos. Multa de 60% - Art. 42, VII, "b" da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$3.163,96;

**INFRAÇÃO 18** - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, conforme DEMONSTRATIVO 12 - UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO - ESTORNO DE CRÉDITO LANÇADO COMO OUTROS CRÉDITOS NO LRAICMS. A Empresa lançou, equivocadamente, no Livro Registro de Apuração do ICMS como "OUTROS CRÉDITOS" os valores referentes a "ESTORNO DE CRÉDITO" previsto no Artigo 100, Inciso V do RICMS/BA aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Além do estabelecimento não efetuar o estorno de crédito referente às mercadorias que sofreram perdas no processo industrial ela ainda utilizou indevidamente esses valores como outros créditos ou seja, além de não estornar esse crédito ainda se creditou novamente desses valores. Nesta infração está sendo cobrado os mesmos valores em razão da utilização indevida destes créditos. Multa de 60% - Art. 42, VII, "a" da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$3.163,96;

**INFRAÇÃO 19** - Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, conforme DEMONSTRATIVO 17 - RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS APURAÇÃO MENSAL. Multa de 60% - Art. 42, II, "b" da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$56,43;

**INFRAÇÃO 20** - Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), conforme DEMONSTRATIVO 18 - DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS E OMISSÃO DE DADOS NAS DMA'S - VALORES DE ENTRADAS, SAÍDAS, CRÉDITO E DÉBITO DIVERGENTES LRAICMS X DMA. Art. 42, XVIII, "c" da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02 - Valor Histórico: R\$5.460,00;

**INFRAÇÃO 21** - Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), conforme DEMONSTRATIVO 18 - DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS E OMISSÃO DE DADOS NAS DMA'S - VALORES DE ENTRADAS, SAÍDAS, CRÉDITO E DÉBITO DIVERGENTES LRAICMS X DMA. Omissões de dados nas DMA's (DMA's zeradas). Art. 42, XVIII, "c" da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02 - Valor Histórico: R\$280,00;

**INFRAÇÃO 22** - Pela falta de entrega de arquivo eletrônico nos prazos previstos na legislação, ou pela sua entrega sem o nível de detalhe exigido pela Legislação, conforme Aplicação da multa pela entrega de arquivos magnéticos sem a inclusão de todos os tipos de registros, a qual foi precedida de intimação para, no prazo de cinco dias úteis, o contribuinte apresentar justificativas pela falta de apresentação dos registros obrigatórios (o que não foi feito) conforme Termo de Intimação para apresentação de informações em meio magnético e Lista Diagnóstico em anexo as quais foram devidamente entregues ao contribuinte. A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento sujeito à penalidade prevista na alínea "J", do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 Em anexo DEMONSTRATIVO M1 - MULTA POR APRESENTAÇÃO DE ARQUIVO MAGNÉTICO COM FALTA DE REGISTROS EXIGIDOS PELO CONVÊNIO Nº 57/95 APÓS TER SIDO DEVIDAMENTE INTIMADO (PRAZO DE CINCO DIAS PARA ENTREGA), DEMONSTRATIVO N - OMISSÕES E DIVERGÊNCIAS - Registro 50 x (Registro 53 + Registro 54), DEMONSTRATIVO O - Movimento de entradas e de saídas de mercadorias, bens e serviços conforme constam nos Arquivos Magnéticos fornecidos pelo contribuinte. Art. 42, XIII-A, "j" da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07 - Valor Histórico: R\$66.240,00;

**INFRAÇÃO 23** - Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Aplicação da multa pela entrega de arquivos magnéticos sem a inclusão de todos os tipos de registros, a qual foi precedida de intimação para, no prazo de cinco dias úteis, o contribuinte apresentar justificativas pela falta de apresentação dos registros obrigatórios (o que não foi feito) conforme Termo de Intimação para apresentação de informações em meio magnético e Lista Diagnóstico em anexo as quais foram devidamente entregues ao contribuinte. A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento sujeito à penalidade prevista na alínea "J", do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96. Em anexo DEMONSTRATIVO M1 - MULTA POR APRESENTAÇÃO DE ARQUIVO MAGNÉTICO COM FALTA DE REGISTROS EXIGIDOS PELO CONVÊNIO Nº 57/95 APÓS TER SIDO DEVIDAMENTE INTIMADO (PRAZO DE CINCO DIAS PARA ENTREGA), DEMONSTRATIVO N - OMISSÕES E DIVERGÊNCIAS - Registro 50 x (Registro 53 + Registro 54), DEMONSTRATIVO O - Movimento de entradas e de saídas de mercadorias, bens e serviços conforme constam nos Arquivos Magnéticos fornecidos pelo contribuinte. Informamos que está sendo cobrada a penalidade de 1% do valor total das saídas ou das entradas, o que for maior, em razão do contribuinte ter entregue o arquivo eletrônico em desconformidade com a legislação, e ter atendido a intimação subsequente para apresentação do mesmo sem a inclusão de todos os tipos de registros a que estava obrigado. Informamos ainda que, a INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 55/14 que orienta a fiscalização quanto aos procedimentos na aplicação das multas referentes às infrações relacionadas com arquivos eletrônicos determina que, nestes casos, no Auto de Infração, os campos data de ocorrência e data de vencimento deverão ser preenchidos com a data do primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para entrega do arquivo eletrônico ainda não apresentado ou apresentado de forma incompleta. Como o SEAI não aceita, na mesma infração, a inclusão de mais de uma data de ocorrência igual o demonstrativo deste débito apresenta apenas uma data de ocorrência e vencimento. Art. 42, XIII-A, "j" da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07 - Valor Histórico: R\$1.065.046,04;

O autuado apresenta defesa, às fls. 229/263 dos autos, inicialmente, suscita preliminar de decadência (art. 150, § 4º do CTN) referente às infrações 1, 3 a 5, 9, 10, 12, 17 a 22.

Contesta a exigência dos créditos tributários referentes a períodos já fulminados pela decadência.

De plano, esclarece que a controvérsia aqui instaurada é voltada, apenas, à correta interpretação do art. 150, § 4º, do CTN, cujo teor reproduz na peça de defesa, dispositivo que trata especificamente dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação.

Afirma que os créditos tributários exigidos pela fiscalização dizem respeito a operações que envolvem o Imposto de Circulação de Mercadoria e Serviços – ICMS, o qual é apurado mediante o lançamento por homologação, aplicando-se, portanto, o citado dispositivo, e não mediante o lançamento de ofício, aplicando-se o art. 173, I do CTN, porque tal tipo de lançamento só é imputado aquelas situações em que o contribuinte não pagou nenhum valor de imposto, conforme jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Lembra que foram revogados os art. 28, § 1º e o 107-B, § 5º do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), os quais teriam definido prazo distinto, de modo que não existe mais justificativa legal para afastar a aplicação do citado art. 150, § 4º do CTN. Cita jurisprudência do próprio STJ (AgRg no AREsp 58.954/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 11/12/2014) que já decidiu, em diversas situações idênticas à presente, pela aplicação do art. 150, § 4º, do CTN.

Ressalta que o STF também já decidiu em diversas oportunidades que somente a Lei Complementar pode estabelecer prazos prescricionais e decadenciais, nos termos do art. 146, inciso III da Constituição Federal, editando, inclusive a súmula vinculante nº. 08, que também vincula o Poder Executivo estadual.

Reforça este entendimento reproduzindo a transcrição do voto do Conselheiro José Antônio Marques Ribeiro, no Acórdão CJF nº.0355-12/14, proferido em momento anterior à revogação dos citados dispositivos do COTEB.

Reafirma que tendo a empresa sido cientificada do Auto de Infração apenas em 18.12.2014, apresenta-se a decadência do direito do Fisco de proceder ao lançamento de créditos tributários referentes a períodos anteriores a 30 de novembro de 2009.

Passa, em seguida, a impugnar as infrações imputadas no tocante às demais questões de mérito.

**Na infração 1** - *“reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado”* - esclarece que vai utilizar o mês de Setembro de 2009 para demonstrar os argumentos defensivos, posto que neste período estão representados todos os vícios do procedimento fiscal que serão apontados e repetidos nas competências seguintes.

Disse que segundo a apuração da Fiscalização, o autuado realizou retenções e recolhimentos a menor de ICMS, no tocante a operações internas subsequentes. Para tanto, a autoridade fiscal elaborou o Demonstrativo “1A”. Contudo, sustenta a completa improcedência dessa imputação.

Explica que ao realizar o cálculo do tributo devido, o fiscal realmente deveria aplicar a Margem de Valor Agregado – MVA, de 10% (dez por cento). Todavia, no caso dos produtos que tem redução da base de cálculo, como ocorre com o café, a MVA deve ser aplicada sobre a base de cálculo reduzida, fato este que foi ignorado na autuação.

Exemplifica que na metodologia adotada no Auto de Infração, uma nota de R\$100.000,00, teria um valor de ICMS devido de R\$7.700,00. O valor do Imposto devido seria quantificado com a aplicação da MVA sobre o valor da base de cálculo reduzida, de forma que a quantia a ser apurada seria de R\$6.999,73.

Salienta que a metodologia de cálculo utilizada pela autuação está equivocada e reflete as supostas diferenças de ICMS que o presente lançamento busca exigir. Afirma que várias diferenças são referentes a centavos, mas que, ao final, acabam com um reflexo considerável, tendo em vista a quantidade de notas emitidas pela Impugnante.

Reclama outro erro do lançamento a respeito das notas fiscais que acobertaram operações com café, através do CFOP 5102. Disse que a fiscalização aplicou a alíquota de 17% sobre o produto

“MAIS CAFÉ EXTRA FORTE ALMOFADA 250G”, sem considerar a redução da base de cálculo, no percentual de 58,825%. Tal fato fica evidenciado logo na primeira página do demonstrativo “1A” da autuação, referente às notas 33 a 37.

Destaca que o lançamento considerou que o café não foi industrializado no estabelecimento da Impugnante, o que não se mostra verdadeiro. Os únicos produtos que não são industrializados pela Impugnante são o cappuccino e o café solúvel. Declarou que a nota fiscal foi emitida efetivamente com o CFOP equivocado, mas isto não altera a realidade dos fatos.

Aduziu que o produto passou por industrialização e a maior prova disto está consignada no próprio demonstrativo “1A”, à fl. 02, cuja nota 303 tem o mesmo produto e o CFOP correto, qual seja: 5101. Reiterou que um equívoco na emissão da nota não tem o condão de anular o benefício, posto que o produto foi identificado e descrito corretamente. Pede o lançamento seja objeto de reparação.

Afirma, na sequência, que existe, ainda, um outro vício que precisa ser sanado. Destaca que conforme detalhado pela própria fiscalização, a autuação foi realizada apenas com base na emissão das notas fiscais. Entretanto, mesmo utilizando apenas estes documentos, o que já seria questionável, a Fiscalização não observou o campo referente às “Informações Complementares”, o que acabou por prejudicar o correto esclarecimento dos fatos. Exemplifica ao citar a Nota Fiscal-e nº 11, ora acostada, referente à competência de 09/2009, no qual menciona no campo referente a dados adicionais o seguinte: “ACOMPANHA TALÃO DE NF DO Nº. 047045 A 047050 A VENDER NO ESTADO DO TOCANTINS”. Afirma que esta nota decorre da remessa do produto da Impugnante para os seus representantes comerciais venderem a mercadoria em outros Estados da Federação. Explica que estes representantes recebem o produto e vão visitar clientes em potencial para efetivar a venda. Aqueles produtos que não são vendidos são devolvidos ao estabelecimento da Impugnante e o respectivo crédito fiscal é escriturado. Trata-se, portanto, de uma venda interestadual, sobre a qual não cabe a antecipação cobrada na infração. Afirma que nesta nota de remessa para os representantes realizarem a venda em outro Estado, a Impugnante recolhe o ICMS pela alíquota interestadual, conforme destacado na nota e CORRETAMENTE lançado no sistema fiscal e contábil. O fato de a CFOP da nota estar equivocada não altera a realidade. Ademais, arguiu que em vários casos a empresa havia elaborado Carta de Correção, fato este que foi ignorado pelo lançamento.

Refuta outro fato relevante, de que este tipo de nota é emitido para a própria Impugnante, o que também afasta a possibilidade de aplicação de substituição, como quer fazer entender o lançamento. Disse ser impossível que um mesmo sujeito passivo figure no papel de substituto e de substituído. Para comprovar o quanto afirmado, disse que está acostando a citada Nota Fiscal nº 11, a sua respectiva Carta de Correção e a nota de venda do Representante, bem como as Notas Fiscais nºs 05 e 10, bem como o relatório do acompanhamento de saída (Doc. 01) dos registros fiscais. Reitera que tal equívoco acabou por refletir, ainda, no fato de a fiscalização não ter apropriado os créditos relativos às devoluções das vendas que não foram concretizadas pelos representantes. Nenhum crédito relativo às CFOPs 1414 e 1410 foi considerado. Para comprovar o quanto alegado, a Impugnante está acostando o relatório do acompanhamento de entradas da Competência de 09/2009 (Doc. 02).

Salienta, ainda, que, em que pese o eventual erro das notas fiscais da Impugnante, eles foram retificados quando do registro das escritas fiscal e contábil. A prova disto está no citado relatório acostado que aponta os valores dos créditos a serem apropriados. Assim, requer a realização de diligência fiscal para apurar os vícios apontados e, conseqüentemente: *“a) realizar o procedimento de cálculo correto, mediante a aplicação da redução da base de cálculo antes da aplicação da alíquota interna; b) aplicar a redução da base de cálculo nos produtos de café (exceto o solúvel e o cappuccino), cuja alíquota considerada no lançamento foi de 17%; c) averiguar o campo das informações adicionais nas notas em que a Impugnante aplicou a alíquota de 12%, por se tratar de operações de vendas interestaduais; d) Analisar a apropriação no lançamento dos créditos referentes ao retorno das mercadorias não vendidas em outros*

*Estados, em especial as de CFOP 1414 e 1410”.*

**Em relação à infração 2** - *“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização”* – de logo afirma que não merece prosperar essa imputação.

Sustenta que os valores registrados no demonstrativo do Auto de Infração apresentam diferenças em relação aos constantes da Nota Fiscal eletrônica. Por exemplo, a Nota Fiscal nº 5018 (Doc. 01), ora acostada, registra o valor de R\$12.478,00, mas o demonstrativo da infração consigna a quantia de R\$12.490,00. Diversas notas estão na mesma situação sem qualquer justificativa plausível, o que merece efetiva retificação.

Quanto à suposta inexistência de recolhimento do tributo, assevera que se deve separar as competências. Quanto aos fatos geradores de 30/04/2011; 30/11/2011 e 31/10/2012, afirma que efetivou os recolhimentos dos tributos pelo código errado (1145) e não pelo código 2175.

Registra que trata-se de mero erro material, cuja retificação já foi providenciada, inexistindo qualquer prejuízo para o erário em decorrência disso. Para comprovar o quanto alegado, afirma que está acostando os comprovantes de recolhimentos e os protocolos de REDAE (Doc. 02).

No tocante à competência de 30/04/2013, declara que a situação é diferente, pois o demonstrativo da autuação não aponta para qualquer recolhimento realizado pelo contribuinte, o que não se apresenta como verdadeiro, conforme demonstra o comprovante anexo (Doc. 03).

Aduz que o demonstrativo aponta que não houve qualquer recolhimento e a Impugnante recolheu o valor de R\$9.252,72, que não foi apropriado no lançamento. Contudo, o demonstrativo “2.1” aponta, à fl. 03, para o registro equivocado da autuação, que cadastra exatamente o mesmo valor na competência de maio. Requer, portanto, a apropriação e abatimento do valor da exigência na competência correta, qual seja Abril. Todavia, ainda que se aproprie aquele pagamento, subsistiria um suposto valor a recolher, tendo em vista que a fiscalização encontrou o débito de R\$13.439,88, sobre o qual deveria ser abatido os R\$9.252,72. Mas, a diferença encontrada decorre de erros da fiscalização que considerou notas fiscais pertinentes a materiais promocionais de venda dos produtos da Impugnante, operações estas que não estão sujeitas à antecipação parcial.

Registra que a título de exemplo, o demonstrativo “2” registra, na competência de 04/2013 (Doc. 04), notas referentes a “COLHER LIDER”, que não é produto para revenda. Trata-se de operação referente a distribuição de material promocional (brinde), que é devidamente tributado, mas sobre o qual não cabe exigir o pagamento de antecipação parcial.

Reclama outros erros dos demonstrativos e que afetam os cálculos da tributação, consistente no registro das notas de entrada em competências equivocadas. Muitas notas utilizadas no demonstrativo “2” da autuação, as quais resultaram em suposta diferença de ICMS a recolher, foram registradas na competência seguinte à emissão.

Alude que diversas NFes foram emitidas ao final do mês e em outros Estados da Federação, com destino ao estabelecimento da Impugnante, que apenas as registrava e recolhia o respectivo imposto quando do efetivo recebimento da mercadoria. Para demonstrar o quanto asseverado, a Impugnante acostou relatórios relativos à competência de 04/2013 (Doc. 04), os quais demonstram o registro das notas corretamente na competência seguinte, em comparativo com os demonstrativos da autuação.

Requer também, diligência fiscal para comprovar as suas alegações.

**No que pertine à infração 3** - *“Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização”* - reitera que não cabe a exigência fiscal sobre produto que não será vendido posteriormente, como ocorre com os brindes e o material promocional da marca, utilizados pelo autuado. Portanto, cabe a exclusão dos produtos “COLHER LIDER” das planilhas de cálculo.



Outro aspecto que deve ser considerado diz respeito ao erro do demonstrativo que apenas considerou a data da emissão das notas, sem observar que o registro fiscal das mesmas fora, em muitas vezes, realizado na competência posterior, quando do efetivo recebimento da mercadoria.

Salienta que a título de exemplo, a NFe 714 (Doc. 01), que, em que pese ter sido emitida no dia 30/11/2009 e registrada pelo Demonstrativo “2” na competência de Novembro de 2009, somente foi recebida pela Impugnante em Dezembro daquele mesmo ano. Por isso, somente foi registrada na escrita fiscal em Dezembro de 2009.

Pontua que o mesmo acontece com as Notas Fiscais nºs 384 e 10361 emitidas em Outubro de 2013 e que somente foram registradas no mês de Novembro daquele mesmo ano, competência em que os produtos foram recebidos pelo autuado (Doc. 02).

Afirma que mostra-se necessária a realização de uma diligência fiscal para cotejar o demonstrativo de notas fiscais elaborado no lançamento e os registros fiscais e contábeis do autuado, os quais demonstrarão a insubsistência das infrações 2 e 3.

**Quanto à infração 4** - *“Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”* – a autuada reconhece parte da infração. Contudo, no tocante ao Café Torrado e Moído, disse que a cobrança é totalmente improcedente, posto que tais produtos detêm o benefício da redução de base de cálculo, que era prevista nos dois Regulamentos de ICMS do Estado da Bahia: o de 1997 (Decreto nº 6.284/1997 - Art. 87, inciso XIV) e o 2012 (Decreto nº 13.780/12 – Art. 266, XVI). Todavia, a autuação entendeu que, por destacarem nas notas, de forma equivocada, os CFOPs 5102, 5104 e 5403, o produto não poderia obter a redução da base de cálculo.

Afirma que este entendimento não pode prevalecer, pois os únicos cafés que não são industrializados pela Impugnante são o cappuccino e o solúvel. Todos os outros tipos de café vendidos pela impugnante passam por um processo de industrialização (moagem, torrefação, empacotamento etc.).

Reforça ainda que mesmo estando o CFOP lançado equivocadamente nas notas fiscais, quando dos registros fiscais, a empresa corrigia os equívocos e efetivava o registro da maneira correta (CFOP 5401 e 6101). Requer a realização de diligência fiscal para comprovar o quanto asseverado, em especial com o cotejamento das informações constantes do demonstrativo e aquelas presentes na Escrita Fiscal da Impugnante.

**Nas razões da infração 5** - *“Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”* - afirma a defesa que essa infração não subsiste a uma análise mais acurada.

Diz que a autuação foi embasada apenas nos dados constantes das Notas Fiscais Eletrônicas. Entretanto, afirma que a apuração fiscal deixou de observar o campo das informações complementares, que é extremamente valioso para a solução de diversas infrações imputadas no presente lançamento. Segundo a autuação, o autuado realizou operações tributáveis como não tributáveis, mas tal imputação não corresponde à realidade.

O demonstrativo elaborado pela autuação descreve diversos produtos que, em que pese a nota fiscal não discrimine o tributo a recolher, foram corretamente lançados na escrita fiscal.

Exemplifica com o produto “ACHOCOLATADO MANATELI POTE 400G” constante da competência de 05/2012, fl. 07 do Demonstrativo “4”. As notas fiscais mencionadas no demonstrativo realmente não destacam o ICMS, mas o lançamento registrado no sistema corrigiu o equívoco, como comprova o relatório anexo (Doc. 01).

Afirma ser bastante questionável a legitimidade e o respaldo de uma autuação que se estriba em apenas uma das diversas informações que tem à sua disposição. Questiona: qual o sentido de existirem tantas obrigações fiscais, se uma autuação pode se utilizar de apenas uma das informações isoladamente e ignorar todo o restante? Reitera que o presente lançamento está

muito destoante da realidade.

Roga pela realização de uma diligência fiscal para que sejam cotejados os dados levantados no lançamento e aqueles constantes da escrita fiscal do autuado.

Reclama outro aspecto equivocado dessa infração, que diz respeito a remessa simbólica realizada pelo autuado.

Explica que adquiriu diversos materiais que são industrializados para compor o seu produto, em especial no que se refere à preparação e aparência para inserção no mercado consumidor. Assim, diversas notas referentes a filme alumínio, filme polipropileno, potes para cappuccino, PEBD, são, em verdade, remessas simbólicas realizadas pela Impugnante para estabelecimentos industriais.

Esclarece que adquire o material de embalagem a ser industrializado de uma fábrica situada no Estado de São Paulo e solicita que o produto adquirido seja encaminhado diretamente para outro estabelecimento industrial, também situado naquele Estado, para que este proceda ao processo de industrialização. Todavia, sustenta que a nota de compra do material é emitida em nome da Impugnante, que deve, portanto, emitir uma nota de remessa simbólica para que o outro estabelecimento em São Paulo proceda à industrialização.

Exemplifica que a primeira nota do Demonstrativo “4” é a 126. Ela foi emitida pela Impugnante para a empresa ARCO CONVERT, que é a empresa que fará a industrialização. O produto “FILME FOLHA ALUMÍNIO” foi adquirido pela Impugnante junto a empresa ALUSYSTEM METAIS, mediante a Nota Fiscal nº 1623.

Registra que o CFOP registrada na NFe 126 está correto e no campo das “Informações Complementares” consta a informação da nota de aquisição junto a ALUSYSTEM (1623). Lembra, ainda, que a operação de remessa simbólica tem a suspensão do ICMS incidente, nos termos dispostos no art. 615, § 1º do RICMS então vigente. Para comprovar o quanto sustentado, acosta a Nota Fiscal-e nº 126 (Doc. 02) e a Nota de Aquisição 1623 da ALUSYSTEM, a qual faz referência no campo das “Informações Complementares”.

Roga, portanto, pela exclusão de todas as operações de CFOP 6949 da autuação.

Por fim, salienta que as operações que restaram no lançamento buscam exigir ICMS se referem a material de uso e consumo do estabelecimento e que entraram no estabelecimento da Impugnante com a fase de tributação encerrada. Volta a afirmar não ter qualquer cabimento a exigência referida.

Exemplifica, novamente, que a autuação busca exigir ICMS sobre a transferência entre seus estabelecimentos de copos (Nota Fiscal nº 16420), garrafas térmicas (Nota Fiscal nº 10893), guardanapo (Nota Fiscal nº 2042) e Jarra de Vidro (Nota Fiscal nº 16420), a demonstrar que a exigência não tem qualquer respaldo legal.

Requer a realização de diligência fiscal para comprovar: *“a) que os tributos não destacados nas notas fiscais de operações tributáveis foram devidamente registrados no sistema fiscal e contábil, de modo que foram devidamente recolhidos; b) que as remessas simbólicas estão respaldadas por documentos idôneos e com o registro nas notas fiscais pertinentes, no campo das “Informações Complementares”; c) que o material de uso e consumo já estava com a fase de tributação encerrada, quando entrou no estabelecimento da Impugnante, de modo que não cabe qualquer exigência de ICMS sobre estas operações”.*

Assim, ao final, requer o cancelamento dessa exigência fiscal.

**Para infração 6** - *“deixou de recolher o ICMS devido em virtude da saída do produto industrializado para a zona franca de Manaus com benefício de isenção do imposto sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA”* - afirma não procede esta imputação. Acosta nos autos os Protocolos de Ingresso de Mercadoria Nacional (PIN) referente às mercadorias autuadas. Pugna pelo cancelamento da exigência.

**Nos argumentos da infração 7** - *“recolheu a menor ICMS em razão da venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizado em outra unidade da federação, utilizando alíquota interestadual”* - reconhece que realmente houve falha da sua contabilidade, ao emitir as notas fiscais mencionadas, contudo, contesta a conclusão do lançamento.

Menciona o regulamento de ICMS em seu art. 50, inciso II, alínea b (Decreto nº 6.284/97) e o art. 15, inciso I, alínea “b” da Lei nº 7.014/96, que prevê a aplicação da alíquota interna. Todavia, sustenta que por se tratar de café, o lançamento deveria aplicar a redução da base de cálculo prevista no Regulamento de ICMS. Fazendo-se desta forma, a Impugnante afirma ter recolhido mais tributo que o devido.

**Na defesa da infração 8** - *“recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias”* - afirma que vem buscando documentos para comprovar a insubsistência desta infração, pleiteando a dilação de prazo para a sua juntada.

**Em relação à infração 9** - *“deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução”* - disse que esta imputação é completamente descabida e contraria prescrições expressas do RICMS.

Discorre que o lançamento nessa parte exige o estorno de parte do crédito fiscal utilizado pela contribuinte, tendo em vista que saída posterior do produto final “LEITE EM PÓ” é realizada com redução de base de cálculo. Tal exigência também tem reflexos nos insumos utilizados pelo autuado. Todavia, o RICMS de 2012 permite a manutenção integral dos créditos relativos a estas operações, no seu art. 266, inciso XIX e no art. 105, inciso XVII do RICMS de 1997 – normas que transcreve.

Assim, conforme as disposições do Regulamento do ICMS, afirma que faz jus à manutenção integral do crédito de ICMS relativo às operações, o que torna a infração totalmente improcedente.

**No registro defensivo da infração 10** - *“utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento(s) fiscal(is)”* - afirma que não se sustenta a imputação, pois em nenhum momento o lançamento contestou a procedência ou legitimidade do crédito fiscal utilizado pelo contribuinte. Pelo contrário, reconheceu que ele estava destacado no campo das informações complementares, mas que não houve a observância de um procedimento formal para o seu aproveitamento. Acosta duas Notas Fiscais (Doc. 01) que comprovam o destaque do ICMS no campo referente às “Informações Complementares”.

Afirma ser nítido que a imputação contesta a não observância de um procedimento formal, de uma obrigação acessória, o que não se coaduna com o estorno do crédito e a sua cobrança, sendo que a inobservância de procedimentos formais enseja a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, e não o estorno do crédito, como quer fazer a autuação. Pugna pela improcedência da infração.

**Na infração 11** - *“escriturou crédito fiscal fora do período em que se verificou a entrada da mercadoria, a aquisição de sua propriedade, a prestação do serviço por ele tomado, ou fora do período em que se verificou ou configurou o direito à utilização do crédito* - consoante descrito na infração, a aquisição ocorreu em 2005 e o crédito foi utilizado em 2010.

Lembra que o crédito do autuado é referente a aquisição de ativo, que deve ser apropriada em 48 meses. Assim, mesmo a aquisição realizada em 2005, distribui-se nos 48 meses subsequentes, o que torna a alegação de expiração de prazo totalmente descabida. Outro aspecto diz respeito à legitimidade do crédito, que não foi contestada em nenhum momento pela autuação.

Assim, para comprovar a legitimidade da autuação, acosta planilhas que respaldam o crédito e que sinalizam o seu prazo de aproveitamento, bem como o protocolo de Crédito Extemporâneo (Doc. 01).

**Na infração 12** - *“utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do*

*competente documento comprobatório do direito ao referido crédito*” - disse que para comprovar a insubsistência deste lançamento, acosta todos os relatórios (Doc. 01) correspondentes à Utilização de Créditos citadas na infração, salientando que o valor destacado está sempre como primeiro ajuste.

Afirma ser possível, assim, apontar algumas inconsistências do lançamento que devem ser tratadas pormenorizadamente. Inicialmente, salienta que diversos valores apurados na presente imputação se referem a transferência de saldos entre os estabelecimentos da Impugnante. O RICMS autoriza esse tipo de procedimento, em seu artigo 114-A e os procedimentos ali determinados foram devidamente observados.

Observa, inclusive, que o autuado emitiu as respectivas notas de “Transferência de Saldo” e para comprovar o quanto alegado, a Impugnante está acostando os documentos pertinentes à competência de 11/2009 (Doc. 02) e 07/2010 (Doc. 03).

Quanto a competência de 01/2011, disse que a utilização do crédito decorreu do pagamento a maior do DAE de ICMS referente a competência de 12/2010. Para comprovar, a Impugnante está juntando o DAE e o livro de Registro de ICMS documentação pertinente (Doc. 04).

Quanto a competência de Janeiro de 2010, pontua que a empresa utilizou os créditos legítimos referentes às Notas Fiscais nºs 18.243 (Bahiana Distribuidora de Gás Ltda.), Termoplaste Embalagens Ltda.) e 422902 (CORN PRODUCTS BRASIL), cujas notas seguem anexas (Doc. 05), sendo que o mesmo ocorreu na competência de Abril de 2010, cujas notas (Doc. 06) que respaldaram os créditos estão sendo acostadas agora.

No que se refere aos meses de 02/2011; 04/2011 e 09/2011, ressalta que o crédito foi escriturado corretamente nos Livros de ICMS, conforme os anexos (Doc. 07) ora juntados. Porém, as notas emitidas pela Filial (CNPJ 15.880.529/0003-86) de Feira de Santana, estão com CFOP e a natureza da operação incorretas. Acrescenta que os dados corretos seriam o CFOP 5.602 e a natureza de transferência de saldo credor de ICMS. Entretanto, sustenta que um equívoco não pode suprimir o direito do contribuinte, de modo que requer a realização de diligência fiscal para comprovar o quanto alegado.

**Na infração 13** - *“utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior.”* - afirma que existem muitos dos problemas relacionados a esta infração já foram apontados no bojo desta Impugnação, no tópico referente à infração 2.

Quanto aos fatos geradores de Maio/2011; Novembro/2011 e Novembro/2012, afirma que efetivou os recolhimentos dos tributos pelo código errado (1145) e não pelo código 2175. Disse que trata-se de mero erro material, cuja retificação já foi providenciada, inexistindo qualquer prejuízo para o erário. Já foram acostados na Impugnação da infração 2 os comprovantes de recolhimentos e os protocolos de REDAE.

No tocante à diferença encontrada em Outubro de 2012, explica que a mesma se deu porque nos levantamentos do lançamento foram indevidamente registradas notas em competências diferentes, pois somente registrava a entrada quando do efetivo recebimento do produto, principalmente nestes casos em que o produto vinha de outro Estado da Federação e ingressava dias depois no estabelecimento.

Pugna pela realização de diligência fiscal também nesta Infração.

**Quanto às infrações 14 e 15** - *“utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento”* - reconhece a procedência dessas infrações e afirma que providenciará o devido pagamento.

**Infração 16** - *“deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da federação e destinadas a consumo do estabelecimento”* - reconhece também a procedência dessa infração e

afirma que providenciará o devido pagamento.

**Em relação à infração 17** - *“deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e que posteriormente foram objeto de quebra anormal”* - volta a dizer que vem buscando maiores informações junto à sua contabilidade para verificar a sua efetiva ocorrência. Pugna pela juntada posterior de documentos.

**Infração 18** - *“utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito”* - volta a dizer que vem buscando maiores informações junto a sua contabilidade para verificar a sua efetiva ocorrência. Pugna igualmente pela juntada posterior de documentos.

**Infração 19** - *“recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado”* - reconhece a procedência dessa infração e afirma que providenciará o devido pagamento.

**Infrações 20 e 21** - *“declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (declaração e apuração mensal do ICMS)”* - volta a dizer que vem buscando maiores informações junto a sua contabilidade para verificar a sua efetiva ocorrência. Pugna pela juntada posterior de documentos.

**Infração 22** – Multa *“pela falta de entrega de arquivo eletrônico nos prazos previstos na legislação, ou pela sua entrega sem o nível de detalhe exigido pela legislação”* - afirma que a penalidade aplicada não tem cabimento, tendo em vista que o autuado apresentou a documentação conforme solicitado e buscou atender a única solicitação dentro do prazo estipulado pela fiscalização.

Menciona que foi intimado para apresentar os arquivos magnéticos em apenas uma oportunidade, quando lhe foi apresentada uma intimação (Doc. 01) confusa, sem lista de diagnósticos precisa e solicitando, inclusive, documentos inexistentes (notas e até arquivos do SINTEGRA do ano de 2013 - quando já havia migrado para o SPED – foram solicitados), o que gerou imensa confusão na contabilidade do autuado que buscou cumprir a intimação e corrigir equívocos no arquivo magnético. Ainda assim, conseguiu apresentar as retificações anexas (Doc. 02) dentro de um prazo de 30 (trinta) dias.

Reitera a ação diligente do autuado em apresentar os arquivos fiscais e destaca que a imputação é nula de pleno direito, quando solicitou documentos inexistentes, que serviram apenas para confundir. Assim, como a concessão do prazo correto é necessário para a validade da imputação, a infração se mostra nula de pleno direito.

Disse que o Acórdão CJF nº 0446-13/13, da Relatoria da Conselheira Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva, conclui exatamente no sentido ora defendido. Transcreve o trecho do referido acórdão. Roga pelo cancelamento dessa infração.

**Infração 23** - *“deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s) exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas”* - registra que esta infração não tem qualquer cabimento e se mostra completamente desarrazoada.

Pontua que a própria descrição dos fatos já deixa patente a sua completa nulidade, pois caracterizada a divergência total da descrição dos fatos realizada no auto de infração. Pontuou que no enquadramento legal, o auto de infração descreve os arts. 259 e 261 do RICMS (Decreto nº 13.780/2012), como fundamento normativo de imputação da infração.

Na descrição dos fatos, assinala que o lançamento converte a suposta falta de apresentação de justificativa, em 5 (cinco) dias úteis, pela apresentação do arquivo magnético com a falta de registros obrigatórios, mencionando que foi realizada uma intimação e que ela foi acompanhada de uma Lista de Diagnóstico.

Em outras palavras, destaca que a autuação verificou que os arquivos magnéticos do contribuinte não estavam corretos e apresentou uma intimação, acompanhada de uma Lista de Diagnóstico,

para que os arquivos magnéticos fossem retificados, concedendo um prazo de 5 (cinco) dias.

Pontua que o prazo concedido para a realização de retificação de arquivos magnéticos pelo contribuinte, segundo o próprio dispositivo 261 do RICMS (reproduz), já citado, no seu § 4º, é de 30 dias. Nessa senda, salienta que a intimação realizada é completamente nula, posto que concedeu prazo inferior àquele previsto na legislação.

Volta a citar o Acórdão CJF nº 0446-13/13, da Relatoria da Conselheira Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva, que conclui exatamente no sentido ora defendido. Afirma que a infração não era de retificação, mas sim de apresentação dos arquivos.

Explica que a solicitação de “justificativa” mencionada pela autuação sequer tem respaldo normativo. Se o arquivo foi apresentado com inconsistência, o regulamento prevê prazo para que seja retificado, conforme mencionado pela própria autuação. Afirma que tal fato é inegável.

Formula o seguinte questionamento: *“Qual o sentido de conceder um prazo para que o contribuinte apresente uma “justificativa” para uma inconsistência?”* Pontua que o auditor não poderia deixar de aplicar a penalidade, tendo em vista se tratar de uma atividade vinculada. Menciona que a própria autuação menciona que os arquivos magnéticos foram sim entregues, o que afasta a caracterização da infração.

Roga, portanto, pela nulidade da imposição da penalidade, tendo em vista que a intimação realizada não possui qualquer respaldo legal.

Na conclusão, volta a pedir a realização de diligência fiscal para comprovar a veracidade das suas alegações, bem como pugna pelo acolhimento da sua defesa para cancelar a maioria esmagadora das imputações. Postula ainda pela juntada posterior de documentos, tendo em vista que o prazo de defesa não se mostrou suficiente para a completa análise do lançamento, principalmente em virtude do grande número de infrações, no total de 23 (vinte e três) ocorrências.

**INFORMAÇÃO FISCAL** - Na informação fiscal, apensada às fls. 458/488, o autuante inicialmente transcreve as imputações fiscais e faz um resumo a peça defensiva.

Quanto à preliminar de decadência, relativo aos lançamentos efetuados dos períodos anteriores a 30 de novembro de 2009 por ter sido o contribuinte cientificado da lavratura do auto de infração em 18/12/2014, afirma não proceder o argumento defensivo, pois este período estava sujeito ao cumprimento das regras contidas no RICMS/BA Decreto nº 6.284/97 que vigorou até 31/03/2012 que expressamente previa, no seu Artigo 965, Inciso I, que o direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extinguir-se-ia no prazo de cinco anos contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado o qual. Transcreve, na peça informativa, o referido art. 965.

Detalha que o estabelecimento foi intimado em 14/10/2014 e a constituição do crédito tributário ocorreu em 16/12/2014, portanto, antes de decair o prazo para se efetuar o lançamento de ofício. Manteve os débitos de todas as infrações referentes a estes períodos anteriores a 30/11/2009.

Sobre a **infração 1 - 07.02.02**, sustenta ser inverídica a afirmação da autuada de que, no demonstrativo elaborado pela fiscalização não foi aplicada a redução de base de cálculo na apuração do ICMS a ser retido da substituição tributária do produto café. Neste demonstrativo, informa que todos os cálculos referentes às operações internas com café torrado ou moído, com CFOP's declarados como sendo produzidos pelo estabelecimento, foram efetuados calculando-se a redução de BC em 58,825%, de forma que a carga tributária incidente correspondesse a um percentual efetivo de 7% (sete por cento). Isso pode ser comprovado no DEMONSTRATIVO 1A - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - SAÍDAS nas colunas A (Alíq. Origem Carga Tributária Tolerada) e coluna P (Alíq. Interna Carga Tributária Aplicável) as quais foram consideradas como sendo 7% em todas estas operações. Neste mesmo demonstrativo não foi considerada a redução de base de cálculo nas saídas internas de café apenas nas operações realizadas e informadas pela autuada com os CFOP's 5102 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros e 5403 - Venda de mercadoria, adquirida ou recebida de terceiros, sujeita ao regime de substituição tributária, na

condição de contribuinte-substituto, pois a legislação prevê que a redução de base de cálculo somente se aplica nas operações internas com café torrado ou moído, realizadas por estabelecimento industrial situado neste Estado, desde que por ele produzido, calculando-se a redução em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 7% (sete por cento). Portanto, como nestas operações o estabelecimento informou que o café torrado foi adquirido de terceiros, e não produzido por ele, a alíquota de 17% foi corretamente aplicada.

Disse que não concorda também com a alegação da defesa de que houve vício que precisa ser sanado em razão de o autuante não ter observado o campo “Informações Complementares”, onde constam informações, em algumas notas fiscais, de que trata-se de operações “A vender em outros Estados” apesar do CFOP informado referir-se a operações internas fato este que deveria ter sido entendido e considerado pela fiscalização como uma venda interestadual a qual não caberia a cobrança da antecipação nesta infração e que também, nestes casos, foi elaborada carta de correção o que foi ignorado pela fiscalização. Nesta infração não existe, no DEMONSTRATIVO 1A - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - SAÍDAS, nenhum débito cobrado referente a operação interestadual pois todas as notas fiscais foram emitidas com CFOP de operações internas. A legislação prevê que, após a concessão da Autorização de Uso da NF-e e CT-e, o emitente somente poderá alterar o documento fiscal para sanar alguns erros por meio de Carta de Correção Eletrônica – CC-e, ficando vedada a utilização da Carta de Correção em papel. Transcreveu essa regra conforme texto do parágrafo 1º do Artigo 231-G do RICMS/BA Decreto nº 6.284/97 (reproduz).

Cita que no atual RICMS/BA, Decreto nº 13.780/2012, esta previsão está no Artigo 42, parágrafo 8º.

Refuta que os débitos desta infração se referem apenas a Notas Fiscais Eletrônicas e que a autuada não comprova que emitiu e transmitiu a Carta de Correção Eletrônica - CC-e, que seria o documento hábil para sanar os eventuais erros cometidos quando da emissão das NFe, relacionadas à informação do CFOP.

Sobre a alegação de que esse equívoco teve reflexo por não ter a fiscalização apropriado os créditos relativos às devoluções de vendas que não foram concretizadas e correspondentes retornos das mercadorias remetidas para venda fora do estabelecimento, onde nenhum crédito relativo aos CFOPs 1414 e 1410, informa que esta infração refere-se a retenção e recolhimento a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Portanto, nada tem a ver com entradas referentes à devolução de vendas e retorno de remessa para venda. Os créditos fiscais referentes a essas operações de entradas, quando devidos, possivelmente estão lançados na escrituração fiscal do estabelecimento não tendo os mesmos sido considerados ou estornados nos demonstrativos relacionados a esta infração em razão de não ter nenhuma relação com o que foi apurado na mesma.

Entende, o autuante, que o débito desta infração deva ser mantido na sua totalidade.

Na **infração 2 - 07.15.01**, disse que verificou que são procedentes as alegações da autuada de que existem, no DEMONSTRATIVO 2 - ANTECIPAÇÃO PARCIAL, valores lançados a maior que os constantes nas notas fiscais na coluna “Mercadoria Valor”. O demonstrativo foi refeito e todos os valores divergentes foram corrigidos passando a constar os valores de acordo com os documentos fiscais.

Na alegação da defesa de que existem recolhimentos referentes aos meses de abr/2011, nov/2011 e out/2012 os quais, ao invés de terem sido recolhidos com o código de receita 2175 - ICMS - ANTECIPAÇÃO PARCIAL, foram recolhidos equivocadamente com o código de receita 1145 - ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA não concordou com as alegações do contribuinte e informou que na lavratura do presente Auto de Infração não existia, no sistema de arrecadação da SEFAZ, comprovação de recolhimentos com o código de receita 2175 - ICMS - ANTECIPAÇÃO PARCIAL referentes aos meses de abr/2011, nov/2011 e out/2012.

Acrescenta que a autuada, apenas após a ciência da lavratura do Auto de Infração, protocolou pedido de retificação de DAE's. Caso os pedidos de retificação de DAE's tivessem sido protocolados e deferidos antes do início da ação fiscal esses valores teriam sido considerados como pagos como antecipação parcial. Entende que, neste caso, cabe o pedido de restituição referentes a esses valores recolhidos indevidamente com o código 1145 - ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.

Em relação ao débito referente à competência abr/2013, concorda com as alegações da autuada e o valor de R\$9.252,72 que constava do levantamento fiscal, como recolhimento de antecipação parcial referente ao mês de maio/2013, foi apropriado como referência abril/2013. Isso foi feito em razão da autuada ter protocolado o pedido de retificação de DAE antes do início da ação fiscal. O DAE no valor de R\$9.252,72 havia sido recolhido em 27/05/2013 com a referência 05/2013 e, após o estabelecimento protocolar o processo SIPRO nº 167696/2014-3 alegando erro no preenchimento, o mesmo foi analisado e a sua referência foi alterada para mês 04/2013 conforme cópias em anexo.

Para a alegação da autuada de que no demonstrativo do débito constam notas fiscais pertinentes a materiais promocionais, citando o produto "COLHER LÍDER" constante na NFe nº 3847, de aquisição em 19/04/2013, ao afirmar de que não se trata de produto para revenda e sim produto para distribuição (brinde), sobre o qual não cabe exigir o recolhimento da antecipação parcial, o autuante informa que o Artigo 389 do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012), que transcreve, detalha os procedimentos a serem seguidos quando da realização de operações com brindes. Afirma o autuante que na defesa a autuada não comprova que cumpriu o previsto neste Artigo 389 do RICMS, principalmente no que diz respeito aos incisos II e III, ou seja, não trouxe a comprovação de que emitiu as notas fiscais com os respectivos lançamentos no livro Registro de Saídas a demonstrar que as mercadorias se referem a brindes. Por esse motivo, o autuante não concordou com as alegações da autuada em relação a esse ponto.

Acata as alegações da autuada de que existem notas fiscais que foram consideradas, no DEMONSTRATIVO 2 - ANTECIPAÇÃO PARCIAL, como entradas no mês de abril/2013 e que foi comprovado que essas notas fiscais foram lançadas no livro Registro de Entradas no mês de maio/2013 conforme documentos juntados às fls. 300 a 305 (DOC.04). Por esse motivo, excluiu as Notas Fiscais nºs 5.569, 9.224, 9.225, 9.226 e 9.227 do mês de referência abril/2013 e incluiu as mesmas no mês de referência maio/2013, conforme pedido do autuado.

Em razão da concordância com parte das alegações da autuada, elaborou novos demonstrativos referentes à infração 2 (DEMONSTRATIVO 2 - ANTECIPAÇÃO PARCIAL; DEMONSTRATIVO 2.1 - PAGAMENTOS E CRÉDITOS RELATIVOS À ANTECIPAÇÃO PARCIAL E DEMONSTRATIVO 2.2 - ANTECIPAÇÃO PARCIAL - RESUMO) tendo o débito total desta infração sido reduzido de R\$31.861,00 para R\$18.366,92.

Quanto à **infração 3 - 07.15.02**, discorre o autuante que não concorda com a argumentação da autuada, solicitando que sejam excluídos dos demonstrativos a cobrança da antecipação parcial referente ao produto "COLHER LÍDER" afirmando não se tratar de produto para revenda e sim produto para distribuição (brinde), sobre o qual não cabe exigir o recolhimento da antecipação parcial pelos mesmos motivos já expostos na infração 2, pois não foi comprovado o cumprimento do previsto no Artigo 389 do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012), principalmente no que diz respeito aos Incisos II e III, ou seja, não houve a comprovação de que emitiu as notas fiscais com os respectivos lançamentos no livro Registro de Saídas, de forma a demonstrar que as mercadorias se referem a brindes. Por esse motivo, não acatou as alegações da autuada em relação a esse ponto.

Acatou apenas as alegações da autuada de que existem notas fiscais que foram consideradas, no DEMONSTRATIVO 2 - ANTECIPAÇÃO PARCIAL, como entradas na data de saída da nota fiscal e que foi comprovado que essas notas fiscais foram lançadas no livro Registro de Entradas no mês subsequente à sua saída conforme documentos juntados às fls. 306 a 313 (DOC.01 e DOC. 02). Por esse motivo, excluiu, no DEMONSTRATIVO 2 - ANTECIPAÇÃO PARCIAL, a Nota Fiscal nº 714 do mês de referência novembro/2009 e incluiu a mesma no mês de referência dezembro/2009 e



excluiu as Notas Fiscais nºs 384, 10.361, 10.362 e 10.363 do mês de referência outubro/2013 e incluiu as mesmas no mês de referência novembro/2013, conforme pedido formulado pela impugnante. Informa, ainda, que em razão do remanejamento das notas fiscais do mês de outubro/2013 para novembro/2013, o débito originalmente lançado referente a outubro/2013, foi reduzido de R\$7.644,26 para R\$2.125,00 e no mês de novembro/2013, em que não havia débito, passou a apresentar a exigência fiscal no valor de R\$5.246,57. Ou seja, a maioria dos débitos não deixou de existir, passando os mesmos de um mês para o outro.

Em razão da concordância com parte das alegações da autuada elaborou novos demonstrativos referentes à infração 3 (DEMONSTRATIVO 2 - ANTECIPAÇÃO PARCIAL; DEMONSTRATIVO 2.1 - PAGAMENTOS E CRÉDITOS RELATIVOS À ANTECIPAÇÃO PARCIAL E DEMONSTRATIVO 2.3 - ANTECIPAÇÃO PARCIAL - RESUMO) tendo o débito total desta infração sido reduzido de R\$49.317,27 para R\$48.239,82.

Em relação à **infração 4 - 03.02.06**, afirma o autuante não concordar com a alegação da autuada que diz: *“Nas operações de saídas internas de café torrado e moído nas quais foram informados, nas notas fiscais, os CFOP's 5102, 5104 e 5403 a cobrança é totalmente improcedente em razão do produto possuir o benefício da redução de base de cálculo previsto na legislação do ICMS”*.

Pontua que a legislação realmente prevê o benefício da redução de base de cálculo nas operações internas de café torrado e moído, realizadas por estabelecimento industrial situado neste Estado, desde que o mesmo seja **por ele produzido**. Destaca que a previsão está no Artigo 87, Inciso XIV do RICMS/BA publicado pelo Decreto nº 6.284/97 e no Artigo 266 RICMS/BA publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, que transcreve.

Salienta que no DEMONSTRATIVO 3 desta infração estão relacionadas notas fiscais de café com CFOP 5102 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, CFOP 5104 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, efetuada fora do estabelecimento e CFOP 5403 - Venda de mercadoria, adquirida ou recebida de terceiros, sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte-substituto. Portanto, referem-se a operações com café onde a própria autuada declara nas notas fiscais que este café **não foi produzido** por seu estabelecimento e sim, adquirido ou recebido de terceiros concluindo-se, então, que estas operações não são beneficiadas com a redução de base de cálculo.

Assevera que a escrituração dos livros fiscais deve refletir as informações exatamente como constam nos documentos fiscais (emissão, saída, valor dos produtos, BC, CFOP, ICMS, etc). A impugnante declara que emitiu os documentos fiscais com CFOP incorreto (5102, 5104 e 5403) os quais não dão direito à redução de base de cálculo, mas, ainda assim, entende que utilizou o benefício da redução de base de cálculo corretamente.

Ressalta, mais uma vez o autuante, que a legislação prevê que, após a concessão da Autorização de Uso da NF-e e CT-e, o emitente somente poderá alterar o documento fiscal para sanar alguns erros por meio de Carta de Correção Eletrônica – CC-e ficando vedada a utilização da Carta de Correção em papel. Transcreveu esta previsão, conforme § 1º do Artigo 231-G do RICMS/BA, Decreto nº 6.284/97, e o Artigo 42, § 8º do Decreto nº 13.780/2012 (reproduzidos novamente).

Reitera que os débitos desta infração se referem apenas a Notas Fiscais Eletrônicas e a autuada não comprovou que emitiu e transmitiu a Carta de Correção Eletrônica - CC-e que seria o documento hábil para sanar os eventuais erros cometidos quando da emissão das NFe referentes à informação do CFOP.

Afirma que não concorda com as argumentações da autuada mantendo o débito desta infração na sua integralidade.

No que diz respeito à **infração 5 - 02.01.03**, verifica que a autuada concorda que a NFe nº 8550, cujo produto “Achocolatado Manateli pote 400g” deveria ser tributado na saída, aparece sem destaque de ICMS. Disse que conforme já demonstrado na contestação da infração anterior (Infração 4), a legislação prevê que, após a concessão da Autorização de Uso da NF-e e CT-e, o emitente

somente poderá alterar o documento fiscal para sanar alguns erros por meio de Carta de Correção Eletrônica – CC-e conforme previsão do parágrafo 1º do Artigo 231-G do RICMS/BA, Decreto nº 6.284/97 e do Artigo 42, § 8º do RICMS/BA Decreto nº 13.780/2012. Como a nota fiscal foi emitida com erro em razão de apresentar produto, sem destaque do ICMS, quando o mesmo deveria ser tributado o estabelecimento deveria ter cancelado a nota fiscal e emitido outra corretamente ou utilizar a Carta de Correção Eletrônica – CC-e, inclusive porquê, na hipótese de o adquirente ser estabelecimento que a legislação preveja o aproveitamento do crédito, não poderia o mesmo fazer este aproveitamento em razão da nota fiscal ter sido emitida sem o valor do ICMS correspondente, em prejuízo do adquirente.

Disse que não concorda, também, com as alegações da autuada de que existe equívoco, no Demonstrativo 4, em razão de terem sido incluídas pelo autuante, indevidamente, as NF referentes aos produtos “filme alumínio, filme polipropileno, potes para cappuccino e PEBD”, em razão dessas operações referirem-se a remessas simbólicas realizadas para industrialização as quais possuem suspensão da incidência do ICMS fato que estaria comprovado através da NFe de saída nº 126 e a NFe de entrada nº 1623. Aborda que a Nota Fiscal nº 126 emitida pela autuada apresenta o CFOP 6.949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado. Caso esta operação se referisse a uma remessa para industrialização a nota fiscal deveria ter sido emitida corretamente com o CFOP 6.901 - Remessa para industrialização por encomenda ou com o CFOP 6924 - Remessa para industrialização por conta e ordem do adquirente da mercadoria, quando esta não transitar pelo estabelecimento do adquirente. Observou que no período fiscalizado a impugnante, por diversas vezes, emitiu as notas fiscais com CFOP incorreto para as operações apesar de existirem CFOP's específicos para as mesmas não corrigindo essas divergências de acordo com o previsto na legislação e conforme já explicado anteriormente.

Discorda da alegação de que as demais mercadorias constantes do Demonstrativo 4 se referem a material de uso e consumo do estabelecimento, cuja fase de tributação já se encontra encerrada, sendo descabida a exigência do ICMS. Afirma que estão relacionadas, no demonstrativo desta infração, diversas notas fiscais de vendas, conforme CFOPs utilizados (5101, 5102, 5104, 5401, 6101, 6104, etc) cujos produtos são café torrado, mingau de milho, achocolatado, farinha láctea cujas operações são tributadas sendo devida a cobrança em razão das mesmas terem saído, indevidamente, sem tributação.

Observa que a autuada cita ainda os produtos das notas fiscais abaixo alegando tratar-se de transferências entre seus estabelecimentos:

*-Produtos "copos e jarra de vidro" da NFe nº 16420 e produto guardanapo da NFe nº 2042. Não concordamos com a alegação da defesa pois o CFOP utilizado nas NF's foi 5949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado e, para estar comprovado que tratava-se de transferência, o CFOP a ser corretamente utilizado deveria ter sido 5557 - Transferência de material de uso ou consumo. Observamos ainda que, efetivamente, não se trata de transferência entre estabelecimentos da empresa pois o destinatário constante nestas duas NF's é ATACADÃO DISTRIBUIÇÃO COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA;*

*-Produto "garrafa térmica" constante na NFe nº 10893. Não concordamos com a alegação da defesa pois o CFOP utilizado na NF foi 6905 - Remessa para depósito fechado ou armazém geral e, para estar comprovado que tratava-se de transferência de material para uso/consumo, o CFOP a ser corretamente utilizado deveria ter sido 6557 - Transferência de material de uso ou consumo. Observamos ainda que essa nota fiscal apresenta outros produtos (café, achocolatado, leite em pó) sendo o valor total destes produtos de R\$47.094,00 o que, no nosso entendimento, dá a entender tratar-se de mercadoria para revenda e não material para uso/consumo. Portanto, como essas mercadorias estão indo para estabelecimento filial situado em outro estado (DF) trata-se de transferência de mercadoria que é operação tributada conforme previsto no Artigo 4º, Inciso I combinado com Artigo 17º, Inciso I e § 8º da Lei do ICMS nº 7.014/1996.*

Contesta as argumentações da autuada mantendo o débito desta infração na sua integralidade.

Com relação à **infração 6 - 14.01.03**, verifica que a autuada anexa, na defesa, tão somente os Protocolos de Controle de Ingresso de Mercadoria Nacional (PIN) referentes às notas constantes no demonstrativo desta infração. Destaca que este protocolo se refere apenas ao comprovante de transmissão dos dados documentais. O usufruto dos benefícios fiscais somente terá validade com

a expedição da Declaração de Ingresso (DI) que é o documento comprobatório da entrada da mercadoria nacional na região incentivada, das notas fiscais que estejam relacionadas no PIN. Para obtenção da Declaração de Ingresso, cujos dados foram transmitidos através do PIN, é necessário a apresentação dos documentos fiscais e a mercadoria à SUFRAMA para vistoria. Essas informações estão explicitadas nos documentos juntados pela defesa às fls. 321 a 326.

Portanto, o autuante chama atenção para o fato que o autuado apenas comprova que transmitiu os dados referentes às notas fiscais com destino à ZFM sem comprovar, através da DI - Declaração de Ingresso, que as mercadorias constantes nestas notas fiscais foram internadas. Mantém integralmente o débito desta infração.

Na **infração 7 - 03.02.07** não procede a alegação da autuada que ao contestar os débitos lançados referentes ao produto “café” por entender que, no lançamento efetuado pelo autuante, deveria ter sido aplicada a redução de base de cálculo em razão do RICMS/BA e a Lei do ICMS Nº 7.014/96 preverem a aplicação da alíquota interna nas saídas interestaduais para não contribuintes.

Informa que a redução de base de cálculo do produto café se aplica apenas nas operações internas, o que está previsto na legislação é que, nas operações interestaduais em que os destinatários sejam não contribuintes, a alíquota será de 17%. Reproduz a Lei do ICMS, nº 7.014/96 - Art. 15, pertinente às alíquotas do ICMS. Portanto, entende que o débito referente a esta infração deve ser mantido integralmente.

Na **infração 8 - 03.02.02** a impugnante não apresenta qualquer contestação.

Com relação à **infração 9 - 01.05.03** afirma ser totalmente descabida a alegação da autuada de que este lançamento contraria o RICMS em razão do mesmo prever, no caso do produto final “Leite em Pó”, a possibilidade de manutenção integral do crédito referente às entradas de mercadorias e insumos e que o auditor não poderia, portanto, exigir o estorno ou anulação do crédito fiscal relativo a estas entradas. A autuada informa que esta previsão legal está no Artigo 105, Inciso XVII do RICMS/BA, Decreto nº 6.284/97, e no Artigo 266, Inciso XIX do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/2012 (normas reproduzidas).

Da análise dos dispositivos citados, sustenta que está claro que a possibilidade de manutenção integral do crédito fiscal relativo às aquisições de mercadorias e insumos, bem como aos serviços tomados, se referem a outros tipos de leite não fazendo referência, em nenhum momento, ao produto “LEITE EM PÓ”. Portanto, a autuada deveria ter feito o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias e insumos relacionadas ao produto final “LEITE EM PÓ”, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, razão pela qual manteve integralmente o débito desta infração.

Na **infração 10 - 01.02.39** também expressa a sua não concordância com as alegações da autuada em razão da mesma não ter realizado os procedimentos para apropriação do crédito conforme determina a legislação.

Pontua que as notas fiscais de aquisições de insumos - ONU 1075 GAS(ES) DE PETROLEO, LIQUEFEITO(S), 2.1, GPL/GLP GRANEL, que são mercadorias que já foram objeto de antecipação ou substituição tributária, não possuem destaque do valor do ICMS visto que, considera-se destaque a informação do valor do ICMS no campo próprio “valor do ICMS” da nota fiscal. A informação do valor do ICMS aparece apenas no campo “Dados Adicionais - Informações Complementares” dos respectivos documentos Fiscais. Portanto, a autuada deixou de proceder, conforme determina a legislação, para poder se apropriar do crédito de ICMS nas aquisições destes insumos empregados na sua atividade, pois o aproveitamento do crédito fiscal pelo destinatário de mercadoria que já tenha sido objeto de antecipação ou substituição tributária se dará mediante a adoção de um dos procedimentos previstos no art. 359, § 1º e § 2º no RICMS/BA, Decreto nº 6.284/97, e Artigo 292, § 1º e § 2º do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/2012 (normas que transcreve).

Sustenta o autuante, portanto, que o estabelecimento só poderia se creditar mediante a emissão da Nota Fiscal de Recuperação de crédito, na forma prevista no art. 359, § 2º do RICMS/BA, Decreto nº

6.284/97, e no Artigo 292, § 2º do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/2012, em razão do documento de aquisição interna não apresentar o destaque do ICMS (ou apresentar esse destaque apenas no campo de informações complementares). Lembra, ainda, que como essas aquisições referem-se a insumos a serem utilizados na produção de mercadorias que tem direito à redução de base de cálculo, caso a autuada tivesse realizado os procedimentos previstos na legislação para poder utilizar esses créditos teria ainda que fazer o estorno de crédito no valor correspondente a parte proporcional desta redução.

Complementa que esse é o entendimento da SEFAZ manifestado através dos Pareceres nºs 11652/2010, 18246/2010, 12.403/2011 e 17.031/2011 emitidos pela GECOT/DITRI, cujas cópias anexas.

Em razão do exposto manteve integralmente o débito desta infração.

Quanto à **infração 11 - 01.02.73**, observa que a própria defesa concorda que o crédito que a mesma utilizou é referente à aquisição de ativo fixo realizada em 2005, que deve ser apropriado em 48 meses e que utiliza esse crédito em 2010. Trata-se, segundo o autuante de uma incoerência, pois só poderia ser apropriado o crédito fiscal nos 48 meses subsequentes a esse prazo, que iria até 2009. Anexa planilha com notas fiscais de aquisições onde é declarado serem aquisições para o ativo permanente do estabelecimento realizadas de junho/2005 a novembro/2005. Pontua que nesta planilha, o valor total do crédito referente a essas notas fiscais totaliza R\$127.920,13. O estabelecimento utilizou, indevidamente, esse crédito fiscal duas vezes, sendo R\$67.870,27 em abril/2010 e R\$60.049,86 em julho/2010. Ainda que fosse possível utilizar esse crédito, a autuada só poderia se creditar mês a mês do valor de 1/48, proporcional às saídas tributadas do período e não do valor total de uma só vez.

Portanto, o autuante entende que está comprovado que o estabelecimento utilizou, indevidamente crédito fiscal de ICMS no livro Registro de Apuração do ICMS como "OUTROS CRÉDITOS - CRÉDITOS DO ATIVO PERMANENTE", cujos saldos já deveriam ter sido cancelados por decurso de prazo para utilização conforme previsto no Artigo 339, § 2º, II, "e" e "f" do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 (norma que transcreve).

Assim, não concorda com a contestação da defesa e mantém integralmente o débito desta infração.

Quanto à **infração 12 - 01.02.42**, discorda das alegações da autuada quando afirma que diversos valores cobrados nesta infração referem-se a notas fiscais de aquisições e a transferências de saldos entre os seus estabelecimentos cujos procedimentos foram seguidos de acordo com o que determina o Artigo 114-A do RICMS/BA, Decreto nº 6.284/97. Explica que nesta infração o estabelecimento utilizou crédito fiscal de ICMS no livro Registro de Apuração do ICMS (outros créditos e estorno de débito) sem comprovar ou informar a sua origem ou a que se refere.

Para cada ponto contestado pela impugnante apresenta justificativas por ter incluído o débito nesta infração e por discordar do alegado na defesa:

- Sobre o débito cobrado no valor de R\$19.656,54, ocorrência 11/2009, a autuada informa referir-se à utilização extemporânea de crédito no valor de R\$856,54 da Nota Fiscal nº 4.000 e o valor de R\$18.800,00 referente à Nota Fiscal nº 711 de transferência de saldo devedor de ICMS.

Salienta que quando da utilização extemporânea de crédito no valor de R\$856,54 da Nota Fiscal nº 4.000, o estabelecimento não comprovou que fez a comunicação escrita à repartição fiscal, conforme determina o Artigo 101, § 1º, Inciso I do RICMS/BA Decreto nº 6.284/97 (norma que reproduz).

Lembra, ainda que como essa aquisição refere-se a insumos a serem utilizados na produção de mercadorias que tem direito à redução de base de cálculo, caso a autuada tivesse realizado os procedimentos previstos na legislação para poder utilizar esses créditos teria ainda que fazer o estorno de crédito no valor correspondente a parte proporcional desta redução.

Quanto ao valor de R\$18.800,00 referente à Nota Fiscal nº 711 de transferência de saldo devedor de ICMS a autuada não informou, no livro Registro de Apuração, a que se referia esse crédito conforme determina o Artigo 114-A, § 2º, Inciso I, alínea "b" do RICMS/BA Decreto nº 6.284/97

(norma que também transcreve).

- Sobre o débito cobrado no valor de R\$3.574,40 da ocorrência 07/2010 a autuada informa referir-se à utilização extemporânea de crédito no valor de R\$1.916,12 da Nota Fiscal nº 24.435, R\$144,84 da Nota Fiscal nº 442.927 e o valor de R\$1.513,44 referente à Nota Fiscal nº 2.694 de transferência de saldo devedor de ICMS.

Argui que quanto à utilização extemporânea de crédito no valor de R\$1.916,12 da Nota Fiscal nº 24.435, informou o contribuinte que a mesma se refere à aquisição de insumos - ONU 1075 GAS(ES) DE PETROLEO, LIQUEFEITO(S), 2.1, GPL/GLP GRANEL, que é mercadoria que já foi objeto de antecipação ou substituição tributária, e este documento fiscal não possui destaque do valor do ICMS visto que, considera-se destaque a informação do valor do ICMS no campo próprio “valor do ICMS” da nota fiscal. A informação do valor do ICMS aparece apenas no campo “Dados Adicionais - Informações Complementares” do respectivo documento Fiscal. Afirma que a autuada não comprova que emitiu a nota fiscal de recuperação de crédito, conforme determina a legislação, para poder se apropriar do crédito de ICMS nas aquisições destes insumos empregados na sua atividade, pois o aproveitamento do crédito fiscal pelo destinatário de mercadoria que já tenha sido objeto de antecipação ou substituição tributária se dará mediante a adoção de um dos procedimentos previstos no art. 359, § 1º e § 2º no RICMS/BA, Decreto nº 6.284/97, conforme já mencionamos na análise da defesa referente à infração 10.

Quanto à utilização extemporânea de crédito no valor de R\$144,84 da Nota Fiscal nº 442.927, informa que o estabelecimento não comprovou que fez a comunicação escrita à repartição fiscal conforme determina o Artigo 101, § 1º, Inciso I do RICMS/BA Decreto 6.284/97.

Lembra que como essas Notas Fiscais de nºs 24.435 e 442.927, se referem a aquisições de insumos a serem utilizados na produção de mercadorias que tem direito à redução de base de cálculo, e caso a autuada tivesse realizado os procedimentos previstos na legislação para poder utilizar esses créditos teria ainda que fazer os estornos no valor correspondente a parte proporcional desta redução.

Quanto ao valor de R\$1.513,44 referente à Nota Fiscal nº 2.694, emitida em 31/08/2010, relativa à transferência de saldo devedor de ICMS, a autuada não informou, no livro Registro de Apuração, a que se referia esse crédito conforme determina o Artigo 114-A, § 2º, Inciso I, alínea “b” do RICMS/BA, Decreto nº 6.284/97.

Observa, ainda, que existe incompatibilidade entre a data de emissão dessa Nota Fiscal nº 2.694 e o período de escrituração da mesma. Procede aos seguintes questionamentos:

*“Como a autuada poderia informar no livro Registro de Apuração de ICMS referente ao mês de julho de 2010 que está transferindo um saldo devedor através de uma nota fiscal que só virá a ser emitida em 31/08/2010, ou seja, um mês depois?”*

- Sobre o débito cobrado no valor de R\$10.267,32 da ocorrência 01/2011 a autuada informa que se trata de recolhimento a maior do ICMS regime normal indústria referente ao mês de dez/2010.

Destaca que o autuado não informou, no livro Registro de Apuração do ICMS, a que se referia o valor do estorno de débito lançado e também não comprova que emitiu o documento fiscal referente a esse estorno de débito conforme prevê o Artigo 113 do RICMS/BA, Decreto nº 6.284/97 - reproduz.

- Sobre o débito cobrado no valor de R\$2.581,99 da ocorrência 01/2010, a autuada informa se referir à utilização extemporânea de crédito no valor de R\$1.401,17, da Nota Fiscal nº 18.243, R\$801,77 da Nota Fiscal nº 1.306 e R\$379,05 referente à Nota Fiscal nº 422.902. Manifesta o mesmo entendimento expressado anteriormente, ou seja, o estabelecimento não comprova que fez a comunicação escrita à repartição fiscal, conforme determina o Artigo 101, § 1º, Inciso I do RICMS/BA, Decreto nº 6.284/97.

Informa que a Nota Fiscal nº 18.243 não apresenta destaque de ICMS e a autuada não comprova

que emitiu a nota fiscal de recuperação de crédito, conforme determina a legislação, para poder se apropriar do crédito de ICMS nas aquisições destes insumos empregados na sua atividade, pois o aproveitamento do crédito fiscal pelo destinatário de mercadoria que já tenha sido objeto de antecipação ou substituição tributária se dará mediante a adoção de um dos procedimentos previstos no art. 359, §§ 1º e 2º no RICMS/BA, Decreto nº 6.284/97 conforme já mencionado anteriormente.

Lembra, ainda, que como essas Notas Fiscais nºs 18.243, 1.306 e 422.902 se referem a aquisições de insumos a serem utilizados na produção de mercadorias que tem direito à redução de base de cálculo, caso a autuada tivesse realizado os procedimentos previstos na legislação para poder utilizar esses créditos teria ainda que fazer o estorno de crédito no valor correspondente a parte proporcional desta redução.

- Sobre o débito cobrado no valor de R\$488,05 da ocorrência 04/2010 informa que este valor foi lançado, no LRAICMS do mês de abr/2010, como crédito extemporâneo da Nota Fiscal nº 10259 sem apresentação do documento fiscal correspondente. Afirma que o autuado não apresentou, na sua defesa, este documento fiscal para fins de comprovar a origem do crédito.
- Quanto aos lançamentos referentes aos meses 02/2011, 04/2011 e 09/2011 não concorda com as alegações da autuada de que o crédito fora corretamente escriturado no livro de ICMS referente a transferência de crédito, através de notas fiscais emitidas pela filial (CNPJ 15.880.529/0003-86). Essas notas fiscais são:
- Nota Fiscal nº 7.186 emitida em 18/03/2011 referente a transferência de saldo devedor do ICMS no valor de R\$22.074,46;
- Nota Fiscal nº 7.918 emitida em 10/05/2011 referente a transferência de saldo devedor do ICMS no valor de R\$12.008,33;
- Nota Fiscal nº 10.328 emitida em 11/10/2011 referente a transferência de saldo devedor do ICMS no valor de R\$6.105,47.

Observa que nos DANFE's anexados pela autuada, às fls. 384, 390 e 396, esses documentos se referem à transferência de saldo devedor do ICMS da filial CNPJ 15.880.529/0003-86 para o estabelecimento da autuada conforme CFOP 5905 - Transferência de saldo devedor do ICMS de outro estabelecimento da mesma empresa. Portanto, a autuada jamais poderia escriturar um documento de **transferência de débito** e utilizar esse valor como **crédito**.

Pontua que se esses documentos fiscais se referissem a transferência de saldo credor do ICMS de outro estabelecimento da mesma empresa existiria incompatibilidade entre a data de emissão dessas notas fiscais e o período de escrituração dos mesmos pelo destinatário. Faz os seguintes questionamentos:

*"Como a autuada poderia informar no Livro Registro de Apuração de ICMS referente ao mês de fevereiro de 2011 que está utilizando crédito recebido em transferência que provém de uma nota fiscal emitida em 18/03/2011;*

*Como a autuada poderia informar no Livro Registro de Apuração de ICMS referente ao mês de abril de 2011 que está utilizando crédito recebido em transferência que provém de uma nota fiscal emitida em 10/05/2011;*

*Como a autuada poderia informar no Livro Registro de Apuração de ICMS referente ao mês de setembro de 2011 que está utilizando crédito recebido em transferência que provém de uma nota fiscal emitida em 11/10/2011."*

Salienta que não existe a possibilidade de se registrar um documento fiscal em um mês se este documento sequer fora emitido no mês em que o mesmo foi escriturado.

Assinala que todos os débitos desta infração foram lançados em razão da autuada utilizar valores, no livro Registro de Apuração do ICMS no campo (outros créditos e estorno de débito), sem comprovar ou informar a sua origem ou a que se refere. Informou, ainda que, por diversas vezes,

entrou em contato com a contabilidade da empresa para que fossem apresentadas justificativas que comprovassem a utilização desses valores e a que os mesmos se referiam, tendo sido enviadas comprovações referentes a apenas dois meses os quais não foram incluídos nesta infração.

Em razão do exposto, manteve integralmente o débito desta infração nº 12.

Na **infração 13 - 01.02.74**, informa que quando da lavratura do presente Auto de Infração não existia, no sistema de arrecadação da SEFAZ, comprovação de recolhimentos efetuados nos meses de maio/2011, dezembro/2011 e novembro/2012 com o código de receita 2175 - ICMS - ANTECIPACAO PARCIAL e no que mês de outubro/2012 existia recolhimento no valor de R\$6.750,64 com o código de receita 2175 - ICMS - ANTECIPAÇÃO PARCIAL.

Pontua que a legislação prevê que o estabelecimento, cujo imposto seja apurado pelo regime de conta corrente fiscal, somente poderá escriturar e utilizar o crédito referente ao valor do imposto antecipado parcialmente no mês em que for realizado o seu recolhimento. Esta previsão está no Artigo 101, Inciso II e § 4º do RICMS/BA, Decreto nº 6.284/97 e no Artigo 309, Inciso II RICMS/BA, Decreto nº 13.780/2012 (normas que transcreve).

Sobre a alegação da autuada de que a diferença encontrada em outubro/2012 ocorreu em razão dos lançamentos efetuados pela fiscalização registrar, indevidamente, notas em competências diferentes, afirmou discordar totalmente dessa afirmação. Explica o autuante que o valor lançado nesta infração, no mês de outubro/2012, refere-se à diferença entre o valor de R\$7.946,19 que o estabelecimento utilizou como crédito de antecipação parcial no livro Registro de Apuração e o valor de R\$6.750,64 efetivamente recolhido neste mês referente à essa receita.

Acrescenta que essa infração não tem qualquer relação com levantamentos efetuados pelo autuante com base em notas fiscais e sim com valores que o estabelecimento utilizou como créditos relacionados ao recolhimento de antecipação parcial, sem comprovar o seu recolhimento ou a utilização de crédito em valor superior ao efetivamente recolhido.

Informa, ainda, que a autuada, somente após a ciência da lavratura do Auto de Infração, protocolou pedido de retificação de DAE's. Caso os pedidos de retificação de DAE's tivessem sido protocolados e deferidos antes do início da ação fiscal esses valores teriam sido considerados como pagos como antecipação parcial. Entendemos que cabe o pedido de restituição referentes a esses valores recolhidos indevidamente com a receita 1145 - ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.

Portanto, os débitos apurados nesta infração, conforme constam no DEMONSTRATIVO 13, estão absolutamente corretos segundo o autuante. Manteve integralmente os débitos lançados.

Quanto às infrações **14 - 01.02.02**, **15 - 01.02.01**, **16 - 06.02.01** e **19 - 03.01.01** verificou que o autuado reconhece a procedência das mesmas informando ainda que irá providenciar o seu pagamento.

Sobre as infrações **17 - 01.05.13**, **18 - 01.02.42**, **20 - 16.05.11** e **21 - 16.05.18** observou que a autuada informa que está buscando maiores informações junto à sua contabilidade para verificar a sua efetiva ocorrência não tendo apresentado qualquer contestação.

Com relação à **infração 22 - 16.12.20**, o autuante apresenta sua contestação sobre cada alegação de que a penalidade aplicada não tem cabimento tendo em vista que foi apresentada a documentação conforme solicitado e que buscou atender a única solicitação dentro do prazo estipulado pela fiscalização e ainda, que esse prazo dado não estaria correto o que também invalidaria esta imputação.

Afirma que o contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá enviar, mensalmente, arquivo eletrônico à SEFAZ referente ao movimento econômico de cada mês atendendo às especificações técnicas estabelecidas no Convênio ICMS 57/95 e nos prazos previstos no Artigo 708-A do RICMS/BA, Decreto nº 6.284/97 e o Artigo 259, § 12º do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/2012.

Disse que quando iniciou a fiscalização verificou que havia: Omissão de entrega dos arquivos magnéticos referentes a alguns meses do período fiscalizado e apresentação sem a totalidade dos

tipos de registros obrigatórios referentes aos meses em que os arquivos magnéticos foram enviados. Intimou, na sequência, o estabelecimento do contribuinte para apresentar os arquivos conforme determina a legislação, no Artigo 708-B do RICMS/BA, Decreto nº 6.284/97 e no Artigo 261 do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/2012 (normas que reproduziu).

Sustenta, em seguida, que o prazo dado na intimação fiscal de cinco dias para fornecimento dos arquivos é o que está previsto na legislação e a alegação da defesa de que esses arquivos foram entregues não é válida, pois os mesmos foram enviados sem a inclusão de todos os tipos de registros obrigatórios e, conforme disposto na legislação, a entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento.

Contesta, também, que as alegações da autuada quando diz de que esta imputação é nula de pleno direito por solicitar documentos inexistentes (notas até arquivos do SINTEGRA de 2013) e de que foi intimada para apresentar os arquivos magnéticos através de uma intimação confusa, sem lista de diagnósticos precisa.

Destaca que caso um estabelecimento seja intimado para apresentar alguma documentação que não possua ou referente a algum período que não apresente movimentação ou não esteja obrigado a prestar informação, entende que não está caracterizada a possibilidade de nulidade do procedimento fiscal. Basta que este estabelecimento apresente as justificativas para a não entrega do que está sendo solicitado. Informou ainda que a autuada foi intimada a entregar os arquivos magnéticos referentes ao período de jan/2009 a dez/2012 conforme intimação às fls. 39 a 41.

Quanto à alegação da autuada sobre a lista diagnóstico, informa que a legislação prevê que, apenas no caso de intimação para correção de **inconsistências**, verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte a Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas quando, aí sim, o contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento desta intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com as correspondentes lista de inconsistências.

Esclarece que só existe a possibilidade do contribuinte ser intimado para corrigir **inconsistências** no caso de arquivo magnético entregue com a inclusão de todos os tipos de registros obrigatórios (arquivo completo) ou seja, com as especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95. O contribuinte nunca será intimado para corrigir **inconsistências** de arquivo magnético que foi entregue sem a inclusão de todos os tipos de registros obrigatórios (arquivo incompleto), ou seja, fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, pois a legislação prevê que, nestes casos, configura-se o não fornecimento do arquivo. Reproduz disposições atinentes a esta matéria, contidas nos RICMS/BA, Decretos nºs 6.284/97 e 13.780/2012.

Manteve integralmente o débito desta infração nº 22.

Sobre a **infração 23 - 16.12.15**, afirma não concordar também com nenhuma das argumentações da defesa, em conformidade com a contestação que apresentou na infração anterior, em razão da penalidade de 1% aplicada nesta infração 23 ser cobrada cumulativamente com a penalidade aplicada na infração 22. Explica que essa penalidade também decorreu da entrega dos arquivos magnéticos sem a inclusão de f tipos de registros obrigatórios (arquivo incompleto), fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95 pois a legislação prevê que, nestes casos, configura-se o não fornecimento do arquivo conforme Artigo 261, § 3º e § 6º do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/2012.

Salienta que toda a contestação sobre a defesa apresentada da infração anterior vale também para esta infração em razão das duas penalidades serem aplicadas cumulativamente conforme prevê o Artigo 42, XIII-A, "j" da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07.

Portanto, essa infração se refere à "FALTA DE APRESENTAÇÃO DE ARQUIVO MAGNÉTICO" e não a "FALTA DE RETIFICAÇÃO DE ARQUIVO MAGNÉTICO" como alega a defesa. Sobre o assunto cita jurisprudência da 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL que já manifestou o seu entendimento



através do ACÓRDÃO CJF Nº 0278-12/14, que apresenta exatamente o mesmo entendimento.

Mantém o débito desta infração 23 na sua integralidade.

Face ao exposto, entende que o Auto de Infração deva ter o débito reduzido, em relação à infração 2 - 07.15.01 de R\$31.861,00 para R\$18.366,92, e, em relação à infração 3 - 07.15.02, reduzido de R\$49.317,27 para R\$48.239,82, sendo mantidos os valores dos débitos referentes às demais infrações, devendo o mesmo ser julgado Parcialmente Procedente.

Após distribuição do processo ao ex-Julgador Ângelo Mário de Araújo Pitombo, em 2016, a 5ª JFJ converteu o presente PAF em diligência à INFAZ de origem, conforme termo exarado à fl. 528, com o objetivo de que o sujeito passivo fosse cientificado da informação fiscal prestada pelo autuante, no qual o mesmo acolheu partes das arguições defensivas e refez as planilhas de apuração e demonstrativos de débito quanto às infrações 2 e 3. Após cientificação, determinou-se a concessão de prazo de 30 (trinta) dias para nova manifestação, caso o contribuinte entendesse ser necessário. Havendo manifestação defensiva foi determinado ainda que se desse ciência ao autuante para a elaboração de nova informação fiscal, abrangendo todos os aspectos da nova manifestação defensiva, com fundamentação, conforme disposto no art. 127, § 6º do RPAF/99.

Nas fls. 531/541, é juntado aos autos documentos referentes a pareceres quanto às matérias em relação ao uso extemporâneo do crédito fiscal oriundo de nota de recuperação de crédito, apropriação do crédito fiscal relativo às aquisições de óleo diesel e utilização de crédito referente a aquisições de combustíveis para prestação de serviços de transportes.

Na fl. 541-A, consta intimação ao autuado do inteiro teor da informação fiscal, conforme determinado pela 5ª JFJ, com ciência ao contribuinte, via Correios, em 10/06/2016.

NOVA MANIFESTAÇÃO DEFENSIVA - Em manifestação defensiva, às fls. 546/564, o representante do autuado aborda as informações relativas às infrações 1 a 7, 9 a 13, 22 e 23.

Quanto à **infração 1**, sustenta que suscitou diversos vícios do lançamento os quais foram refutados pela autoridade autuante. Dentre eles estão: *“a) erro no cálculo realizado, no tocante a aplicação de alíquota incorreta; b) desconsideração de informações retificadas por meio de carta de correção; e c) desconsideração dos créditos oriundos de operações canceladas”*.

Contesta o erro de cálculo apontado, dizendo que reconhece a razão do auditor, pois verificou que apesar das metodologias de cálculo serem diferentes, o resultado encontrado é o mesmo, não havendo o que se discutir a este respeito.

No tocante às cartas de correção, pontua que o auditor não tem razão e as suas próprias razões demonstram isto, pois segundo ele, não caberiam cartas de correções físicas, pois a legislação exigiria cartas de correções eletrônicas, citando a legislação sobre o assunto, mais especificamente o art. 231-G e parágrafos do RICMS de 97. Reproduz o parágrafo 1º-A desse dispositivo.

Observa que o dispositivo proíbe a Carta de Correção em papel apenas a partir de 1º de Julho, de modo que o período anterior não havia tal vedação. Se assim não o fosse, o dispositivo não teria qualquer razão de existir. Portanto, o argumento do ilustre auditor não merece guarida, de modo que as referidas cartas de correção devem sim ser consideradas.

Salienta que todas elas constavam dos arquivos da Impugnante, de modo que as informações já estavam retificadas nos livros fiscais da autuada. A autuação decorre principalmente do fato de que o lançamento considerava as informações isoladamente das notas, sem cotejá-las com as informações da escrita fiscal, fato este exaustivamente tratado pela Impugnação apresentada.

Quanto ao argumento de que o auditor ignorou os créditos utilizados para pagamento do ICMS-ST, reconhecendo que não os considerou, tendo em vista que entendeu de se tratarem de operações não relacionadas, o que entende não ser verdade.

Afirma que as operações canceladas geram créditos fiscais que foram corretamente aproveitados

para pagar os débitos que o lançamento imputa, de modo que os valores cobrados restam, em sua maioria pagos. Note-se, por oportuno, que os créditos foram lançados na escrituração fiscal da Impugnante, com respectiva identificação da origem do crédito.

Disse que acostou mais documentos da sua escrita fiscal que comprovam o quanto alegado. Requer a realização de diligência fiscal para comprovar, em especial os créditos fiscais não considerados pelo lançamento e das cartas de correção elaboradas.

Em relação à **infração 2**, destaca que foram aduzidos equívocos no lançamento no tocante a esta imputação e que alguns foram reconhecidos pelo auditor, o que acarretou na redução dos valores cobrados neste item. Entretanto, alguns argumentos foram refutados na informação fiscal que merecem considerações.

Verifica primeiro que a informação fiscal sustenta que os REDAEs, que modificaram apenas os códigos de pagamentos anteriormente realizados, não poderiam ser considerados no lançamento e que o autuado deveria pleitear a repetição do indébito no caso destes pagamentos indevidos.

Aduz que se trata de uma sugestão de ordem meramente burocrática. Afirma que não houve pagamento equivocado pela Impugnante, mas apenas um erro material quando do preenchimento dos DAEs, sendo que os recursos foram colocados nos cofres estaduais, mas o foram com códigos errados.

Registra que o erro material prejudicou apenas a Impugnante e não o Estado, que já tinha os recursos disponíveis nas suas contas. A sugestão da informação fiscal não deve ser acatada, posto que se trata de burocracia exagerada. Afirma que comprovou que fora mero erro material de preenchimento de código e adotou o procedimento para retificar o erro, não tendo cabimento, nem lógico e nem jurídico, ignorar a retificação realizada.

Declara que outro aspecto relevante ignorado pela informação diz respeito ao fato de que algumas notas dizem respeito à fabricação do leite, e não a aquisição para revenda. Nestes casos, sustenta que não caberia qualquer cobrança de ICMS antecipação, de modo que tais notas devem ser excluídas do lançamento.

Quanto à questão dos brindes, a informação fiscal menciona que não houve comprovação das alegações, mas a Impugnante está acostando agora nota fiscal que comprova as alegações defensivas, de modo que tais cobranças devem ser afastadas.

Requer que os autos sejam baixados em diligência.

No que se refere à **infração 3**, verifica que a informação fiscal repete o argumento relativo ao brinde, de modo que servem os mesmos argumentos colocados no tópico anterior.

Observa que na informação fiscal é declarado que a Impugnante tinha razão quando apontou que algumas notas foram consideradas na competência errada, de modo que as operações foram realocadas. Entretanto, disse que a fiscalização não considerou os pagamentos da respectiva competência, o que, em verdade, apenas alterou o mês da cobrança, mas as manteve.

Afirma que não tem cabimento esse procedimento, pois deve considerar os pagamentos da respectiva competência, para apurar que inexistente débito. Informa a defesa que um exemplo deve expor melhor a situação.

Reporta que na fl. 468 dos autos, a informação fiscal informa que “(...) o débito originalmente lançado em outubro de 2013 foi reduzido de R\$7.644,26 para R\$2.125,00 e no mês de novembro de 2013, que não havia débito passou para um débito de R\$5.246,57. Ou seja, a maioria dos débitos não deixou de existir, mas passou de um mês para o outro ao qual o mesmo corretamente se referia”, mas foi ignorado que em novembro de 2013 houve o pagamento daquele débito, o qual já havia sido contabilizado e recolhido. Para comprovar isto, a defesa está apresentando o comprovante de pagamento de novembro de 2013 e a escrituração da respectiva nota. O mesmo ocorreu em outros meses, a exemplo do ocorrido em outubro/2013.

Assim, sustenta que as informações prestadas pelo autuante não devem ser acolhidas, de modo que a infração não se sustenta. Roga pela realização de diligência fiscal para comprovar o quanto alegado.

Para a **infração 4**, disse que a informação fiscal recusou a declaração defensiva de que também houve equívocos de CFOP na emissão de notas fiscais, de modo que as observações já realizadas na infração 1 devem ser consideradas para afastar tais conclusões, sendo que a carta de correção em papel somente foi proibida a partir de julho de 2012.

Argui que as informações estavam corretamente lançadas (com o CFOP correto) na escrita fiscal. A empresa corrigia os equívocos e efetivava o registro da maneira correta (CFOP 5401 e 6101).

Lembra ainda, que existe um argumento de ordem lógica em favor da Impugnante. Ela não adquire de terceiros o café torrado e moído, pois ela realiza os procedimentos de industrialização em seu estabelecimento. Os únicos cafés que não são industrializados pela Impugnante são o cappuccino e o solúvel. Todos os outros tipos de café vendidos pela impugnante passam por um processo de industrialização (moagem, torrefação, empacotamento etc.).

Assim, requer a realização de diligência fiscal para comprovar o quanto asseverado, em especial com o cotejamento das informações constantes do demonstrativo e aquelas presentes na Escrita Fiscal da Impugnante.

Aborda quanto à **infração 5**, que a informação praticamente atesta a veracidade dos argumentos defensivos. Verifica que a informação reconhece e defende que a autuação deva ser embasada apenas nos dados constantes das Notas Fiscais Eletrônicas relacionadas e sustenta que a escrita deve refletir todos os documentos emitidos. No entanto, diz que a autuação ignorou a escrita fiscal, considerando apenas as notas fiscais.

Afirma ser justamente o contrário que defende a informação fiscal. Em que pese as notas tenham sido emitidas com dados equivocados, as informações estavam corretas na escrita fiscal.

Chama atenção que a autuação não pode ignorar o pagamento de um imposto que não fora destacado na nota, mas que fora registrado na escrita fiscal. Poderia haver a multa por descumprimento de obrigação acessória, mas não se pode ignorar o pagamento do imposto.

Exemplifica que a apuração do lançamento parece haver deixado de observar o campo das informações complementares, a qual é extremamente valiosa para a solução de diversas infrações imputadas no lançamento.

Afirma que segundo a autuação, a Impugnante realizou operações tributáveis, como não tributáveis, mas tal imputação não corresponde à realidade. A autuação descreve diversos produtos que, em que pese a nota fiscal não discrimine o tributo a recolher, foram corretamente lançados na escrita fiscal. A exemplo disso, o produto “ACHOCOLATADO MANATELI POTE 400G” constante da competência de 05/2012, fl. 07 do Demonstrativo “4”. As notas fiscais mencionadas no demonstrativo realmente não destacam o ICMS, mas o lançamento registrado no sistema corrigiu o equívoco, como comprova o relatório já anexado nos autos, quando da Impugnação. A informação fiscal nada contestou acerca disso, reservando-se a sustentar que a nota fiscal não foi corrigida.

Roga, mais uma vez, pela realização de uma diligência fiscal para cotejar os dados levantados pelo lançamento com aqueles constantes da escrita fiscal da Impugnante, visando demonstrar: “a) que os tributos não destacados nas notas fiscais de operações tributáveis foram devidamente registrados no sistema fiscal e contábil, de modo que foram devidamente recolhidos; b) que as remessas simbólicas estão respaldadas por documentos idôneos e com o registro nas notas fiscais pertinentes, no campo das “Informações Complementares”; c) que o material de uso e consumo já estava com a fase de tributação encerrada, quando entrou no estabelecimento da Impugnante, de modo que não cabe qualquer exigência de ICMS sobre estas operações”. Requer o cancelamento da exigência.

Pertinente à **infração 6**, verifica que a informação fiscal afirma que são necessários mais documentos para que sejam comprovadas a internação, mas não indica onde a legislação exige tais documentos. A Impugnante acostou os documentos necessários para informar que as mercadorias foram vendidas para a Zona Franca de Manaus, de modo que a notificação parece desconsiderar a boa-fé do contribuinte e pressupõe que a mercadoria não adentrou na Zona beneficiada, sem qualquer prova para tanto.

Pontua que a presunção da infração é de que há má-fé, de modo que a infração não procede. Pugna pelo cancelamento dessa exigência.

Nos argumentos defensivos expostas para a **infração 7**, pontua que a informação fiscal também não acrescenta muito neste ponto. A Impugnante reconhece que realmente houve falha da sua contabilidade, ao emitir as notas fiscais mencionadas, contudo, contesta a conclusão do lançamento. Como bem menciona o regulamento de ICMS em seu art. 50, inciso II, alínea b (Decreto nº 6.284/97) e o art. 15, inciso I, alínea “b” da Lei nº 7.014/96, aplica-se a alíquota interna. Disse, todavia, por se tratar de café, o lançamento deveria aplicar a redução da base de cálculo prevista no Regulamento de ICMS. Fazendo-o desta forma, perceber-se-á que a Impugnante recolheu tributo a mais que o devido.

Quanto à **infração 9**, a defesa observa que a notificação afirma que o leite em pó não goza da redução da base de cálculo, por não constar expressamente da legislação, o que não é verdade. Leite em pó é leite desidratado, podendo ser enquadrado como leite. Assim, o RICMS de 2012 permite a manutenção integral dos créditos relativos a estas operações, situação também prevista no art. 105, inciso XVII do RICMS de 1997. Portanto, sustenta que conforme as disposições do Regulamento do ICMS, a Impugnante faz jus à manutenção integral do crédito de ICMS relativo às operações consideradas pelo lançamento, o que torna a infração totalmente improcedente.

Quanto à **infração 10**, pontua que a autuação contesta o aproveitamento do crédito que não foi destacado no campo correto da nota de entrada e o estorna, sob o argumento de que a Impugnante não cumpriu com os procedimentos previstos no Regulamento do ICMS. Cita o art. 42, inciso VII da Lei nº 7.014. Entende que essa imputação fiscal não se sustenta.

Sustenta que em nenhum momento a informação contestou a procedência ou legitimidade do crédito fiscal utilizado pelo contribuinte. Pelo contrário, reconheceu que ele estava destacado no campo das informações complementares, mas que não houve a observância de um procedimento formal para o seu aproveitamento.

Pontua que já havia acostado duas Notas Fiscais que comprovam o destaque do ICMS no campo referente às “Informações Complementares”.

Afirma ser nítido que a imputação contesta a não observância de um procedimento formal, de uma obrigação acessória, o que não se coaduna com o estorno do crédito e a sua cobrança. Discorre que a inobservância de procedimentos formais enseja a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, e não o estorno do crédito, como quer fazer a autuação. Pugna pela improcedência da infração.

Em relação à **infração 11**, assevera que a informação fiscal afirma aqui que o crédito do ativo fixo somente poderia ser utilizado em 48 meses e que por isso a glosa é correta. Mas o crédito somente foi aproveitado depois destes 48 meses, o que torna a argumentação da informação inócua.

Observa, ainda, que caso o contribuinte utilizasse o crédito na forma proposta pela informação fiscal, ele prescreveria durante o aproveitamento. Sustenta que a ilação da informação fiscal não tem respaldo e deve ser afastada. Lembra que também foi acostado o protocolo de informação de aproveitamento do crédito extemporâneo, o que comprova a absoluta boa-fé da Impugnante. Sustenta a defesa que a infração deve ser afastada, portanto.

Nas arguições da **infração 12**, visualiza que a informação fiscal aponta nesta imputação apenas questões de supostas irregularidades na utilização do crédito pela Impugnante, bem como de que

não havia a justificativa da origem dos créditos, o que gerou a glosa, sendo ela contraditória, pois a origem do crédito sempre esteve na escrita fiscal da Impugnante, mas ela não foi verificada pela fiscalização. Posteriormente, quando a impugnante demonstra a origem do crédito, a informação fiscal justifica que não houve o cumprimento das formalidades necessárias.

Afirma que se trata de excesso de formalidade, o que não pode obstar o gozo do direito ao crédito. Uma suposta falta de formalidade não pode suprimir o direito do contribuinte, de modo que requer a realização de diligência fiscal para comprovar a legitimidade e origem dos créditos fiscais.

Para a **infração 13**, assevera que muitos dos problemas relacionados a esta infração já foram apontados no bojo desta manifestação, no tópico referente à infração 2, em especial a questão do aproveitamento dos REDAEs apresentados na impugnação, sendo que nos fatos geradores de Maio/2011; Novembro/2011 e Novembro/2012, a Impugnante efetivou os recolhimentos dos tributos pelo código errado (1145) e não pelo código 2175. Trata-se de mero erro material, cuja retificação já foi providenciada, inexistindo qualquer prejuízo para o erário em decorrência disso.

No tocante à diferença encontrada em Outubro de 2012, explica que a mesma se dá porque nos levantamentos fiscais foram indevidamente registradas notas em competências diferentes. A impugnante somente registrava a entrada quando do efetivo recebimento do produto, principalmente nos casos em que o produto vinha de outro Estado da Federação e ingressava no estabelecimento dias depois. Pugna pela realização de diligência fiscal para comprovar o alegado.

Ao abordar a **infração 22**, afirma que as declarações contidas na informação fiscal corroboram os argumentos da Impugnação, pois primeiro, reconhece que a presente multa é por falta de apresentação de arquivos magnéticos, mesmo fato que fora multado pela infração 23 (falta de apresentação dos arquivos magnéticos), o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Destaca que se o fato que originou as infrações é o mesmo, deve-se cancelar uma das imposições de multa, tendo em vista que o ordenamento não permite a cumulação de penalidades de mesma natureza para uma mesma conduta, fato este já reconhecido pelos tribunais judiciais pátrios. Cita jurisprudência do STJ (STJ - RESP: 844882 RJ 2006/0090069-3, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 21/09/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/10/2010).

Afirma ser claro que as multas ora tratadas possuem a mesma natureza, de modo que as imputações devem ser canceladas.

Por fim, na **infração 23**, diz que valem as mesmas considerações da infração anterior. Percebe-se, segundo a defesa, a partir de uma simples leitura da descrição da multa aplicada, que se trata da mesma conduta anteriormente imputada, não sendo admitida a cumulação de multas da mesma natureza.

Lembra que, como se tratam de multas sobre um mesmo fato, deve ser mantida aquela que é menos gravosa para o contribuinte, conforme as prescrições do art. 112 do CTN. Ademais, diz que a informação fiscal não rebate os argumentos da Impugnante no tocante à exiguidade do prazo.

Na descrição dos fatos, pontua que o lançamento converte a suposta falta de apresentação de justificativa, em 5 (cinco) dias úteis, pela apresentação do arquivo magnético com a falta de registros obrigatórios, mencionando que foi realizada uma intimação e que ela foi acompanhada de uma Lista de Diagnóstico. Em outras palavras, observa que a autuação verificou que os arquivos magnéticos do contribuinte não estavam corretos e apresentou uma intimação, acompanhada de uma Lista de Diagnóstico, para que os arquivos magnéticos fossem retificados, concedendo um prazo de 5 (cinco) dias. Cita o dispositivo 261 do RICMS, que no seu § 4º, estabelece prazo de 30 dias. Nessa senda, sustenta que a intimação realizada é completamente nula, posto que concedeu prazo inferior aquele previsto na legislação.

Anexa, novamente, o Acórdão CJF nº 0446-13/13, da Relatoria da Conselheira Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva, que conclui exatamente no sentido ora defendido. Reproduz o trecho pertinente.

Explica que a solicitação de “justificativa” mencionada pela autuação sequer tem respaldo normativo. Se o arquivo foi apresentado com inconsistência, o regulamento prevê prazo para que seja retificado, conforme mencionado pela própria autuação. Afirma que tal fato é inegável.

Por oportuno, menciona que a própria autuação menciona que os arquivos magnéticos foram sim entregues, o que afasta a caracterização da infração.

Roga, portanto, pela nulidade da imposição da penalidade, tendo em vista que a intimação realizada não possui qualquer respaldo legal.

Conclui, a Manifestação Defensiva, reiterando todos os argumentos da inicial. Requerer novamente a realização de diligência fiscal no sentido de comprovar a veracidade das suas alegações. Pugna pelo acolhimento da sua defesa para cancelar a maioria esmagadora das imputações fiscais.

NOVA INFORMAÇÃO FISCAL - Na nova informação fiscal, fls. 627/660, o autuante rebate as arguições defensivas replicando a sua peça fiscal.

De início, rejeita à contestação de decadência, através dos mesmos argumentos de que o estabelecimento foi intimado em 14/10/2014 e a constituição do direito ao crédito ocorreu em 16/12/2014, sendo assim, manteve todos os débitos referentes aos períodos anteriores a 30/11/2009. Reproduz o art. 365 do RICMS.

#### NAS RAZÕES DE MÉRITO DA MANIFESTAÇÃO

Sobre a **infração 01 - 07.02.02**, repete os mesmos argumentos.

Sobre a alegação da autuada de que não deveria ter sido cobrado o débito referente às notas fiscais, cujas cópias foram anexadas nesta nova manifestação, nºs 1551, 1631, 1632, 1633, 1669, 1689, 1690, 1537, 1538, 1539, 1541, 1544, 1545, 1546 e 1549, informou que estas notas fiscais sequer foram incluídas nos demonstrativos referentes a esta infração em razão das mesmas terem sido emitidas com os CFOP's de operação interestadual - 6102/6104/6403. A comprovação de que estas notas fiscais não fazem parte desta infração pode ser confirmada observando-se que as mesmas não integram o DEMONSTRATIVO IA - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - SAÍDAS. Mantém essa imputação fiscal.

Na **infração 02 - 07.15.01**, repisa os mesmos argumentos.

Quanto à alegação disposta na nova manifestação, de que algumas notas dizem respeito à fabricação do leite e não à aquisição para revenda e que, nestes casos, não caberia cobrança de ICMS Antecipação solicitando a exclusão destas notas, afirmou que a autuada não fundamenta a sua contestação informando qual são esses produtos e quais são as respectivas Notas Fiscais que entende não ser devido o ICMS Antecipação e onde está essa previsão no regulamento do ICMS. Mantém a redução de valor da exigência fiscal já consignada na informação fiscal anterior, de R\$31.861,00 para R\$18.366,92.

Quanto à **infração 03 - 07.15.02**, repete as razões já Informação anterior. Quanto à afirmação da autuada na nova manifestação, de que após análise da primeira defesa apresentada realizou-se o refazimento do demonstrativo de débito, com a realocação algumas notas fiscais para o mês da sua efetiva entrada, sem, contudo, ter sido considerado os respectivos pagamentos na respectiva competência; chamou o autuante a atenção para se observar o DEMONSTRATIVO 2 ANTECIPAÇÃO PARCIAL o DEMONSTRATIVO 2.1 PAGAMENTOS E CRÉDITOS RELATIVOS À ANTECIPAÇÃO PARCIAL e o DEMONSTRATIVO 2.3 - ANTECIPAÇÃO PARCIAL, onde se verifica que todos os recolhimentos que constam no Sistema de Arrecadação com código da receita 2175 - ICMS - ANTECIPACAO PARCIAL foram considerados na apuração do débito referente a esta infração ou seja, foi apurado qual seria o valor do ICMS devido referente à Antecipação Parcial, depois abateu-se o valor comprovadamente recolhido, restando o valor não recolhido/recolhido a menor o que está sendo cobrado nesta infração.

Quanto à alegação da autuada de que o autuante ignorou que em novembro/2013 houve

pagamento, comprovante no valor de R\$6.292,51 complementando que isso ocorreu em outros meses e anexando também comprovantes de recolhimento referente a outubro/2013 no valor de R\$5.845,15: afirma o autuante que a autuada não analisou com cuidado que esses valores bem como todos os demais recolhimentos com código da receita 2175 - ICMS - ANTECIPACAO PARCIAL, relacionados no DEMONSTRATIVO 2.1 - PAGAMENTOS E CRÉDITOS RELATIVOS À ANTECIPAÇÃO PARCIAL, foram integralmente considerados na apuração do débito, conforme consta no DEMONSTRATIVO 2 - ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Portanto, estaria comprovado que não tem qualquer fundamento a alegação da autuada de que esta infração não se sustenta.

Manteve o entendimento manifestado na primeira Informação Fiscal prestada em 24/02/2015 quando elaborou novos demonstrativos referentes à infração 03 tendo o débito total desta imputação fiscal sido reduzido de R\$49.317,27 para R\$48.239,82.

Em relação à **infração 04 - 03.02.06**, rechaça as argumentações defensivas. Na nova manifestação a autuada apenas declara que as informações estavam corretamente lançadas (com o CFOP correto) na escrita fiscal sem, contudo, apresentar levantamento relacionando e demonstrando quais seriam essas notas fiscais e as respectivas Cartas de Correção correspondentes.

Disse que os débitos desta infração se referem apenas a Notas Fiscais Eletrônicas e a autuada não comprova que emitiu e transmitiu a Carta de Correção Eletrônica - CC-e que seria o documento hábil para sanar os eventuais erros cometidos quando da emissão das NFe referentes à informação do CFOP. Mantém o débito apurado nesta infração.

No que diz respeito à **infração 05 - 02.01.03**, mantém as mesmas razões expostas na primeira Informação Fiscal. Na nova manifestação defensiva a autuada apenas repete os argumentos apresentados na primeira Defesa. Manteve a autuação neste item, sem alterações.

Com relação à **infração 06 - 14.01.03**, informa que o que está sendo cobrado nesta infração não é a falta de emissão de nota fiscal na venda de mercadorias destinadas à ZFM e sim a falta de comprovação do internamento por parte da SUFRAMA das respectivas mercadorias. A autuação não considera que houve má fé do contribuinte e sim que não foi comprovado o cumprimento de todos os requisitos previstos para a concessão do benefício da isenção conforme determina a legislação.

Repisa que a impugnante apenas comprova que transmitiu os dados referentes às notas fiscais com destino à ZFM sem comprovar, através da DI - Declaração de Ingresso, que as mercadorias constantes nestas notas fiscais foram internadas. Mantém integralmente o débito desta infração.

Na infração **07 - 03.02.07**, na nova manifestação a defesa apenas repete os argumentos apresentados na primeira Defesa. Mantém a autuação.

Na infração **08 - 03.02.02** a impugnante não apresenta qualquer contestação.

Com relação à **infração 09 - 01.05.03**, a defesa pontua que a autuação afirma que o "LEITE EM PÓ" não goza de redução de base de cálculo por não constar expressamente na legislação. Declara a autoridade fiscal que em nenhum momento a autuação faz essa afirmação. Muito pelo contrário, afirma que essa infração está relacionada, justamente, a saídas de mercadorias com redução de base de cálculo, sem o correspondente estorno do crédito fiscal de ICMS relativo às entradas, estorno este que deveria ser proporcional à redução de base de cálculo em razão da falta de previsão legal de manutenção integral do crédito conforme explicado acima. Manteve a autuação.

Na infração **10 - 01.02.39**, repisa a argumentação anterior.

Quanto à **infração 11 - 01.02.73**, além reforçar os mesmos argumentos anteriores, o autuante verifica que a autuada anexa ainda o comprovante de Protocolo nº 503407/2010-4 do SIPRO de 14/07/2010 informando que o mesmo se refere a Crédito Extemporâneo. Comenta que este pedido foi protocolado após o prazo previsto para utilização do crédito fiscal e que o simples protocolo não significa concordância, por parte da SEFAZ, que o procedimento está correto. Mantém a exigência contida neste item do Auto de Infração.

Quanto à **infração 12 - 01.02.42**, são apresentados os mesmos argumentos, razão pela qual o autuante reitera a informação fiscal anterior.

Na **infração 13 - 01.02.74**, da mesma forma, são repetidos os mesmos argumentos na manifestação defensiva, mantendo as razões já expostas na anterior informação fiscal, pela manutenção da autuação.

Quanto às infrações nºs **14 - 01.02.02**, **15 - 01.02.01**, **16 - 06.02.01** e **19 - 03.01.01** a impugnante reconhece a procedência das mesmas informando ainda que irá providenciar o seu pagamento.

Sobre as infrações nºs **17 - 01.05.13**, **18 - 01.02.42**, **20 - 16.05.11** e **21 - 16.05.18**, observa que são as mesmas razões, mantendo as exigências fiscais.

Com relação à **infração 22 - 16.12.20**, a defesa, na nova manifestação, apenas repete os mesmos argumentos. O autuante mantém integralmente o débito desta infração, o mesmo ocorrendo em relação à **infração 23 - 16.12.15**.

Finaliza o autuante a nova peça informativa, pedindo pela manutenção das exigências fiscais, conforme o resultado da informação fiscal já apresentada anteriormente, com a ressalva de Procedência Parcial das infrações 2 e 3.

DILIGÊNCIA A ASTEC - Na fl. 666, a 5ª JJF novamente converte os autos em diligência à ASTEC no sentido de identificar as infrações que são afetadas por carta de correção e retificações de DAEs, determinação a adoção dos seguintes procedimentos:

*1 – verifique se existem exigências tributárias, no presente auto de infração, relativas a períodos anteriores a 1º de julho de 2012, que foram alvo de carta de correção em papel, apresentada pelo impugnante e não acolhida pelo autuante;*

*2 – caso positivo, relacione cada caso, acolha a correção e retifique o demonstrativo de débito da infração, caso o não acolhimento dessas correções, pelo autuante, seja a única razão para afastar as arguições defensivas, bem como as correções sejam legalmente possíveis;*

*3 - intime o impugnante a apresentar as Retificações dos DAEs, protocoladas após o presente auto de infração, não acolhidas pelo autuante, vinculadas às notas fiscais, alvo de exigência tributária, bem como a decisão da SEFAZ acolhendo as requeridas retificações;*

*4 – verifique se as retificações dos DAEs, comprovadas no item 03 anterior, alteram a exigência tributária, a ele relacionada, e elabore os ajustes necessários no demonstrativo da infração, com as devidas explicações quanto à alteração implementada.*

*O autuado deve ser cientificado do aludido pedido e do respectivo resultado da diligência, bem como da última informação fiscal prestada pelo autuante, assim como deverá ser informado ao mesmo da reabertura do prazo de defesa por 60 (sessenta) dias, para, querendo, se manifestar nos autos.*

*Havendo manifestação do autuado, deve ser dada ciência ao autuante para que elabore nova informação fiscal, com base nos novos resultados e abrangendo todos os aspectos da manifestação defensiva, com fundamentação, considerando o disposto no art. 127, § 6º do RPAF/99.*

Na conclusão da diligência, fls. 670 a 673, o diligente da ASTEC cumpre o solicitado, onde informa que identificou as infrações conforme a solicitação da diligência, após intimar o autuado a informar quais das infrações que foram afetadas pelas Cartas de Correção e Retificações de DAEs, realizadas pela empresa, documento anexo, fls. 683 a 685 (infrações 1, 2, 3 e 13).

Afirma que foi verificado que existem exigências tributárias nos autos relativas a períodos anteriores a 1º de julho de 2012, que foram alvo de carta de correção apresentada pelo autuado e não acolhida pelo autuante.

Disse que foram acolhidas as correções apresentadas e retificado o demonstrativo de débito da infração 02, conforme fls. 674 a 682, abrangendo os períodos de 04/2011, 11/2011 e 10/2012. Complementa dizendo que o contribuinte foi intimado a apresentar as Retificações dos DAEs, protocoladas após o presente Auto de Infração, não acolhidas pelo fiscal, vinculadas as notas fiscais, alvo da exigência tributária, bem como a decisão da SEFAZ acolhendo as requeridas retificações, sendo atendida a intimação, conforme documentos apresentados pelo autuado e



anexo às fls. 687 a 697.

Adiciona que foi constatado que as retificações dos DAES, comprovadas no item 03 anterior, alteraram a exigência relacionada, sendo elaborado os ajustes necessários, apenas no demonstrativo da infração 02.

Conclui constatando as exigências objeto desta diligência (01, 02, 03 e 13), só foi acolhida para a infração 02, a que correspondiam as cartas de correção. Colaciona o demonstrativo da infração 02, sendo que o valor remanescente ficou reduzido para 13.516,78, conforme fl. 672. Consta nas fls. 674 a 701 os papéis de trabalho da diligência, sendo intimados, de tal ato, autuante, e, contribuinte, este último, através do AR (fls. 699, 700 a 701, respectivamente).

Em nova manifestação do contribuinte, fls. 703 a 705, este destaca que a diligência se equivocou ao restringir os reflexos das Cartas de Correção e das Retificações dos DAES (REDAES) apenas à Infração 02.

Explica que está umbilicalmente atrelada às infrações 01, 04 e 13, as quais possuem fundamentações lógicas e jurídicas muito próximas. Apenas a título ilustrativo, a base de cálculo das infrações 02 e 13 é nominalmente idêntica, de modo que uma lógica não pode ser aplicada para uma delas, sem que haja reflexo para as outras imputações. Se foi comprovado que houve o recolhimento do ICMS antecipação cobrado na infração 02, a utilização indevida de crédito de antecipação imputada na infração 13 deixa de existir. Trata-se de uma decorrência lógica e inexorável.

Requer que as conclusões da diligência sejam estendidas às demais infrações relacionadas, Infrações 01, 04 e 13.

Quanto ao mérito, a Diligência Fiscal quantificou a infração 02, atendendo ao quanto determinado por essa I. Junta de Julgamento, considerando as Cartas de Correção apresentadas em papel, bem como as retificações de DAES (REDAES) apresentados em momento posterior ao lançamento, documentos estes que haviam sido rejeitados pela autoridade autuante.

Salienta que, quando da apresentação da Informação Fiscal, o auditor já havia reconhecido a procedência parcial de alguns argumentos da Impugnação (fls. 488 e 490), acolhendo algumas Cartas de Retificação e REDAES, mas rejeitando outros. De qualquer modo, a conclusão da Informação Fiscal era reduzir parcialmente a infração 02, zerando apenas a parcela de débito referente ao fato gerador de 30/04/2013.

Assinala que a Diligência Fiscal objeto da presente Manifestação sequer analisou os documentos que já haviam sido acolhidos pela autoridade autuante, posto que tal trabalho seria inócuo. No entanto, a Diligência Fiscal não poderia ignorar as conclusões já expressas pela autoridade autuante no tocante à redução do débito, posto que se trata de parte incontroversa.

A Diligência Fiscal manteve incólume o cálculo de um único fato gerador, referente ao período de 30/04/2013, o qual já havia sido zerado pela própria autoridade autuante (fls. 488 e 490 dos autos), conforme mencionado alhures, fato este, que segundo a defesa, não tem qualquer cabimento.

Esclarece que para se chegar à conclusão correta no tocante à infração 02, deve-se somar as conclusões expressas na presente Diligência Fiscal objeto desta Manifestação (que reduziu os valores dos débitos atinentes aos fatos geradores de 30/04/2011; 30/11/2011; e 31/10/2012), com aquelas registradas na Informação Fiscal apresentada pela autoridade autuante, em especial às fls. 488 e 490 (que suprimiu o débito relativo ao fato gerador de 30/04/2013).

Roga pela extensão das conclusões da presente diligência para as infrações 01, 04 e 13, bem como requer a consideração das conclusões da Informação Fiscal (fls. 488 e 490) para excluir o crédito relacionado ao fato gerador de 30/04/2013.

Em 01/10/18, em despacho exarado à fl. 714, o presente PAF foi redistribuído para este Relator em razão da aposentadoria do anterior, Julgador Ângelo Mário de Araújo Pitombo.

NOVA DILIGÊNCIA - Novamente a 5ª JJF, através do atual Relator, converte os autos em diligência à ASTEC, à fl. 714-A, no sentido de completar a diligência anterior, formulando os seguintes quesitos:

**Quesito 01** – O PAF deve retornar à ASTEC/CONSEF para que seja avaliada a repercussão das Cartas de Retificação (Correção) e das Retificações de DAES (RDAES) nas infrações 01, 04 e 13. Verificar se as alterações de valor na infração 02 implicam em redução também na infração 13.

**Quesito 02** – Revisar a quantificação da infração 02 e explicar porque foi mantida a cifra de R\$ 13.439,88 para a ocorrência de 30/04/2013.

**Cumprida a diligência deverá o órgão de preparo do CONSEF dar ciência à empresa autuada e ao autuante do inteiro teor desta peça processual, assegurado prazo comum de 10 (dez) dias para as manifestações, conforme determina o art. 149-A, do RPAF/99.**

*Em seguida o PAF deverá retornar ao CONSEF visando o julgamento da impugnação interposta pelo sujeito passivo.*

Na conclusão da diligência, que resultou no Parecer ASTEC nº 031/2019, apensado às fls. 716 a 718, o mesmo diligente passa a expor o que segue:

**Quesito 1** – Foram verificadas as Cartas de Retificação (Correção) e das Retificações de DAES (RDAES) apresentadas pelo autuado, constatando que os documentos de fls. 688 a 697 tem repercussão direta com a infração 13, sendo feitas as devidas alterações, conforme demonstrativo de fl. 737. Afirma que em relação às infrações 01 e 04, nada a alterar.

**Quesito 2** – Após a revisão ora procedida, foram excluídas do demonstrativo de fls. 674/682 verso, as notas fiscais nº 5569, 9224, 9225, 9226 e 9227, tendo em vista que as mesmas são da referência maio /2013. Informa que também foi considerado o crédito de R\$9.252,72 que foi recolhido em 27/05/2013 com a referência 05/2013, quando na realidade deveria constar 04/2013. Foi protocolado pedido de retificação de DAE antes da ação fiscal, protocolado no SIPRO sob nº 167696/2014-3 alegando erro no preenchimento do mesmo.

Afirmou, na sequência, ter elaborado novos demonstrativos conforme fls. 719 a 736.

Conclui dizendo que o valor remanescente da infração 2 ficou reduzido para R\$76,90 e que a infração 13 também fora reduzido para R\$1.195,55, sendo que ambas, estão em conformidade com demonstrativos de débitos à fl. 718.

Consta nas fls. 719 a 737 os papéis de trabalho do diligente, juntamente com a intimação do autuado e do autuante às fls. 738 a 741.

Não houve manifestações das partes após a última diligência.

## VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 23 (vinte e três) imputações fiscais, conforme foi detalhadamente exposto no relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Inicialmente, cabe destacar que as infrações **14, 15, 16 e 19** foram reconhecidas pelo contribuinte. Já as infrações **08, 17, 18, 20 e 21** não foram contestadas pela defesa, limitando-se o contribuinte a afirmar que estaria buscando maiores informações junto à sua contabilidade para verificar a efetiva ocorrência dessas imputações.

**PRELIMINAR DE DECADÊNCIA** – O contribuinte suscita a decadência em relação a todos os fatos geradores anteriores a 30 de novembro de 2009. O Auto de Infração em lide foi lavrado em 16/12/2014, com ciência ao contribuinte, através de intimação pessoal, em 18/12/2014. A maior das infrações relacionadas a descumprimento de obrigação principal, ou seja, de falta de pagamento de tributo, objeto do pedido de extinção parcial dos créditos lançados estão relacionadas às situações de recolhimento a menor do ICMS ou de falta de recolhimento do imposto em operações que foram objeto de lançamento na escrita fiscal, inclusive nas descrições envolvendo creditamento indevido ou falta de estorno de crédito. São elas: Infração 01, Infração 03, infração

04, Infração 05, Infração 09, Infração 10, Infração 12, Infração 17, Infração 18, Infração 19, contendo as seguintes imputações:

**INFRAÇÃO 01** - Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

**INFRAÇÃO 03** - Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização.

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

**INFRAÇÃO 05** - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (...).

**INFRAÇÃO 09** - Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução (...).

**INFRAÇÃO 10** - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento (s) fiscal (is) (...).

**INFRAÇÃO 12** - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito (...).

**INFRAÇÃO 17** - Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e que posteriormente foram objeto de quebra anormal (...).

**INFRAÇÃO 18** - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito (...).

**INFRAÇÃO 19** - Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto (...).

Já em relação às infrações por descumprimento de obrigações acessórias, que estão contempladas neste preliminar de decadência as seguintes imputações: Infração 20, Infração 21, Infração 22, com as seguintes descrições:

**INFRAÇÃO 20** - Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), conforme DEMONSTRATIVO 18 - DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS E OMISSÃO DE DADOS NAS DMA'S - VALORES DE ENTRADAS, SAÍDAS, CRÉDITO E DÉBITO DIVERGENTES LRAICMS X DMA (...)

**INFRAÇÃO 21** - Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), conforme DEMONSTRATIVO 18 - DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS E OMISSÃO DE DADOS NAS DMA'S - VALORES DE ENTRADAS, SAÍDAS, CRÉDITO E DÉBITO DIVERGENTES LRAICMS X DMA. Omissões de dados nas DMA's (DMA's zeradas).

**INFRAÇÃO 22** - Pela falta de entrega de arquivo eletrônico nos prazos previstos na legislação, ou pela sua entrega sem o nível de detalhe exigido pela Legislação, conforme. Aplicação da multa pela entrega de arquivos magnéticos sem a inclusão de todos os tipos de registros, a qual foi precedida de intimação para, no prazo de cinco dias úteis, o contribuinte apresentar justificativas pela falta de apresentação dos registros obrigatórios (o que não foi feito) conforme Termo de Intimação para apresentação de informações em meio magnético e Lista Diagnóstico em anexo as quais foram devidamente entregues ao contribuinte. A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento sujeito à penalidade prevista na alínea "J", do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 (...).

Em relação as infrações relacionadas ao descumprimento de obrigação principal acima descritas, operou-se a decadência das cobranças lançadas no exercício de 2009, até o mês de novembro daquele ano (30/11/09), isto porque, o Auto de Infração foi lavrado em 16/12/2014, com ciência ao contribuinte em 18/12/2014. Nestas imputações conta-se o início do prazo decadencial a partir da ocorrência dos respectivos fatos geradores, seguindo a sistemática prevista no art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional).

Conforme o Incidente de Uniformização da Procuradoria Geral do Estado da Bahia (PGE) nº 2016.194710-0, seguindo a linha consolidada no STF, através da Súmula Vinculante nº 08, decadência e prescrição são matérias reservadas a disciplinamento por lei complementar federal. A LC de tributos no Brasil é o CTN. De acordo com essa norma geral o prazo referente à obrigação principal deve ser contado a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), quando o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o valor do imposto devido, mas efetuar o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Conta-se, por sua vez, o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fulcro no art. 173, I do CTN, quando: a) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas não efetuar o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omitir a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, efetuar o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verificar que o valor recolhido foi menor do que o efetivamente devido, em decorrência de dolo, fraude ou simulação, situações não comprovadas nos presentes autos.

Tais raciocínios somente se aplicam às infrações por descumprimento de obrigação principal, não havendo que se falar no art. 150, § 4º do CTN quando a obrigação é acessória, já que o indigitado dispositivo legal complementar faz expressa referência à homologação do lançamento. Nas situações de aplicação de multas por descumprimento de obrigações acessórias não existe ato de pagamento do contribuinte a ser homologado, o que atrai a incidência do art. 173, I do CTN, devendo as multas serem cobradas através de lançamento a ser efetuado de ofício.

Portanto, operou a decadência em relação às exigências fiscais de ICMS anteriores a novembro de 2009. No tocante às multas por descumprimento de obrigações acessórias, dispunha o Estado, na forma do art. 173, I, de prazo para o lançamento até 31/12/14. Considerando que o A.I. foi objeto de ciência ao contribuinte em 18/12/14, momento em que se completou todo o ciclo de formação do ato administrativo de lançamento, rejeito o pedido defensivo de decretação da decadência para as infrações 21, 22 e 23.

Cabe nesta etapa, apreciar o pedido defensivo para a realização de novas diligências neste processo administrativo fiscal. Cumpre inicialmente observar que o presente PAF foi, nesta Relatoria e na anterior, submetido a duas diligências sucessivas perante a ASTEC (Assessoria Técnica do CONSEF), ocasião em que foram revistos os procedimentos fiscais adotados pelo contribuinte, especialmente aqueles relativos à emissão de cartas de correção e retificações de códigos de pagamentos através de DAEs, questões que serão devidamente apreciadas nas razões de mérito das infrações que tenham relação com as mesmas. Quanto às demais questões de fato suscitadas na peça defensiva entendemos que as informações e provas trazidas ao processo pelas partes são suficientes para a solução da lide e serão devidamente apreciadas no momento oportuno. Indefiro, portanto, a remessa dos autos visando a realização de novas diligências neste PAF.

Passemos doravante ao exame propriamente de mérito das infrações que foram objeto da impugnação.

Na **Infração 01**, no cálculo da substituição tributária, objeto da cobrança, foi aplicada a redução de base de cálculo do ICMS nas operações com o produto café, em relação às saídas internas desse produto, na forma torrada ou moída, quando declarado pelo contribuinte, nas respectivas

notas fiscais o correspondente CFOP's (**venda interna de produção do estabelecimento**). Aplicada a redução de BC de 58,825%, de forma que a carga tributária incidente correspondeu a um percentual efetivo de 7% (sete por cento).

No levantamento fiscal não foi considerado no referido benefício as saídas internas de café com origem em aquisição de terceiros, CFOP 5102 - *Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros*, e CFOP 5403 - *Venda de mercadoria, adquirida ou recebida de terceiros, sujeita ao regime de substituição tributária*, pois a legislação baiana não prevê a redução de base de cálculo em relação ao café produzido por outros industriais localizados em outras unidades da Federação, ainda que por encomenda do contribuinte. Portanto, como nestas operações foi constatado que o produto café foi adquirido de terceiros ou mesmo industrializados por terceiros, e não produzido pelo estabelecimento autuado, a alíquota de 17% foi corretamente aplicada na autuação, resultado nas diferenças autuadas.

Nesse sentido dispõe os RICMS de 1997 e 2012, Decretos nº 6.284/97 e nº 13.780/12, respectivamente, nos seguintes dispositivos, com grifos em destaque:

Art. 87. É reduzida a base de cálculo:

(...)

XIV - das operações internas com café torrado ou moído, realizadas por estabelecimento industrial situado neste Estado, **desde que por ele produzido**, calculando-se a redução em 58,825% (cinquenta e oito inteiros e oitocentos e vinte e cinco milésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 7% (sete por cento).

Art. 266. É reduzida a base de cálculo, podendo ser mantido integralmente o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações:

(...)

XVI - das operações internas com café torrado ou moído, realizadas por estabelecimento industrial situado neste Estado, **desde que por ele produzido**, de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 7% (sete por cento);

Importante ainda pontuar que as alegações defensivas de que houve erro na emissão de notas fiscais, com a indicação incorreta dos CFOPs, para fins de caracterização de venda de café de produção própria não se revelou comprovada nas diligências realizadas pela ASTEC, que resultaram no Parecer nº 08/2018 (fls. 670/673) e no Parecer nº 031/2019, visto que nessa revisão não foi processada nenhuma alteração na Infração 01, ora em exame.

Por fim, alegação da autuada de que não deveria ter sido cobrado o débito referente às notas fiscais, cujas cópias foram anexadas na última manifestação defensiva, NFs nºs 1551, 1631, 1632, 1633, 1669, 1689, 1690, 1537, 1538, 1539, 1541, 1544, 1545, 1546 e 1549, também não procede, visto que estes documentos sequer compuseram os demonstrativos referentes à esta infração.

Isto posto, na **infração 01** ficam excluídas apenas as ocorrências dos meses de setembro, outubro e novembro de 2009, cujos débitos estão extintos pela decadência.

**Infração 02** – contempla a acusação de falta de “*recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização*”.

O próprio autuante, na fase de informação fiscal, verificou que são procedentes as alegações da autuada de que existem nos demonstrativos que compõem esse item, valores de ICMS lançados a maior que os constantes nas notas fiscais. O demonstrativo foi refeito e todos os valores, lançados a mais na avaliação do autuante foram corrigidos, reduzindo-se o débito de R\$31.861,00 para R\$18.366,92.

Este item foi também objeto de revisão pela ASTEC no tocante à repercussão das cartas de correção das notas fiscais e das Retificações de DAES (RDAES), em virtude de preenchimento equivocado de códigos de recolhimento, nos meses de abr/2011, nov/2011 e out/2012, os quais, ao invés de terem sido recolhidos com o código de receita 2175 - ICMS - ANTECIPACAO PARCIAL, foram recolhidos equivocadamente com o código de receita 1145 - ICMS ANTECIPAÇÃO

TRIBUTÁRIA.

Informou a ASTEC, no Parecer 31/2019, após revisão da escrita fiscal do sujeito passivo, que as retificações e correções operadas pelo contribuinte devem ser consideradas, reduzindo o débito para a cifra de R\$76,90, conforme detalhado no Demonstrativo de Débito abaixo, reproduzido à fl. 718 dos autos:

INFRAÇÃO 2

Data Ocorr.	Data Venc.	Valor Autuado	Valor Excluído	Valor Remanescente
30/04/2011	25/05/2011	R\$ 1.221,47	R\$ 1.219,57	R\$ 1,90
30/11/2011	25/12/2011	R\$ 1.338,24	R\$ 1.336,94	R\$ 1,30
31/10/2012	25/11/2012	R\$ 15.861,41	R\$ 15.787,71	R\$ 73,70
30/04/2013	25/05/2013	R\$ 13.439,88	R\$ 13.439,88	R\$ 0,00
<b>TOTAL</b>				R\$ 76,90

Todavia, não restou provada a alegação da autuada de que no demonstrativo do débito constam notas fiscais pertinentes a materiais promocionais, a exemplo da “COLHER LÍDER” constante na NFe nº 3847, de aquisição em 19/04/2013, ao declarar se tratar de produto não destinado a revenda e sim produto para distribuição (brinde), sobre o qual não caberia ser exigido o recolhimento da antecipação parcial, visto que não foram apresentados documentos fiscais que revelem esta destinação.

**Infração 02**, mantida em parte, no valor detalhado no Demonstrativo de Débito acima, no importe principal de R\$76,90.

**Infração 03** – Imputa-se ao contribuinte recolhimento a menor o ICMS antecipação parcial, pelas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas à comercialização. Da mesma forma que na infração 02, não restou provada a alegação da autuada de existência de produtos adquiridos para distribuição de brindes, sobre o qual não caberia ser exigido o recolhimento da antecipação parcial, visto que não foram apresentados documentos fiscais que revelassem esta destinação. No entanto, na fase de informação fiscal, com a confirmação do autuante, houve remanejamento dos valores autuados nos meses de dezembro de 2009, outubro e novembro de 2013, em razão das notas fiscais de entrada terem sido emitidas no mês anterior, porém ingressarem no estabelecimento autuado no período mensal seguinte. O débito do mês de outubro/2013, foi reduzido de R\$7.644,26 para R\$2.125,00, e valor a ser exigido no mês de novembro/2013, passou a apresentar a cifra de R\$5.246,57. Em decorrência, o total desta infração foi reduzido pelo autuante de R\$49.317,27 para R\$49.044,58. Deve ser excluída da cobrança também os valores exigidos no mês de novembro de 2009 (R\$1.567,96), visto que sobre eles operou-se a decadência. A Infração 03 fica mantida em parte, reduzida para a cifra principal de R\$47.476,62.

**Infração 04** – Acusa-se o contribuinte de recolhimento a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Esta exigência tem relação direta com a infração 01 porque diz respeito ao ICMS normal das operações de saída de café não fabricado pelo autuado, cuja saída se deu com o benefício da redução da base de cálculo do imposto.

Conforme já pontuado no exame da Infração 01, a legislação do ICMS do Estado da Bahia prevê o benefício da redução de base de cálculo nas operações internas de café torrado e moído, realizadas por estabelecimento industrial situado neste Estado, desde que o mesmo seja **por ele produzido**. Nesta infração estão relacionadas notas fiscais de café com CFOP 5102 - *Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros*, CFOP 5104 - *Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, efetuada fora do estabelecimento*; e, CFOP 5403 - *Venda de mercadoria, adquirida ou recebida de terceiros, sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte-substituto*. Refere-se, portanto, a operações com café onde a própria autuada declarou nas notas fiscais que este café **não foi produzido** por seu estabelecimento e sim, adquirido ou recebido de terceiros concluindo-se, então, que estas operações não são beneficiadas com a redução de base de cálculo.

No tocante a alegação defensiva de que as notas fiscais de saídas foram emitidas com o CFOP incorreto, (5102, 5104 e 5403), sendo depois objeto de retificações através de cartas de correção para fins comprovar que as vendas de café se referiam à produção própria, cabe frisar novamente, em conformidade com o que já foi analisado na infração 01, que essa afirmação da defesa não se revelou comprovada nas diligências realizadas pela ASTEC, que resultaram no Parecer nº 08/2018 (fls. 670/673) e no Parecer nº 031/2019, visto que nessa revisão não foi processada nenhuma alteração na Infração 04.

Isto posto, na **infração 04**, fica excluída apenas a ocorrência do mês de setembro de 2009, cujo débito se encontra extinto pela decadência.

**Infração 05** - *Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.* A exigência fiscal em lide está fundamentada nas informações extraídas das notas fiscais do contribuinte, que acobertaram saídas de produtos tributados sem a devido destaque do ICMS. O contribuinte afirmou na etapa de defesa que apesar das notas fiscais terem sido emitidas com alguns equívocos, sanadas com a emissão das cartas de correção, procedeu ao pagamento correto do imposto apurado na sua escrita fiscal. Pediu diligência para comprovar as suas alegações. Trata-se de questão cujo ônus da prova é do contribuinte, visto que a escrita fiscal constitui acervo documental produzido pelo sujeito passivo e as informações ali existentes, ainda que de forma amostral ou na sua totalidade, devem ser trazidas ao processo. Pedido de diligência negado, neste caso específico. Nas situações exemplificadas na peça de defesa restou demonstrado que na saída do produto “Achocolatado Manateli pote 400g”, através da NFe nº 8550, a operação deveria ter sido tributada, mas o documento foi emitido sem destaque de ICMS.

Também não procede os argumentos defensivos de inclusão indevida no levantamento fiscal das NFs referentes aos produtos “filme alumínio, filme polipropileno, potes para cappuccino e PEBD”, em razão dessas operações referirem-se a remessas simbólicas realizadas para industrialização, as quais estariam amparadas pela suspensão da incidência do ICMS. A Nota Fiscal nº 126 emitida pela autuada apresenta o CFOP 6.949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado. Caso esta operação se referisse a uma remessa para industrialização a nota fiscal deveria ter sido emitida corretamente com o CFOP 6.901 - Remessa para industrialização por encomenda ou com o CFOP 6924 - Remessa para industrialização por conta e ordem do adquirente da mercadoria, quando esta não transitar pelo estabelecimento do adquirente. É de se ressaltar mais uma vez, que no período fiscalizado a impugnante, por diversas vezes, afirma que emitiu notas fiscais com CFOP incorreto para as operações, não corrigindo essas divergências de acordo com o previsto na legislação e conforme já explicado anteriormente. Foram relacionadas, no demonstrativo desta infração, diversas notas fiscais de vendas, conforme CFOPs utilizados (5101, 5102, 5104, 5401, 6101, 6104, etc) cujos produtos são café torrado, mingau de milho, achocolatado, farinha láctea cujas operações são tributadas, sendo devida a cobrança em razão das mesmas terem saído, indevidamente, sem tributação. Sequer foram apresentadas provas de que essas operações foram lançadas na sua escrita com débito do imposto e levadas a apuração na conta corrente fiscal.

A **infração 05** fica mantida em parte, após a exclusão das ocorrências dos meses de setembro, outubro e novembro de 2009, cujos débitos se encontram extintos pela decadência.

**Infração 06** - *Deixou de recolher o ICMS devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto sem a comprovação do internamento na SUFRAMA.*

Na fase de defesa o contribuinte apresentou tão somente o Protocolo de Controle de Ingresso de mercadoria Nacional (PIN) referente às notas constantes no demonstrativo desta infração. O referido protocolo se refere apenas ao comprovante de transmissão dos dados documentais. Para que o contribuinte pudesse usufruir efetivamente do benefício da isenção nas remessas para a ZFM, deveria comprovar o efetivo ingresso das mercadorias naquela zona, através da juntada da

Declaração de Ingresso (DI), ou outro documento equivalente, a exemplo de NF ou conhecimento de transporte com atestasse a circulação e entrada da mercadoria nacional na região incentivada.

A título de exemplo, para obtenção da Declaração de Ingresso, cujos dados foram transmitidos através do PIN, seria necessário a apresentação dos documentos fiscais e das mercadorias à SUFRAMA para vistoria.

A empresa autuada comprovou essa internação na ZFM, e tão somente, transmitiu os dados referentes às notas fiscais com destino à ZFM sem atestar, através da DI - Declaração de Ingresso ou outro documento, que as mercadorias foram internadas naquela área incentivada.

Fica mantido integralmente o débito apurado nesta infração.

Na **infração 7** – Recolhimento a menor ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da federação, utilizando alíquota interestadual. O próprio contribuinte, em Manifestação defensiva nos autos, reconhece que houve falha da sua contabilidade, ao emitir as notas fiscais que compõem essa infração. Sustenta que essas operações de venda de café, o lançamento deveria aplicar a redução da base de cálculo prevista no Regulamento de ICMS, inexistindo débito de ICMS nessa ocorrência.

Todavia, em conformidade com a legislação vigente, já mencionada neste voto, a redução de base de cálculo do produto café só se aplica às operações internas, e restrita ao produto fabricado pelo contribuinte, de forma que as operações interestaduais, ainda que realizadas para destinatários não contribuintes do ICMS, não estão amparadas pelo benefício. Portanto, sobre essas operações incide a alíquota cheia de 17%, na forma prevista na Lei do ICMS, nº 7.014/96 - Art. 15.

O débito referente a esta infração deve ser mantido integralmente.

**Infração 09** - *Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução.* A defesa discorreu que o lançamento nessa parte exige o estorno de parte do crédito fiscal utilizado pelo contribuinte, tendo em vista que saída posterior do produto final “LEITE EM PÓ” ter sido realizada com redução de base de cálculo, resultando na carga tributária de 7%. Sustenta que o RICMS de 2012 permite a manutenção integral dos créditos relativos a estas operações, no seu art. 266, inciso XIX e no art. 105, inciso XVII, do RICMS de 1997 – normas que transcreveu na inicial defensiva, razão pela qual postula que essa infração seja declarada totalmente improcedente.

A possibilidade de manutenção integral do crédito fiscal em relação às aquisições de mercadorias e insumos, bem como aos serviços tomados, se referem a outros derivados de leite, a exemplo de coalhadas, iogurtes, manteiga, creme de leite, entre outros, não fazendo referência a norma, em nenhum momento, ao produto “LEITE EM PÓ”. Portanto, a autuada deveria ter feito o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias e insumos relacionadas ao produto final “LEITE EM PÓ”, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução.

Nesta infração ficam também mantidos os valores dos débitos apurados na ação fiscal, com exclusão dos meses de setembro e novembro de 2009, extintos pela decadência.

**Infração 10** – *Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento (s) fiscal (is).* Neste item as notas fiscais de aquisições de insumos - ONU 1075 GAS(ES) DE PETROLEO, LIQUEFEITO(S), 2.1, GPL/GLP GRANEL, se refere a mercadorias que já foram objeto de antecipação ou substituição tributária, em cujos documentos não há destaque do valor do ICMS no campo próprio da nota fiscal. A informação do valor do ICMS aparece apenas no campo “Dados Adicionais - Informações Complementares” dos respectivos documentos Fiscais. Deixou a autuada de proceder, conforme determina a legislação, para poder se apropriar do crédito de ICMS nas aquisições destes insumos empregados na sua atividade, pois o aproveitamento do crédito fiscal pelo destinatário de mercadoria que já tenha sido objeto de antecipação ou substituição tributária se dará mediante a adoção de um dos procedimentos



previstos no art. 359, § 1º e § 2º no RICMS/BA, Decreto nº 6.284/97, e Artigo 292, § 1º e § 2º do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/2012. Em razão do documento de aquisição interna não apresentar o destaque do ICMS (ou apresentar esse destaque apenas no campo de informações complementares). Cabe destacar também que essas aquisições se referem a insumos utilizados na produção de mercadorias cujas saídas se deram com redução de base de cálculo. Caso a autuada tivesse realizado os procedimentos previstos na legislação para poder utilizar esses créditos teria ainda que fazê-lo considerando o estorno de crédito no valor correspondente a parte proporcional da redução da base imponível do ICMS, procedimento que não foi adotado pelo contribuinte, resultando em apropriação de crédito a maior que o permitido.

Mantida a exigência fiscal, com a exclusão dos valores lançados nos meses de julho, outubro e novembro de 2009, atingidos pela decadência.

**Infração 11** – Escrituração de crédito fiscal fora do período em que se verificou a entrada da mercadoria ou a aquisição de sua propriedade. As operações autuadas envolvem a aquisição de ativo fixo realizada em 2005, cujo crédito fiscal deveria ter sido apropriado em parcelas mensais (48 meses), cuja utilização se deu no exercício de 2010. Anexada planilha com notas fiscais de aquisições onde é declarado serem entradas para o ativo permanente do estabelecimento realizadas de junho/2005 a novembro/2005. Nesta planilha, o valor total do crédito referente a essas notas fiscais totaliza R\$127.920,13 e o estabelecimento autuado utilizou, indevidamente, esse crédito fiscal duas vezes, sendo R\$67.870,27 em abril/2010 e R\$60.049,86 em julho/2010. Ainda que fosse possível utilizar esse crédito, a autuada só poderia se creditar mês a mês do valor de 1/48, proporcional às saídas tributadas do período e não do valor total de uma só vez. O direito a essa apropriação, portanto, sucumbiu, operando sobre ele a decadência pela inércia do sujeito passivo.

Mantida a exigência fiscal contida na **Infração 11** sem alteração de valores.

**Infração 12** – *Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.* Nesta infração o estabelecimento utilizou crédito fiscal de ICMS no livro Registro de Apuração do ICMS (outros créditos e estorno de débito) sem comprovar ou informar a sua origem ou a que se refere.

Para cada ponto contestado pela impugnante o autuante apresentou as justificativas por ter incluído o débito nesta infração.

Sobre o débito cobrado no valor de R\$3.574,40 da ocorrência 07/2010 a autuada informa referir-se à utilização extemporânea de crédito no valor de R\$1.916,12 da Nota Fiscal nº 24.435, R\$144,84 da Nota Fiscal nº 442.927 e o valor de R\$1.513,44 referente à Nota Fiscal nº 2.694 de transferência de saldo devedor de ICMS.

Quanto à utilização extemporânea de crédito no valor de R\$1.916,12 da Nota Fiscal nº 24.435 informou o contribuinte que a mesma se refere à aquisição de insumos - ONU 1075 GAS(ES) DE PETROLEO, LIQUEFEITO(S), 2.1, GPL/GLP GRANEL, que é mercadoria que já foi objeto de antecipação ou substituição tributária, e este documento fiscal não possui destaque do valor do ICMS visto que, considera-se destaque a informação do valor do ICMS no campo próprio “valor do ICMS” da nota fiscal. A informação do valor do ICMS aparece apenas no campo “Dados Adicionais - Informações Complementares” do respectivo documento Fiscal. Afirma que a autuada não comprova que emitiu a nota fiscal de recuperação de crédito, conforme determina a legislação, para poder se apropriar do crédito de ICMS nas aquisições destes insumos empregados na sua atividade, pois o aproveitamento do crédito fiscal pelo destinatário de mercadoria que já tenha sido objeto de antecipação ou substituição tributária se dará mediante a adoção de um dos procedimentos previstos no art. 359, § 1º e § 2º no RICMS/BA, Decreto nº 6.284/97, conforme já mencionamos na análise da defesa referente à infração 10.

Quanto à utilização extemporânea de crédito no valor de R\$144,84 da Nota Fiscal nº 442.927, informa que o estabelecimento não comprovou que fez a comunicação escrita à repartição fiscal conforme determina o Artigo 101, § 1º, Inciso I do RICMS/BA Decreto 6.284/97.

Lembra que como essas Notas Fiscais de nºs 24.435 e 442.927, se referem a aquisições de insumos a serem utilizados na produção de mercadorias que tem direito à redução de base de cálculo, e caso a autuada tivesse realizado os procedimentos previstos na legislação para poder utilizar esses créditos teria ainda que fazer os estornos no valor correspondente a parte proporcional desta redução.

Quanto ao valor de R\$1.513,44 referente à Nota Fiscal nº 2.694, emitida em 31/08/2010, relativa à transferência de saldo devedor de ICMS, a autuada não informou, no livro Registro de Apuração, a que se referia esse crédito conforme determina o Artigo 114-A, § 2º, Inciso I, alínea “b” do RICMS/BA, Decreto nº 6.284/97.

Observa, ainda, que existe incompatibilidade entre a data de emissão dessa Nota Fiscal nº 2.694 e o período de escrituração da mesma.

Sobre o débito cobrado no valor de R\$10.267,32 da ocorrência 01/2011 a autuada informa que se trata de recolhimento à maior do ICMS regime normal indústria referente ao mês de dez/2010.

Destaca que o autuado não informou, no livro Registro de Apuração do ICMS, a que se referia o valor do estorno de débito lançado e também não comprova que emitiu o documento fiscal referente a esse estorno de débito conforme prevê o Artigo 113 do RICMS/BA, Decreto nº 6.284/97 - reproduz.

Sobre o débito cobrado no valor de R\$2.581,99 da ocorrência 01/2010, a autuada informa se referir à utilização extemporânea de crédito no valor de R\$1.401,17, da Nota Fiscal nº 18.243, R\$801,77 da Nota Fiscal nº 1.306 e R\$379,05 referente à Nota Fiscal nº 422.902. Manifesta o mesmo entendimento expressado anteriormente, ou seja, o estabelecimento não comprova que fez a comunicação escrita à repartição fiscal, conforme determina o Artigo 101, § 1º, Inciso I do RICMS/BA, Decreto nº 6.284/97.

Informa que a Nota Fiscal nº 18.243 não apresenta destaque de ICMS e a autuada não comprova que emitiu a nota fiscal de recuperação de crédito, conforme determina a legislação, para poder se apropriar do crédito de ICMS nas aquisições destes insumos empregados na sua atividade, pois o aproveitamento do crédito fiscal pelo destinatário de mercadoria que já tenha sido objeto de antecipação ou substituição tributária se dará mediante a adoção de um dos procedimentos previstos no art. 359, § 1º e § 2º no RICMS/BA, Decreto nº 6.284/97 conforme já mencionado anteriormente.

Lembra, ainda, que como essas Notas Fiscais nºs 18.243, 1.306 e 422.902 se referem a aquisições de insumos a serem utilizados na produção de mercadorias que tem direito à redução de base de cálculo, caso a autuada tivesse realizado os procedimentos previstos na legislação para poder utilizar esses créditos teria ainda que fazer o estorno de crédito no valor correspondente a parte proporcional desta redução.

Sobre o débito cobrado no valor de R\$488,05 da ocorrência 04/2010 informa que este valor foi lançado, no LRAICMS do mês de abr/2010, como crédito extemporâneo da Nota Fiscal nº 10259 sem apresentação do documento fiscal correspondente. Afirma que o autuado não apresentou, na sua defesa, este documento fiscal para fins de comprovar a origem do crédito.

Quanto aos lançamentos relativos aos meses 02/2011, 04/2011 e 09/2011, referentes a transferência de crédito, através de notas fiscais emitidas pela filial (CNPJ 15.880.529/0003-86). Essas notas fiscais são:

- Nota Fiscal nº 7.186 emitida em 18/03/2011 referente a transferência de saldo devedor do ICMS no valor de R\$22.074,46;
- Nota Fiscal nº 7.918 emitida em 10/05/2011 referente a transferência de saldo devedor do ICMS no valor de R\$12.008,33;
- Nota Fiscal nº 10.328 emitida em 11/10/2011 referente a transferência de saldo devedor do ICMS no valor de R\$6.105,47.

Observa que nos DANFEs anexados pela autuada, às fls. 384, 390 e 396, esses documentos se referem à transferência de saldo devedor do ICMS da filial CNPJ 15.880.529/0003-86 para o estabelecimento da autuada conforme CFOP 5905 - Transferência de saldo devedor do ICMS de outro estabelecimento da mesma empresa. Portanto, a autuada jamais poderia escriturar um documento de **transferência de débito** e utilizar esse valor como **crédito**.

Todos os débitos desta infração foram lançados em razão da autuada utilizar valores, no livro Registro de Apuração do ICMS no campo (outros créditos e estorno de débito), sem comprovar ou informar a sua origem ou a que se refere ou mesmo haver incompatibilidade legal nessa transferência. Por diversas vezes, o autuante entrou em contato com a contabilidade da empresa para que fossem apresentadas justificativas que comprovassem a utilização desses valores e a que os mesmos se referiam, tendo sido enviados comprovações referentes a apenas dois meses os quais não foram incluídos nesta infração.

Fica mantida a exigência fiscal contida na **infração 12**, com a exclusão tão somente das ocorrências dos meses de julho, setembro e novembro de 2009, atingidos pela decadência.

**Infração 13** – Utilização a maior crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior. Lançamento no Livro Registro de Apuração do ICMS como OUTROS CRÉDITOS - ANTECIPAÇÃO PARCIAL, crédito fiscal em valor superior ao efetivamente recolhido a título de Antecipação Parcial e lançamento também crédito de Antecipação Parcial em meses em que não existem recolhimentos referentes a esta receita.

Esta infração foi revisada pela ASTEC, Parecer 31/2019, fls. 716/718, restando comprovado que o contribuinte procedeu à retificação dos códigos de recolhimento (REDAEs), conforme documentos juntados na impugnação, sendo que nos fatos geradores de Maio/2011; dezembro/2011 e Novembro/2012, a Impugnante efetivou os recolhimentos dos tributos pelo código errado (1145) e não pelo código 2175. Trata-se de mero erro material, cuja retificação foi providenciada, inexistindo qualquer prejuízo para o erário em decorrência disso. Remanesceu apenas a cobrança do valor de R\$1.195,55, relativa à competência de Outubro de 2012, sem a devida comprovação do pagamento do ICMS antecipação parcial para fins de legitimar o lançamento do crédito, conforme Demonstrativo abaixo reproduzido:

INFRAÇÃO 13

Data Ocorr.	Data Vencto.	Valor Autuado	Excluído	Valor Total
31/10/2012	31/10/2012	1.195,55	0,00	1.195,55
<b>TOTAL</b>				<b>1.195,55</b>

No tocante às infrações reconhecidas ou não contestadas pelo contribuinte, que estão contidas nos itens **08, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 e 21**, devem ser excluídas da autuação as seguintes ocorrências, cujos débitos estão extintos pela decadência:

**Infração 17**, data de ocorrência: 30/11/2009, valor R\$554,87;

**Infração 18**, data de ocorrência: 30/11/2009, valor R\$554,87;

**Infração 19**, a totalidade das cobranças, relativas aos meses de maio e agosto de 2009, no valor total de R\$56,43.

Resta ainda para exame, as **infrações 22 e 23**, relacionadas ao descumprimento de obrigações acessórias. A infração 22 pela falta de entrega dos arquivos magnéticos com a inclusão de todos os registros exigidos, após intimação com a concessão de prazo de 5 (cinco) dias úteis – fatos geradores de fevereiro/2009 a janeiro de 2013, sendo a aplicada a multa de fixa de R\$1.380,00, por período mensal, totalizando essa ocorrência o valor de R\$66.240,00.

Na infração 23, foi aplicada a multa de 1% sobre o valor total das saídas ou das entradas, o que for maior, em razão do contribuinte não ter apresentado justificativas no tocante a omissão dos registros obrigatórios nos arquivos magnéticos, exigidos na legislação. Nessa infração foi consignada a data de ocorrência em 29/10/2014, base de cálculo da multa: R\$106.504.604,00,

totalizando a penalidade a quantia de R\$1.065.046,04.

Multas foram enquadradas no art. 42, inc. XIII-A, alínea “j” da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07.

Consta nos autos Termo de Intimação, datado de 21/10/14, dirigida ao contribuinte para a apresentação, em cinco (05) dias úteis, os registros indicados para cada período mensal (fls. 39/41). O contribuinte procedeu ao envio dos arquivos, via Internet, para a SEFAZ-Ba, nas datas de 23 e 24 de outubro de 2014, com diversos registros zerados, entre eles 54, 74, e 75, todos solicitados na intimação específica, estando os mesmos vinculados à especificação dos produtos/mercadorias, inventário e respectivos códigos.

Portanto, caracterizada a infração 22, no valor de R\$1.380,00, por cada período mensal, visto que o contribuinte só apresentou os arquivos magnéticos após ser intimado pelo fisco, no curso da ação fiscal, permanecendo omissa na entrega dessas informações à SEFAZ-Ba nos meses respectivos, nas datas de vencimento fixadas na norma regulamentar, descumprindo as disposições contidas no art. 259 do RICMS/12, art. 708 do RICMS/97 e Convênio ICMS 57/95.

No que se refere à multa lançada no item 23 do Auto de Infração, de 1% sobre o valor das saídas ou entradas, o que for maior a cada mês, prevê a lei do ICMS, no art. 42, inc. XIII-A, letra “j”, que a mesma será aplicada cumulativamente com a multa de R\$1.380,00 pelo não atendimento de intimação subsequente para a apresentação do respectivo arquivo. Estabelece ainda a Instrução Normativa 55, de 22/10/14, em orientação à fiscalização sobre procedimentos na aplicação das multas relacionadas a arquivos eletrônicos previstas na Lei nº 7.014/96. No **item 2**, está previsto que a multa de 1% deve ser aplicada, de forma cumulativa, quando o contribuinte deixar de entregar o arquivo eletrônico ou entregá-lo em desconformidade com a legislação, não atendendo a intimação subsequente para a apresentação do mesmo ou atender sem a inclusão de todos os tipos de registros a que estava obrigado.

Restou configurado o cometimento desta última infração, conforme já sinalizado linhas acima, visto que foi lavrado Termo de Intimação geral para apresentação de livros e documentos em 14/10/2014 com a posterior arrecadação desses documentos na mesma data (fls. 37/38). A subsequente intimação para a entrega dos arquivos magnéticos com os registros faltantes (54, 74 e 75) foi formalizada em 21/10/2014 e o A.I. foi somente lavrado 16/12/2014. Portanto, tempo mais que suficiente para que o contribuinte pudesse corrigir os arquivos o que não feito, extrapolando em muito o prazo legal de 5 (cinco) dias úteis.

Conforme estabelece a legislação por nós já mencionada o contribuinte que deixar de entregar o arquivo eletrônico ou entregá-lo em desconformidade com a legislação, não atendendo a intimação subsequente para a apresentação do mesmo ou atender sem a inclusão de todos os tipos de registros a que estava obrigado se submete a aplicação da penalidade lançada neste Auto de Infração.

Considerando o acima exposto nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que passa a apresentar a configuração descrita no Demonstrativo abaixo:

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADOR	MULTA
01	PROCEDENTE EMPARTE	129.811,76	114.216,49	60%
02	PROCEDENTE EM PARTE	31.861,00	76,90	60%
03	PROCEDENTE EM PARTE	49.317,27	47.746,62	60%
04	PROCEDENTE EM PARTE	143.326,93	141.198,87	60%
05	PROCEDENTE EM PARTE	128.688,29	107.058,87	60%
06	PROCEDENTE	21.472,16	21.472,16	60%
07	PROCEDENTE	7.523,20	7.523,20	60%
08	PROCEDENTE	3.938,79	3.938,79	60%
09	PROCEDENTE EM PARTE	147.577,20	134.969,70	60%
10	PROCEDENTE EM PARTE	20.414,21	13.028,37	60%
11	PROCEDENTE	127.920,13	127.920,13	60%
12	PROCEDENTE EM PARTE	144.718,21	69.369,02	60%

13	PROCEDENTE EM PARTE	19.539,77	1.195,55	60%
14	RECONHECE	1.069,21	1.069,21	60%
15	RECONHECE	400,93	400,93	60%
16	RECONHECE	463,66	463,66	60%
17	NÃO IMPUGNOU	3.163,96	2.609,09	60%
18	NÃO IMPUGNOU	3.163,96	2.609,09	60%
19	IMPROCEDENTE	56,43	0,00	60%
20	NÃO IMPUGNOU	5.460,00	5.460,00	-----
21	NÃO IMPUGNOU	280,00	280,00	-----
22	PROCEDENTE	66.240,00	66.240,00	-----
23	PROCEDENTE	1.065.046,04	1.065.046,04	-----
<b>TOTAL</b>		<b>2.121.453,11</b>	<b>1.933.622,69</b>	

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279228.0112/14-6**, lavrado contra **SOBESA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS SANTANENSE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 796.596,65**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b”, “d”, “e” e “f” e VII, “a”, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.137.026,04**, previstas nos incisos VIII, “c” e XIII-A, “j”, do mesmo diploma legal citado, alterada pelas Leis nºs 8.534/02 e 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR