

**PROCESSO** - A. I. Nº 206863.0003/20-3  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - LUTAN DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4º JJF nº 0114-04/21-VD  
**ORIGEM** - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 04/04/2022

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0004-12/22-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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado (art. 169, I, “a” do RPAF/99), no qual a JJF julgou Nulo o Auto de Infração em lide, lavrado em 22/06/2020, exigindo 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.*

Após ingresso de defesa através de advogado legalmente habilitado, fls. 13 a 24. O autuante presta informação fiscal à fl. 32. Em atendimento à diligência o autuante à fl. 38 reconhece ter havido equívoco na Informação Fiscal e mantém integralmente a autuação. Concluiu que este PAF fica prejudicado 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 sob as fls. 44 a 45. A JJF proferiu o seguinte 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. ”*

Devido a desoneração ser maior de R\$200.000,00, a JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “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.

Presente na sessão de julgamento o ilustre patrono do recorrente, a advogada Dra. Sarah Amorim Bulhões OAB/BA Nº 55.064.

É o relatório.

## **VOTO**

Observa-se que a decisão da 4ª JJF (Acórdão JJF Nº 0114-04/21-VD), desonerou o sujeito passivo extinguindo o crédito tributário lançado de R\$ 1.581.523,32, em valores atualizados à data do julgamento, fls.58, fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Verifica-se que o presente auto de infração é composto de 02 infrações, pela 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, com enquadramento legal nos artigos 29 e 31 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 309, §7º do RICMS/BA.

Inicialmente, em sede de defesa, o sujeito passivo suscitou a nulidade do Auto de Infração, alegando os equívocos do auditor fiscal na apuração dos lançamentos de ofício, sob as fls 14 a 24, conforme alegações a seguir:

- 1) que o enquadramento legal e a descrição dos fatos deixou de demonstrar com clareza a metodologia que utilizara para identificar a forma específica da infração, cerceando o seu

direito de defesa;

- 2) que os documentos que embasam o lançamento em quase sua maior parte, foi considerada a alíquota “0”, que no entender do sujeito passivo o enquadramento seria pela utilização indevida de crédito ICMS;
- 3) que também não restou clara a causa para aplicação da alíquota diversa da praticada pelo recorrente, neste sentido, o auto em lide não demonstra de forma objetiva o dispositivo legal para tal autuação;
- 4) que as operações da recorrente em quase sua totalidade incluídas no lançamento são compras para revenda, sendo mercadorias devidamente tributadas anteriormente, portanto, a recorrente tem o direito de se creditar do imposto, com amparo no art. 29 da Lei nº 7014/96.

O autuante prestou a Informação Fiscal sucintamente sob às fls. 32, informando apenas 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, em sessão suplementar em 18/12/2020, a 4ª JJF converteu o processo em diligência, para que o autuante prestasse nova Informação Fiscal abordando todas as questões trazidas pelo defendente, (fls.34).

Verifica-se que o autuante, em resposta à diligência, reconheceu ter havido equívoco na Informação Fiscal, mesmo assim, manteve integralmente a acusação afirmando que: *“Em verdade o enfrentamento das infrações do Auto de Infração 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”* (fls. 38).

Em busca da verdade material, em sessão suplementar de 24/02/2021, sob as fls. 40 a JJF, mais uma vez converteu o processo 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.

O autuante apresentou a terceira informação fiscal, onde expressou:

- a) 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;
- b) 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 após conclusão, afirmou que o presente lançamento deve ser julgado improcedente (fls. 44 a 45).

Observa-se que nas diversas solicitações da JJF, não houve qualquer manifestação 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, falta de clareza e incerteza em relação às infrações em lide.

Observa-se ainda, que o autuante opinou pela Improcedência deste Auto de Infração por suposta duplicidade de exigência, entretanto, nenhuma prova documental foi anexada aos autos do processo para dar respaldo às suas conclusões.

Em consulta ao sistema da SEFAZ-BA, confirma-se a existência do Auto de Infração nº 206863/0002/20-7, de lavra do mesmo Autuante, em trâmite, datado de 19/01/2022 para IFEP COMERCIO/SUPERVISAO ATACADO, com valor histórico de R\$ 125.258,97, referente a mercadorias tributadas como não tributadas e aplicação de alíquota diversa. Existe também o Auto de Infração nº 206863.0004/20-0, trata-se de levantamento quantitativo de estoque no valor de R\$ 527.136,05, sendo que ambos os autos não têm nenhuma relação com o Auto de Infração em lide.

Do exame das peças processuais, constato a existência de vício jurídico insuperável relativo à

legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal. Esse vício torna insegura a exigência fiscal, maculando de nulidade a Autuação Fiscal, haja vista que deveria o Autuante evidenciar de forma clara e objetiva, como obteve a base de cálculo para apurar o valor do imposto lançado.

Dessa forma, com fulcro no art. 18, IV, “a” DO RPAF/99, assim como na Súmula nº 01 do CONSEF, abaixo transcrita, impõe-se a decretação de ofício, da nulidade do Auto de Infração:

*SÚMULA CONSEF Nº 01*

*ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. 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.*

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício para manter a Decisão recorrida. Recomendando que a inspetoria fiscal verificasse a possibilidade de renovação da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **206863.0003/20-3**, lavrado contra **LUTAN DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA**. Recomendando que a inspetoria fiscal verifique a possibilidade de renovação da ação fiscal, a salvo das falhas apontadas.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ANTÔNIO DIJALMA LEMOS BARRETO - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS