

**A. I. Nº** - 206863.0003/20-3  
**AUTUADO** - LUTAN DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - MAURÍCIO COSTA GOMES  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 27/08/2021

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0114-04/21-VD**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. O lançamento de crédito tributário é ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito, estipuladas nas leis e regulamentos, existem rotinas administrativas a serem observadas, visando à correção da atividade fiscalizadora. A autuação contém vício que afeta a sua eficácia, haja vista a incerteza na constituição da base de cálculo do imposto. É nulo o procedimento que não contenha elementos suficientes para determinar, com precisão a infração apontada. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/06/2020, exige ICMS, no valor de R\$839.451,38, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 - 01.02.41 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, no exercício de 2016, no valor de R\$551.386,48.

Infração 02 - 01.02.41 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, no exercício de 2017, no valor de R\$288.064,90.

O autuado através de advogado legalmente habilitado ingressa com defesa, fls. 13 a 2, e após transcrever o teor das acusações diz que inobstante a notável capacidade técnica do Autuante, o lançamento fiscal não merece prosperar, uma vez que eivado de equívocos, data máxima vênua, os quais conduzem à revisão da exigência. É o que se passa a demonstrar.

Preliminarmente pede a nulidade por cerceamento de defesa, vez que o enquadramento legal e descrição dos fatos não determina de forma específica a infração, pois a Autoridade Autuante alega que a Impugnante teria utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, enquadrando a suposta infração nos art. 29 e 31 da Lei nº 7.014/96 C/C art. 309, § 7 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Ocorre que a descrição da infração e seu enquadramento legal são absolutamente genéricos e inexatos, motivo pelo qual o Auto de Infração deve ser declarado nulo.

Transcreve o disposto do Art. 39 e 18 do RPAF e assevera que o Auto de Infração em epígrafe não indicou com precisão a infração cometida e os dispositivos legais que fundamentam a autuação são completamente genéricos.

Informa que o Auditor acusa a Impugnante de que teria utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais. Ocorre que ao analisar os demonstrativos que lastrearam a exação é possível verificar que na maior parte das operações a Autoridade Fiscal considerou alíquota "0%". Nesse turno, conclui-se que em verdade o enquadramento da infração deveria se dar pela utilização indevida de crédito em decorrência de operações desprovidas de crédito, e não em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais.

Acrescenta que não restou clara a motivação para aplicação de alíquota diversa daquela utilizada pelo contribuinte, de modo que o Auto de Infração não demonstra de forma objetiva o dispositivo

legal que impõe a alíquota supostamente correta para a operação autuada. Fato é que não restou claro na Autuação o motivo da utilização indevida de crédito, uma vez que quase a totalidades das operações se referem à compra para revenda, cujas mercadorias adquiridas foram devidamente tributadas, de modo que é assegurado ao sujeito passivo o direito de se creditar do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadorias, nos moldes do art. 29, caput da Lei nº 7.014/96.

Informa ser de suma importância que o lançamento esteja enquadrado e demonstrado de forma clara para que o contribuinte possa se defender plenamente do que está sendo acusado. Se a acusação ou motivação do ato de lançamento não estiver adequado para aplicação da norma jurídica tributária, estabelecendo a relação jurídica entre Fisco e contribuinte, impede-se o pleno exercício da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa.

Assevera que sem a correta e detalhada indicação do ato irregular e a correlata capitulação da infração, a Impugnante não há como defender-se adequadamente.

Assim, confia e requer a declaração de nulidade da Infração em epígrafe, em virtude do seu direito ao contraditório e à ampla defesa ter sido tolhido, uma vez que não restaram claros os motivos do lançamento.

Observa ainda que o Auto de Infração em referência lançou de ofício ICMS decorrente da suposta utilização indevida de crédito fiscal em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais.

Inicialmente, cumpre asseverar que quase a totalidades das operações incluídas na autuação são compras para revenda, cujas mercadorias adquiridas foram devidamente tributadas anteriormente, razão que assegura à Impugnante o direito de creditar-se do imposto, com fulcro no art. 29 da Lei nº 7.014/96, cujo teor transcreve.

Ressalta que ao analisar os demonstrativos anexos à autuação é possível verificar que o Auditor apontou que as mercadorias de NCM “1806.9” e “1901” teriam alíquota zero, razão pela qual a Impugnante supostamente não faria jus ao crédito. Ocorre que a autuação enquadrou de forma genérica a utilização indevida de crédito em decorrência de destaque de imposto a maior, de modo que não restou clara a motivação do crédito indevido, repita-se, já que o imposto foi cobrado anteriormente, de modo que a Impugnante teria direito a se creditar.

Inobstante o enquadramento genérico, a Impugnante presume que o Fisco considerou que as mercadorias “achocolatados em pó”, de NCM 1806.9, e “mistura para bolo”, de NCM 1901, estavam incluídas no regime de substituição tributária na época do fato gerador, motivando a acusação de utilização indevida do crédito. Contudo, ao analisar o Anexo I do RICMS de 2016 e 2017, época do fato gerador, é possível observar que o legislador excetuou expressamente as mercadorias achocolatados e mistura para bolo do regime de substituição tributária, conforme disposto no Anexo I do RICMS que copiou.

Assevera que o simples cotejamento da NCM não é suficiente para enquadrar o produto no regime de antecipação tributária, sendo necessário analisar se existe previsão da mercadoria na norma, além aferir sua finalidade.

Nesse diapasão, em que pese constar as NCM’s “1806.9” e “1901” no Anexo I do RICMS, na época do fato gerador o próprio Anexo I excluiu as mercadorias “achocolatado em pó” e “massa para bolo”, pelo que tais produtos não estavam enquadrados no regime de substituição tributária na época do fato gerador.

Repete que ao analisar somente a codificação não é suficiente para enquadrar em regime específico, sendo necessário verificar se o produto está previsto de forma expressa, ou se foi excluído, como ocorreu com as mercadorias “achocolatado em pó” e “massa para bolo”. Destarte, tendo em vista que houve cobrança de ICMS na entrada das mercadorias de NCM “1806.9” e “1901”, é assegurado à Impugnante o direito de creditar-se do referido imposto, nos termos do dispositivo legal supratranscrito, uma vez que tais mercadorias não estavam sujeitas ao regime de

substituição tributária, já que excetuadas pelo legislador.

Destarte, o crédito utilizado pela ora Impugnante na aquisição das mercadorias NCM “1806.9” e “1901” foi plenamente cabível, tendo em vista que a mercadoria em tela não se enquadrava no regime de antecipação tributária, pelo que requer a realização de uma revisão fiscal para confirmar a exclusão de tais itens.

Acrescenta que foi incluído na autuação diversas operações de CFOP “1102” (compra para revenda), apontando como crédito utilizado indevidamente o valor integral do imposto destacado na nota de entrada, contudo, a Impugnante firmou acordo atacadista com o Estado da Bahia, conforme cópia do acordo na mídia anexa, de modo que o crédito máximo permitido nas operações de CFOP “1102” (compra para revenda) corresponde à 10% da operação.

Ressalta que o valor que passou do percentual permitido foi estornado na apuração mensal, que se encontra devidamente escriturada. Nessa senda, o montante do crédito apontado como utilizado indevidamente não corresponde com a realidade fática, uma vez que o crédito que foi efetivamente utilizado pela Impugnante representa apenas 10% da operação, e não o valor integral do imposto anteriormente recolhido, conforme lançado de ofício no Auto de Infração.

Para melhor elucidar o alegado, verifica-se que o roteiro fiscal considerou a utilização do montante de R\$3.683,57 referente ao crédito de ICMS, decorrente da aquisição das mercadorias incluídas na Nota Fiscal nº 26815. Contudo, o crédito realmente utilizado foi o montante de R\$2.166,80, uma vez que foi estornado o valor de R\$1.516,77, tendo em vista que o crédito recolhido na operação anterior ultrapassou em 10% o valor da operação.

Para comprovar o alegado informa estar colacionando aos autos a apuração do estorno de ICMS referente aos exercícios autuados, no qual demonstra de forma discriminada o valor realmente creditado correlato a cada nota fiscal, assim como a escrituração do estorno, conforme documentação anexada na mídia digital.

Assim, tendo em vista que o crédito lançado não foi o efetivamente utilizado de fato pela Impugnante, uma vez que não considerou o estorno realizado do montante que excedeu 10% da operação, requer a realização de uma revisão fiscal para identificar a existência dos estornos aqui mencionados.

O roteiro fiscal ainda incluiu operações com CFOP “1202” (devolução de venda) e “1949” (outras saídas), as quais, em verdade, correspondem às anulações de operações com CFOP “5102” (venda de mercadoria) e “5949” (outras saídas). Com efeito, as notas correlacionadas ao CFOP 1202 (devolução de venda) e 1949 (outras saídas) foram emitidas para anular operações cujo ICMS fora devidamente recolhido, razão que, por conta do cancelamento de tais operações, a Impugnante teve o direito ao crédito do imposto anteriormente pago.

Salienta que as notas anuladas foram devidamente identificadas nas notas que cancelou as operações, oportunidade que requer a juntada posterior dessa documentação fiscal a fim de comprovar o alegado.

Questiona se a operação cujo imposto recolhido foi anulado, não há que se falar em utilização indevida de crédito, caso contrário, haveria enriquecimento ilícito do Estado, já que irá recolher imposto de operação que não existiu.

Nesse turno, o RICMS autoriza a emissão de NF-e para anular NF-e de operação cancelada, caso não tenha ocorrido a circulação da mercadoria com destaque do imposto, desde que emitida no prazo de sessenta dias, como ocorrido: O roteiro fiscal ainda incluiu operações com CFOP “1202” (devolução de venda) e “1949” (outras saídas), as quais, em verdade, correspondem às anulações de operações com CFOP “5102” (venda de mercadoria) e “5949” (outras saídas).

Observa que o roteiro fiscal incluiu no exercício de 2016 indevidamente, data vênua, o total de R\$30.558,46, correspondente ao crédito apurado das operações de CFOP “1202” (devolução de venda), e o montante de R\$389,14, referente as operações de CFOP “1949” (outras saídas).

No que tange o exercício de 2017, observa-se a inclusão equivocada no valor de R\$22.640,36, relativo às operações de CFOP “1202” (devolução de venda), e no valor de R\$363,38, das operações de CFOP “1949” (outras saídas).

Pugna pela realização de uma revisão fiscal para a exclusão das operações CFOP “1202” (devolução de venda) e CFOP “1949” (outras saídas), uma vez que se referem a cancelamento de operações que inexistiram.

Finaliza requerendo a declaração da nulidade do Auto de Infração, por ofensa ao princípio da ampla defesa, uma vez que não restaram claros os motivos que levaram ao lançamento realizado. Pelo princípio da eventualidade, fica requerida uma **revisão fiscal**, tendo em vista que a autuação contém diversas inconsistências, d. v., conforme provas ora colacionadas.

Após a realização da revisão fiscal e da constatação dos equívocos cometidos requer a Impugnante que seja julgado IMPROCEDENTE o Auto de Infração em exame.

O autuante presta informação fiscal à fl.32 dizendo que: *“O contribuinte não enfrenta a contagem de estoque com a apresentação de notas fiscais que fariam prova da sua alegação”*.

Considerando que o pronunciamento do autuante não se relacionava com as infrações objeto de exigência do presente lançamento, na sessão suplementar realizada em 18 de dezembro de 2020 esta Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela conversão do processo em diligência para que o autuante prestasse nova Informação Fiscal abordando todas as questões trazidas pelo defendente.

Em atendimento à diligência o autuante à fl. 38 reconhece ter havido equívoco na Informação Fiscal mantém integralmente a autuação e informa que: *“Em verdade o enfrentamento das infrações do AI não foi claro ao ponto de convencer esta fiscalização de que o fato não ocorreu ou que está dentro da legislação que vigorava à época”*.

Considerando que na peça defensiva o contribuinte indicou supostos equívocos cometidos pela fiscalização, com as devidas justificativas, a saber:

1. 1.MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE NCM/SH “1806.9” e “1901” -AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ANEXO I `EPOCA DO FATO GERADOR
2. 2.VALOR CREDITADO MENOR QUE O AUTUADO.BASE DE CÁLCULO QUE CONSIDEROU 100% DA OPERAÇÃO. ACORDO ATACADISTA QUE PREVÊ BASE DE CÁLCULO CORRESPONDENTE A 10%DA OPERAÇÃO.
3. 3.ROTEIRO FISCAL QUE CONSIDEROU INDEVIDA A UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO POR ANULAÇÃO DE OPERAÇÃO.

Considerando o disposto no § 6º, do art. 127, do RPAF/BA, os membros desta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão suplementar realizada em 25 de fevereiro de 2021, decidiram pela conversão do processo em diligência para que o autuante produzisse Informação Fiscal de forma clara e precisa, na forma do determinado no dispositivo legal anteriormente mencionado, ou seja, se pronunciasse objetivamente em relação a cada uma das 3 (três) considerações de mérito, acima indicadas, constantes na peça defensiva às fls. 18 a 23.

Posteriormente, a Inspeção deveria intimar o sujeito passivo, fornecendo-lhe no ato da intimação, cópia dos novos elementos, com indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

O autuante à fl. 44 explica que o sistema de fiscalização que usou para executar os roteiros de fiscalização é um sistema que não tem vínculo dinâmico com o sistema que gera o Auto de Infração.

Diz que o procedimento adotado é: Concluída a fiscalização e levantados os valores dos créditos a serem reclamados, o auditor através do SLCT cria um novo Auto de Infração para recepcionar os créditos reclamados pelo SIAF. Através de um arquivo gerado pelo SIAF, compatível com o SLCT, a transferência dos valores é feita e o SLCT analisa automaticamente as infrações e os valores, e se assim entender divide aqueles créditos em tantos Autos de Infração a mais que se

entenda necessário.

No caso específico foi o que ocorreu, sendo que o PAF nº 206863.0002/20-7 foi o primeiro a ser criado. Devido aos valores o SLCT dividiu o valor em dois PAFs, sendo que este é o segundo.

O PAF originário já foi instruído e para tal foi necessário fazer as atualizações pertinentes dadas as alegações da autuada o Banco de Dados respectivo a OS que é comum aos dois PAFs.

Informa que para responder os questionamentos deste CONSEF voltou ao Banco de dados e ao final dos trabalhos observou que os valores reclamados foram reduzidos aos já cobrados no PAF nº 206863.0002/20-7.

Conclui que este PAF fica prejudicado no seu todo haja vista que os valores persistentes já foram reclamados no anterior o de nº 206863.0002/20-7, razão pela qual se faz necessária a improcedência total deste PAF, enfatizando que em verdade este PAF não era para ter existido.

À fl. 46 consta um despacho da Inspeção de origem encaminhado o PAF ao CONSEF, nos seguintes termos:

*“Tendo em vista que o autuante em sua Informação Fiscal às fls. 44 e 45 concluiu que na verdade o auto de infração não era para ter existido e opina pela IMPROCEDÊNCIA total do Auto de Infração nº 2068630003/20-3”.*

Registro o comparecimento à sessão virtual de julgamento realizada nesta data do representante legal do autuado, Drª Sarah Amorim Bulhões, OAB/BA nº 55.064, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

## VOTO

O presente Auto de Infração é constituído de 02 infrações, sendo que ambas se referem à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, sendo a primeira relativa ao exercício de 2016 e a segunda ao exercício de 2017.

Os fatos descritos foram enquadrados nos artigos 29 e 31 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 309, §7º do RICMS/BA.

O impugnante alega nulidade da ação fiscal, asseverando que o enquadramento legal e a descrição dos fatos não determinam de forma específica a infração, cerceando o seu direito de defesa. Informa que os documentos que lastreiam a exação, indicam que a maior parte das operações foi considerada a alíquota “0”, e no seu entender, o enquadramento deveria se dar pela utilização indevida de crédito, em decorrência de operações desprovidas de crédito, e não em decorrência de imposto a maior nos documentos fiscais.

Acrescenta, que também não restou clara a motivação para aplicação de alíquota diversa daquela utilizada pelo contribuinte, de modo que o Auto de Infração não demonstra de forma objetiva o dispositivo legal que impõe a alíquota supostamente correta para a operação autuada.

Informa ainda, que quase a totalidade das operações incluídas na autuação são compras para revenda, cujas mercadorias adquiridas foram devidamente tributadas anteriormente, razão que assegura à Impugnante o direito de creditar-se do imposto, com fulcro no art. 29 da Lei nº 7.014/96.

O autuante, por sua vez, ao prestar a Informação Fiscal informou que: *“O contribuinte não enfrenta a contagem de estoque com a apresentação de notas fiscais que fariam prova da sua alegação”.*

Considerando que o pronunciamento do autuante não se relaciona com as infrações objeto de exigência do presente lançamento, o processo foi convertido em diligência, para que o autuante prestasse nova Informação Fiscal, abordando todas as questões trazidas pelo defendente.

Ocorre que o autuante, apesar de reconhecer ter havido equívoco na Informação Fiscal, manteve integralmente a acusação asseverando que: *“Em verdade o enfrentamento das infrações do AI não*

*foi claro ao ponto de convencer esta fiscalização de que o fato não ocorreu ou que está dentro da legislação que vigorava à época”.*

O processo mais uma vez foi convertido em diligência, para que o autuante produzisse Informação fiscal de forma clara e precisa, na forma do determinado no § 6º, do art. 127 do RPAF/BA, oportunidade em que o mesmo esclareceu que a auditoria por ele realizada resultou na lavratura de dois Autos de Infração, o objeto do presente lançamento e o de número 206863.0002/20-7, sendo este o primeiro a ser lavrado.

Informa que ao analisar o banco de dados utilizado para realização dos trabalhos referentes a ambos os Autos de Infração, constatou que ao final dos trabalhos os valores ora reclamados foram reduzidos aos já exigidos no PAF nº 2068630002/20-7, e neste caso, entende que o presente lançamento deve ser improcedente.

Apesar do autuante ter opinado pela Improcedência deste Auto de Infração, por suposta duplicidade de exigência, nada foi anexado aos Autos dando suporte às suas conclusões. Sequer a cópia do referido Auto de Infração nº 2068630002/20-7, acompanhado dos respectivos papéis de trabalho.

Além disso, apesar das solicitações desta Junta de Julgamento Fiscal, não houve qualquer pronunciamento do autuante acerca da metodologia utilizada para apuração do imposto ora reclamado, sendo que o sujeito passivo apontou diversos questionamentos acompanhados das respectivas provas documentais, não enfrentados pelo autuante, gerando assim, incerteza em relação à infração cometida.

Vale registrar, que nos termos da Súmula nº 01, editada pela Câmara Superior deste CONSEF, é nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo. Há, portanto, nestes autos, um vício jurídico substancial. Não se trata de questão “meramente” formal. A questão suscitada diz respeito à estrita legalidade do lançamento tributário, pois envolve a base de cálculo do tributo, não havendo certeza quanto ao valor do imposto a ser lançado.

Diante do exposto, o Auto de Infração é nulo, consoante determina o art. 18, IV, “a” do RPAF/99.

Assim, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração **nº 206863.0003/20-3**, lavrado contra **LUTAN DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA**.

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 Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR