

**A. I. Nº** - 276473.0005/19-6  
**AUTUADO** - COMERCIAL DE ALIMENTOS TIO LEO LTDA  
**AUTUANTE** - ROSAMARIA BARREIROS FERNANEZ  
**ORIGEM** - INFAZ EXTREMO SUL  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 26/10/2022

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0182-02/22-VD**

**EMENTA:** ICMS. **1.** CRÉDITO INDEVIDO. **a)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS COM IMPOSTO PAGO POR SUBSTITUIÇÃO. Valor reduzido por acolhimento de parte de elementos de provas apresentados na Impugnação. Infração parcialmente subsistente. **b)** LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. **c)** MERCADORIAS COM SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO. Infrações não impugnadas e subsistentes. **2.** FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** OPERAÇÕES ESCRITURADAS. Infração não impugnada e subsistente. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. Valor reduzido por acolhimento de parte de elementos de provas apresentados na Impugnação. Infração parcialmente subsistente. **3.** RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** DESEMCONTRO ENTRE VALOR APURADO E O RECOLHIDO. Infração não impugnada e subsistente. **b)** APLICAÇÃO ALÍQUOTA DIVERSA DA LEGALMENTE PREVISTA. **b.1)** CFOPS 5102.5152, 5405 e 5949. Valor reduzido por acolhimento de parte de elementos de provas apresentados na Impugnação. Infração parcialmente subsistente. **b.2)** SAÍDAS VIA NFCE. **b.3)** CFOP 5927. Infrações não impugnadas e subsistentes. **b.4)** ANTECIPAÇÃO TOTAL. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. **b.5)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Valor reduzido por acolhimento de parte de elementos de provas apresentados na Impugnação. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 28/06/19, para exigir ICMS, no valor total de R\$ 156.880,77, com as seguintes imputações:

Infração 1 – **01.02.06.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária. Valor: R\$ 1.082,90. Período: Janeiro a Julho, Setembro e Dezembro 2017. Enquadramento legal: Arts. 9º e 29, Parágrafo 4º, inciso II da Lei 7014/96 c/c art. 290 do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, VII, “a” da Lei 7014/96.

Infração 2 – **01.02.20.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade. Valor: R\$ 1.224,00. Período: Abril 2017. Enquadramento legal: Art. 31 da Lei 7014/96 c/c art. 290 do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, VII, “a” da Lei 7014/96.

**Infração 3 – 01.02.25.** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com não incidência do imposto. Valor: R\$ 2.308,92. Período: Fevereiro, Março, Junho a Dezembro 2017. Enquadramento legal: Art. 29 da Lei 7014/96 C/C art. 310, II do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, VII, “a” da Lei 7014/96.

**Infração 4 – 01.02.28.** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS com repercussão na obrigação principal. Valor: R\$ 1.245,90. Período: Janeiro a Dezembro 2017. Enquadramento legal: Arts. 28, 30 e 31 da Lei 7014/96 C/C arts. 309 e 310 do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, II, “f” da Lei 7014/96.

Consta descrito tratar-se de uso indevido dos 2% do Adicional de Alíquota nas aquisições de mercadorias e na utilização de crédito nas saídas de mercadorias sujeitas à substituição tributária e a mercadorias com alíquota interna de 7%.

**Infração 5 – 02.01.01.** Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referentes a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Valor: R\$ 76.834,33. Período: Janeiro e Fevereiro 2017. Enquadramento legal: Art. 2º, I e art. 32, da Lei 7014/96 C/C art. 332, I do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, II, “f” da Lei 7014/96.

**Infração 6 – 03.01.01.** Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do mesmo. Valor: R\$ 14.837,54. Período: Fevereiro 2017. Enquadramento legal: Arts. 24 a 26 da Lei 7014/96 C/C arts. 305 do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, II, “b” da Lei 7014/96.

**Infração 7 – 03.02.02.** Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (CFOPs 5102, 5152, 5405 e 5949). Valor: R\$ 24.765,82. Período: janeiro e fevereiro 2017. Enquadramento legal: Arts. 15, 16 e 16-A da Lei 7014/96. Multa: 60%, art. 42, II, “a” da Lei 7014/96.

Consta referir-se aos CFOPs 5102, 5152, 5405 e 5949

**Infração 8 – 03.02.02.** Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor: R\$ 23.198,05. Período: Janeiro e Fevereiro 2017. Enquadramento legal: Arts. 15, 16 e 16-A da Lei 7014/96. Multa: 60%, art. 42, II, “a” da Lei 7014/96.

Consta referir-se a saídas através de NFC-e.

**Infração 9 – 03.02.02.** Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor: R\$ 132,26. Período: Janeiro a novembro 2017. Enquadramento legal: Arts. 15, 16 e 16-A da Lei 7014/96. Multa: 60%, art. 42, II, “a” da Lei 7014/96.

Consta referir-se a saídas com CFOP 5927

**Infração 10 – 07.01.01.** Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. Valor: R\$ 78,23. Período: Fevereiro 2017. Enquadramento legal: Art. 8º, II e § 3º, do art. 23 da Lei 7014/96 C/C art. 289 do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, II, “d” da Lei 7014/96.

**Infração 11 – 07.01.02.** Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. Valor: R\$ 1.135,75. Período: Janeiro, Março, Junho, Setembro e Dezembro 2017. Enquadramento legal: Art. 8º II e § 3º e art. 23 da Lei 7014/96 C/C art. 289, do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, II, “d” da Lei 7014/96.

**Infração 12 – 07.15.02.** Recolheu a menor antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. Valor: R\$ 10.037,07. Período: Janeiro, Fevereiro, Março, Setembro e Dezembro 2017. Enquadramento legal: Art. 12-A da Lei 7014/96. Multa: 60%, art. 42, II, “d” da Lei 7014/96.

O autuado impugna o lançamento às fls. 85-94. Após se identificar e relatar os fatos, diz haver duplicidade de lançamentos/autuações no AI, pois as infrações 07 e 08 são idênticas, o que acarreta a nulidade da Infração 07, gerando uma dedução de R\$ 24.765,82.

No tópico “DO NEGATIVA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA EM PERMITIR RETIFICAÇÃO DAS INFORMAÇÕES CONSTANTE EM ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE”, discorre sobre a distinção

entre “erro de fato” e “erro de direito”. Reproduz excertos de doutrina a respeito, bem como sobre atos administrativos classificados “nulos” e “anuláveis”.

Seguindo, cita os artigos 145, 146 e 149 do CTN para dizer da possibilidade da autoridade administrativa, revendo seus atos, altere os atos administrativos tributários praticados e, voltando ao caso, diz que o autuante deveria, inicialmente, ter intimado a Requerente para apresentar maiores esclarecimentos acerca da fiscalização, na qual, sendo o caso, demonstraria que o valor a ser autuado seria inferior ao cobrado, uma vez que um AI decorre, muitas vezes do fato de o sujeito passivo não atender à intimação ou se quedar inerte.

No segundo tópico da peça de defesa “DA REDUÇÃO DA MULTA TRIBUTÁRIA – ILEGALIDADE DO ATO CONFISCATÓRIO”, discorre sobre princípios constitucionais (“não confisco”, “proporcionalidade”, “igualdade”, “capacidade econômica”) na busca da justiça tributária distributiva.

Reproduzindo trechos doutrinários e citando decisões judiciais diz que o princípio da vedação ao confisco também se aplica às multas de natureza tributária, as considerando proporcionalmente adequadas entre 20% a 30% do valor do tributo.

Assim, conforme diz demonstrar em réplica do AI em formato Excel anexa, quais os valores são devidos, reduzindo seu montante, bem como a real aplicação da multa dentro dos limites que entende legais (20%).

Concluindo, requer:

- a) Suspensão da exigibilidade do crédito tributário;
- b) Nulidade da Infração 07, por duplicidade;
- c) Aplicação da redução da multa para 20%.

A autuante, em sua informação fiscal de fls. 99-103, após dizer que junto aos argumentos o Impugnante apresentou CD com planilhas, informa:

#### **Infração 01 – Crédito Fiscal Indevido**

Analisando os itens elencados pelo Impugnante:

**Bacon Suíno, Bebida Supl. Para Atleta Uvinha 310ml, Moela ao Molho PIF PAF 500G, Biscoito Queijo PIF PAF 315g, Chocolate Barra Richs Hidr Leite 2,3kg, Choc. Fracionado Branco 2,3kg**

Concorda com o argumento defensivo e os retira da autuação.

#### **Pomada Hipoglos Amendoas 40g**

É medicamento e está na tabela ABCFARMA

Por consequência, ajusta a exação para R\$ 635,85

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO						
Data Ocor.	Data Venc.	Base de Cálculo	Aliq. %	Multa %	MÊS	Valor Histórico
<b>Infração 01</b>						
31/01/2017	09/02/2017	4.832,71	17	60	1.11	56,59
<b>28/02/2017</b>	<b>09/03/2017</b>	<b>3.897,53</b>	<b>17</b>	<b>60</b>	<b>04.11</b>	<b>391,12</b>
31/03/2017	09/04/2017	21.647,88	17	60	10.11	43,69
30/04/2017	09/05/2017	27.895,47	17	60	11.11	21,92
31/05/2017	09/06/2017	1.919,41	17	60	12.11	10,97
30/06/2017	09/07/2017	11.174,47	17	60	04.12	53,50
31/07/2017	09/08/2017	11.605,18	17	60	08.12	50,06
31/12/2017	09/01/2018	18.427,06	17	60	09.12	8,00
<b>Total da Infração</b>						<b>635,85</b>

**Infração 02 – Crédito Fiscal Indevido**

Autuado não se defendeu. Manteve a exação original.

**Infração 03 - Crédito Fiscal Indevido**

Autuado não se defendeu. Manteve a exação original.

**Infração 04 - Crédito Fiscal Indevido**

Fala que o contribuinte diminuiu, no cálculo do crédito indevido, os valores referentes ao Fundo de Pobreza de 2%, aplicado sobre algumas mercadorias.

Reproduzindo o artigo 1º da Portaria SEFAZ nº 133/2012, diz que, por ser calculado em separado, não existe a possibilidade de aproveitamento de crédito de 2% do Fundo de Pobreza destacado na NF-e de entrada. Mantém a exação original.

**Infração 05 - Falta de recolhimento – ICMS normal**

Autuado não se defendeu. Manteve a exação original.

**Infração 06 – Recolhimento de ICMS normal a menos que o devido**

Autuado não se defendeu. Manteve a exação original.

**Infração 07 – Saídas NF-e CFOPs 5.102, 5.152, 5.405 e 5.949**

NFs 1701 a 1712, referem-se a saídas por NFC-e, cujo valor foi cobrado na Infração 08. Procede o argumento defensivo e foram retiradas da planilha da Infração 07.

Por consequência, ajusta a exação para R\$ 178,12.

**Infração 08 – Saídas através de NFCE**

Autuado não se defendeu. Manteve a exação original.

**Infração 09 – Saídas NFE CFOP 5.927**

Autuado não se defendeu. Manteve a exação original.

**Infração 10 – Falta de recolhimento de ICMS ST**

Autuado não se defendeu. Manteve a exação original.

**Infração 11 – Recolhimento a menos de ICMS ST**

**Jan/2017**

NF 83757 – Alterado valor de ICMS. Novo valor no recolhimento substituição R\$ 349,67.

NF 28171 - valor de ICMS substituição R\$ 18,96.

NF 89330 – Não há valor ICMS substituição na NF.

**Fev/2017**

NF 45562 - Não há valor ICMS substituição na NF.

NF 1651542 – Não há valor ICMS substituição na NF.

**Abr/2017**

NF 458103 – Recolhimento ICMS substituição tributária – DAE 1145 R\$ 90,48;

NF 46723 – Recolhimento ICMS substituição tributária – DAE 1145 R\$ 92,46;

NF 46724 – Recolhimento ICMS substituição tributária – DAE 1145 R\$ 8,05,;

NF 199650 – Recolhimento ICMS substituição tributária – DAE 1145 R\$ 358,63;

NF 1075980 - Valor de ICMS substituição R\$ 99,58.

**Jun/2017**

NF 48076 – Não há valor ICMS substituição na NF.

NF 326448 – Recolhimento ICMS substituição tributária – DAE 1145 R\$ 4,13;

NF 204312 – Recolhimento ICMS substituição tributária – DAE 1145 R\$ 135,33;

NF 204312 – Valor de ICMS substituição R\$ 4,15;

NF 326448 – Recolhimento ICMS substituição tributária – DAE 1145 R\$ 146,27;

NF 1083543 - Valor de ICMS substituição R\$ 139,05;  
NF 1710509 – Recolhimento ICMS substituição tributária – DAE 1145 R\$ 31,43;  
NF 205287 - Recolhimento ICMS substituição tributária – DAE 1145 R\$ 124,76;  
NF 205287 - Valor de ICMS substituição R\$ 28,25.

**Set/2017**

NF 59880 - Recolhimento ICMS substituição tributária – DAE 1145 R\$ 30,81;  
NF 93209 - Valor de ICMS substituição R\$ 151,71;  
NF 395701 - Recolhimento ICMS substituição tributária – DAE 1145 R\$ 94,03;  
NF 1104512 - Valor de ICMS substituição R\$ 119,06;  
NF 3386 - Recolhimento ICMS substituição tributária – DAE 1145 R\$ 51,46;  
NF 211772 - Recolhimento ICMS substituição tributária – DAE 1145 R\$ 36,49;  
NF 211772 - Valor de ICMS substituição R\$ 34,04.

**Dez/2017**

NF 1120590 - Valor de ICMS substituição R\$ 59,71;  
NF 20982 - Valor de ICMS substituição R\$ 181,20;  
NF 219548 - Recolhimento ICMS substituição tributária – DAE 1145 R\$ 172,21

Foram feitos os ajustes na planilha de demonstrativo de débito, considerando os valores destacados nas NFE e lançados na nova planilha de recolhimento.

**Novo valor da infração R\$ 253,00.**

**Infração 12 - 07.15.02 - ICMS antecipação parcial recolhido a menor**

Foi feita a apuração mensal das mercadorias e houve diminuição com o valor pago pelo contribuinte dentro do mês.

Foram feitas as exclusões de acordo com planilha enviada pelo contribuinte, na defesa.

Jan/2017 – nada foi alterado;

Fev/2017 – nada foi alterado;

Mar/2017 – nada foi alterado;

Set/2017 – foram excluídas as notas fiscais 84971, 3961, 84972, 84973, 695572, 2704, 1246328, 124629, 50746, 93209. Sem valor a pagar.

Nov/2017 – foram excluídas as notas fiscais 226023, 708424, 12350572, 6518, 344095, 13516, 51795, 51796, 238890, 51790. Sem valor a pagar.

**Novo Valor da Infração - R\$ 6.772,75.**

Concluindo a Informação, diz que com relação ao valor de multa, não lhe compete questionar o seu valor nem a sua diminuição.

Regularmente intimado para ciência da Informação Fiscal, o advogado Luiz Carvalho Bernardes Neto, OAB 19.865, aporta aos autos (fls. 110-114), peça em defesa de outra pessoa jurídica (COMERCIAL ITALUIZA LTDA, CNPJ 000.857.017/0001-60), ainda que identifique o presente AI, fato que motivou o pedido de diligência à Infaz de origem para (fl. 134):

**Autuante:**

- a) Tomar conhecimento da manifestação do sujeito passivo após a Informação Fiscal;
- b) Explicar a que se refere os 2% do Adicional de Alíquota descrito na Infração 04 bem como o fundamento legal para a sua glosa, caso se trate do Adicional ao Fundo Estadual de Erradicação da Pobreza;
- c) Produzir demonstrativo de débito da exação ajustada na Informação Fiscal de fls. 99-A a 103;
- d) Prestar nova Informação Fiscal nos termos expostos no art. 127, § 6º, do RPAF (com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação, inclusive com respeito à nova manifestação do sujeito passivo, posterior à Informação Fiscal), devidamente acompanhada do demonstrativo de débito dos valores remanescente, por infração.

À fl. 154 a autuante informa que a manifestação defensiva não se refere à autuada e que intimou o contribuinte autuado para que ele se manifestasse corretamente, mas isso não ocorreu.

Tendo em vista que o PAF retornou ao CONSEF sem o demonstrativo de débito pedido e sem resposta à questão relacionada aos 2% do Adicional de Alíquota descrito na Infração 04, por unanimidade dos julgadores a 2ª JJF deferiu nova diligência à Infaz de origem para:

#### **Autuante**

- a) Explicar a que se refere os 2% do Adicional de Alíquota descrito na Infração 04 bem como o fundamento legal para a sua glosa, caso se trate do Adicional ao Fundo Estadual de Erradicação da Pobreza;
- b) Produzir demonstrativo de débito da exação ajustada na Informação Fiscal de fls. 99-A a 103;
- c) Prestar nova Informação Fiscal nos termos expostos no art. 127, § 6º do RPAF, ou seja, com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação, inclusive quanto detalhando o que acolheu para o ajuste dos valores das infrações, devidamente acompanhada do demonstrativo de débito restante, à semelhança do demonstrativo de debito original constante do AI (FLS. 01 A 05);

Por consequência, a autuante prestou Informação Fiscal de fls. 165-169:

#### **Infração 01**

Após reproduzir o art. 1º da Portaria 133/2012, repisa o entendimento manifestado na Informação Fiscal de fls. 100-103.

Quanto ao demais, repete a Informação Fiscal de fls. 100-103.

#### **VOTO**

Como acima relatado, o presente Auto de Infração exige o valor de R\$ 156.880,77, acusando o cometimento de 12 (doze) infrações.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 06, 10, 15, 17, 19, 20, 36, 51, 65, 70, 78, 79, 80, 105, 106, 139, 140, 155, 156 e 157, bem como do que se percebe na peça defensiva, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§ , 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 07-80 e CDs constantes às fls. 81, 104 e 170), constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Trata-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura

devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Para efeito homologatório dos prévios procedimentos efetuados pelo contribuinte, mediante uso de regular ferramenta de auditoria fiscal, o lançamento tributário em revisão neste órgão administrativo judicante decorre do confronto dos dados registrados pelo contribuinte e compostos no Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, instrumento que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração contábil e fiscal dos contribuintes, mediante fluxo único, computadorizado, de informações empresariais com repercussões tributárias (Dec. nº 6.022/2007: Art. 2º), com a legislação tributária e demais informações do contribuinte constantes no banco de dados da SEFAZ.

Tem suporte probatório nos demonstrativos e documentos autuados (fls. 14-79 e CDs constantes nas fls. 81, 104 e 170), cujas planilhas identificam dados em conformidade com cada infração (NF, série, modelo, data de emissão, UF, CNPJ, CFOP, chave de acesso, Item, Código, descrição da mercadoria, NCM, BC ICMS, alíquota, Vlr. ICMS, crédito utilizado, crédito indevido, Dif. ICMS, tipo receita).

Analisando os autos, especialmente a peça defensiva e seus argumentos, de pronto observo não haver protesto contra as infrações 02, 03, 05, 06, 08, 09 e 10, o que, conforme disciplina exposta no art. 140 do Regulamento do Processo Administrativo da Bahia – RPAF, implica tácito reconhecimento das acusações que carregam. Assim, tendo em vista as provas autuadas apenas as subsidiarem, as tenho como subsistentes.

*Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.*

Defendendo-se das demais infrações, ademais de aportar o CD contendo as planilhas suportes das infrações, nas quais, anota, observa e apresenta justificativas, a Impugnação consiste em: **a)** alegar negativa da autoridade administrativa em permitir retificação das informações constantes na Escrita Fiscal Digital – EFD; **b)** apontar que, “conforme documentação em Excel (xls)” as infrações 07 e 08, “são totalmente idênticas”, nulificando a Infração 07; **c)** pedir a redução da multa tributária em face de constituir ato administrativo ilegal e confiscatório.

Passo a apreciá-la.

No que diz respeito à alegada negativa da Autoridade Administrativa em permitir retificação das informações na Escrita Fiscal Digital – EFD, do contribuinte, oportuno lembrar que tal possibilidade, copiada na legislação baiana, tem regramento no Ajuste SINIEF 02/09, normas que aqui reproduzo, com meus pertinentes destaques:

#### **Ajuste SINIEF 02/09:**

**Cláusula décima segunda** O arquivo digital da EFD deverá ser enviado até o quinto dia do mês subsequente ao encerramento do mês da apuração.

...

**Cláusula décima terceira** O contribuinte **poderá retificar a EFD:**

**I - até o prazo de que trata a cláusula décima segunda, independentemente de autorização da administração tributária;**

**II - até o último dia do terceiro mês subsequente ao encerramento do mês da apuração, independentemente de autorização da administração tributária, com observância do disposto nos §§ 6º e 7º;**

**III - após o prazo de que trata o inciso II desta cláusula, mediante autorização da Secretaria de Fazenda, Receita, Finanças ou Tributação do seu domicílio fiscal quando se tratar de ICMS, ou pela RFB quando se tratar de IPI, nos casos em que houver prova inequívoca da ocorrência de erro de fato no preenchimento da escrituração, quando evidenciada a impossibilidade ou a inconveniência de sanear-la por meio de lançamentos corretivos.**

§ 1º A retificação de que trata esta cláusula será efetuada mediante envio de outro arquivo para substituição integral do arquivo digital da EFD regularmente recebido pela administração tributária.

§ 2º A geração e envio do arquivo digital para retificação da EFD deverá observar o disposto nas cláusulas oitava a décima primeira deste ajuste, com indicação da finalidade do arquivo.

§ 3º Não será permitido o envio de arquivo digital complementar.

§ 4º O disposto nos incisos II e III desta cláusula não se aplica quando a apresentação do arquivo de retificação for decorrente de notificação do fisco.

§ 5º A autorização para a retificação da EFD não implicará o reconhecimento da veracidade e legitimidade das informações prestadas, nem a homologação da apuração do imposto efetuada pelo contribuinte.

§ 6º O disposto no inciso II do *caput* não caracteriza dilação do prazo de entrega de que trata a cláusula décima segunda.

**§ 7º Não produzirá efeitos a retificação de EFD:**

**I - de período de apuração que tenha sido submetido ou esteja sob ação fiscal;**

II - cujo débito constante da EFD objeto da retificação tenha sido enviado para inscrição em Dívida Ativa, nos casos em que importe alteração desse débito;

III - transmitida em desacordo com as disposições desta cláusula.

#### **RICMS-BA:**

*Art. 251. A retificação da EFD fica sujeita ao que estabelece a cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/2009.*

*§ 1º A solicitação do contribuinte para retificação da EFD fora do prazo previsto na cláusula décima-terceira do Ajuste SINIEF 02/09 será encaminhado por meio do sistema informatizado da SEFAZ no endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>.*

Assim, não constando nos autos que o contribuinte atendeu a normativa a respeito da retificação das informações, é de se ter a alegação defensiva deste tópico como vazia de sentido jurídico.

Ao que aqui interessa, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia - RPAF, trata o direito de impugnação do lançamento tributário fiscal, da seguinte forma:

*Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.*

*§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.*

*§ 2º A defesa poderá referir-se apenas a parte da exigência fiscal, assegurando-se ao sujeito passivo, quanto à parte não impugnada, o direito de recolher o crédito tributário com as reduções de penalidades previstas em lei.*

*§ 3º A depender da evidência de erros ou da complexidade da matéria em questão, a defesa poderá requerer a realização de diligência ou perícia fiscal, nos termos do art. 145.*

...

*§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:*

*I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*

*II - se refira a fato ou a direito superveniente;*

*III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.*

Nesse contexto, a Impugnação se fez acompanhar de arquivos em mídia CD que copiando os demonstrativos suportes da autuação entregues ao contribuinte autuado, objetivamente protesta contra as seguintes infrações:

#### **Infração 01**

Na planilha suporte da infração contestou operações com as mercadorias listadas acrescentando observações dos produtos que não podem ser objeto da glosa por serem normalmente tributadas.

Os produtos são: Bacon Suíno, Bebida Supl. Para Atleta Uvinha 310ml, Moela ao Molho PIF PAF 500G: Biscoito Queijo PIF PAF 315g, Chocolate Barra Richs Hidr Leite 2,3kg; Choc. Fracionado Branco 2,3kg) e Pomada Hipoglós Amendoas 40g.



Desses, por não constarem do Anexo 1 do RICMS-BA, acertadamente a autuante excluiu: Bebida Supl. Para Atleta Uvinha 310ml, Biscoito Queijo PIF PAF 315g, Chocolate Barra Richs Hidr Leite 2,3kg e Choc. Fracionado Branco 2,3kg e também acertadamente manteve a Pomada Hipoglos Amendoas 40g que, ao contrário do alegado pelo Impugnante é produto farmacêutico integrado ao item 9 do Anexo 1 do RICMS-BA (MEDICAMENTOS, PRODUTOS FARMACÊUTICOS PARA USO HUMANO E HIGIENE PESSOAL).

Contudo, ainda que a autuante tenha acatado o argumento defensivo para exclusão dos itens Bacon Suíno e Moela ao Molho PIF PAF 315g, por constarem no Anexo 1 do RICMS-BA (itens 11.31.1 – Janeiro 2017; 11.35 e 11.35.1, respectivamente, a partir de fevereiro 2017), devem ser mantidos nas ocorrências.

Assim, em face das exclusões, tenho a infração como parcialmente subsistente com crédito tributário ajustado para R\$ 1.042,65, com o seguinte demonstrativo de débito:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Aliq %	Multa %	Valor Historico
<b>Infração 01</b>					
31/01/2017	09/02/2017	4.832,71	17	60	422,16
28/02/2017	09/03/2017	3.897,53	17	60	391,12
31/03/2017	09/04/2017	21.647,88	17	60	43,69
30/04/2017	09/05/2017	27.895,47	17	60	21,92
31/05/2017	09/06/2017	1.919,41	17	60	10,97
30/06/2017	09/07/2017	11.174,47	17	60	94,73
31/07/2017	09/08/2017	11.605,18	17	60	50,06
31/12/2017	09/01/2018	18.427,06	17	60	8
<b>Total da Infração</b>					<b>1.042,65</b>

#### Infração 04

Tipificando-a nos artigos 28 (não cumulatividade e compensação em conta corrente fiscal), 30 (trata do estorno de crédito nos casos de saída subsequente não tributável ou com redução de BC), 31 (condições para uso do direito ao crédito: idoneidade do documento fiscal e escrituração no prazo e condições legais), todos da Lei 7014/96, c/c arts. 309 (regula o art. 30 da Lei 7014/96) e 310 (trata de situações da vedação do crédito), a acusação é de uso indevido de crédito fiscal relativo aos 2% do Adicional de alíquota do Fundo de Pobreza, bem como de uso indevido de crédito nas saídas de mercadorias sujeitas à ST e com mercadoria cujas saídas internas é tributada com carga fiscal equivalente a 7% da BC.

Ainda que em seu texto a Impugnação não trate objetivamente da questão, no CD que anexa consta cópia da planilha suporte em que, a exemplo do feito para a Infração 01, excluindo valores de ICMS exigido, o Impugnante informa ter direito a aproveitar como crédito os 2% do Fundo de Pobreza destacado nas NF-e de entrada, situação que na Informação Fiscal, reproduzindo o art. 1º da Portaria 160 de 24/10/2019, que apenas indica que o recolhimento do adicional de ICMS em 2% relativo ao FECEP deverá ser feito em separado, explicitamente contrariando a não cumulatividade do imposto, já que a glosa efetuada não tem guarida nos dispositivos legais em que enquadrou a sua acusação fiscal, a autuante manteve a exação dizendo não existir “hipótese de aproveitamento de crédito de 2% do Fundo de Pobreza destacado na NFE de entrada”.

Nesse ponto, dando tom de cumulatividade ao ICMS, taxativamente a autuante informou: “O adicional de pobreza não é um valor que pode ser creditado pela empresa adquirente. É um valor vinculado a fundo específico”.

Ocorre que, o adicional de 2% ao ICMS destinado ao FECEP incidente nas operações com os produtos especificados no art. 16-A da Lei 7014/96, segue sendo ICMS, não perde a natureza jurídica do tributo. E não sendo outro tributo tem o regular tratamento de não cumulatividade (débito e crédito do ICMS) incidindo sobre os valores agregados nas correntes etapas de

comercialização dos produtos, de modo que não há motivo para a glosa do crédito fiscal efetuado.

Ademais, ainda que nas Informações fiscais a autuante trate apenas do adicional de 2% do FECEP, na descrição original da infração, confusamente, diz também se referir a uso indevido de crédito nas saídas de mercadorias sujeitas à ST e com mercadoria cujas saídas internas é tributada com carga fiscal equivalente a 7% da BC, o que denota clara insegurança na acusação fiscal, razão de nulidade do seu lançamento (RPAF: Art. 18, IV), que, com fundamento no Parágrafo único do art. 155 do RPAF, supero neste caso:

*Art. 155. A decisão resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, ou ainda quanto à nulidade total ou parcial do procedimento.*

*Parágrafo único. Quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.*

Infração insubsistente.

### Infração 07

Acusa recolhimento de ICMS a menos que o devido em face de aplicação de alíquota diversa da legalmente prevista nas saídas de mercadorias escrituradas.

Para essa infração, o argumento defensivo é de ocorrência dos mesmos fatos geradores da Infração 08, razão pela qual arguiu sua nulidade.

Na oportunidade da Informação Fiscal, analisando as razões de defesa, a autuante excluiu as NFs-e de saída 1701 a 1712, por terem sido emitidas em substituição a NFCEs (cupons fiscais), ocasião em que ajustando o procedimento fiscal, reduziu a exação de R\$ 24.765,82 para R\$ 178,12.

Assim, tendo em vista que regularmente intimado para, querendo, manifestar-se acerca do ajuste procedido pela autuante, o sujeito passivo não se manifestou a respeito, é de, também, incidir a disposição legal contida no art. 140, retro reproduzido.

Deste modo, considerando que a exação pela infração foi regularmente aperfeiçoada na forma indicada no § 1º, do art. 18, do RPAF, tenho a Infração 07 como parcialmente subsistente em **R\$178,12**, com o seguinte demonstrativo de débito:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr	Data Vencido	Base de Cálculo	Aliq %	Multa %	Valor Historico
<b>Infração 01</b>					
31/01/2017	09/02/2017	687,24	17	60	116,83
28/02/2017	09/03/2017	248,87	17	60	42,31
30/04/2017	09/05/2017	9,77	17	60	1,66
31/10/2017	09/11/2017	62,16	17	60	10,57
30/11/2017	09/12/2017	39,73	17	60	6,75
<b>Total da Infração</b>					<b>178,12</b>

### Infração 11

Acusa recolhimento a menos de ICMS antecipado por substituição tributária total com suporte no demonstrativo de fls. 67-68.

Ainda que não a tenha objetivamente contestado no texto da Impugnação, no CD a ela anexado consta planilha espelhando observações e valores que o Impugnante reconhece devido.

Por sua vez, como feito para as outras infrações, a analisando, a autuante aportou nova planilha constante do CD anexado à Informação Fiscal, ajustando a exação de R\$ 1.135,75 para **R\$ 253,00, devido pela ocorrência de 31/12/2017.**

Tal procedimento foi levado a conhecimento do sujeito passivo e ele silenciou, sendo também o caso de incidência do previsto no art. 140 do RPAF. Acolho, portanto, o ajuste efetuado pela autuante,

Infração parcialmente subsistente.

### Infração 12

Acusa recolhimento a menos de ICMS por antecipação parcial referente a aquisição de mercadorias fora da Bahia

Ainda que não a tenha objetivamente contestado no texto da Impugnação, no CD a ela anexada consta planilha espelhando observações e valores que o Impugnante reconhece devido.

Por sua vez, como feito para as outras infrações, analisando, a autuante aportou nova planilha constante do CD anexado à Informação Fiscal, ajustando a exação de R\$ 10.037,07 para **R\$ 6.772,75**, em face da exclusão das ocorrências 30/09/2017 e 30/11/2017.

Tal procedimento foi levado a conhecimento do sujeito passivo e ele silenciou, sendo também o caso de incidência do previsto no art. 140 do RPAF. Acolho, portanto, o ajuste efetuado pela autuante, mantendo-se as ocorrências 31/01/2017, 28/02/2017 e 31/03/2017, do demonstrativo de débito original.

Tendo por superado o contraditório relativo às infrações, observo que o argumento de inconstitucionalidade de norma legal vigente não pode ser apreciado em fórum administrativo (RPAF: Art. 167), e por falta de previsão legal para tanto, o pedido de redução da multa resta prejudicado.

Pelas razões acima expostas, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, cujo resumo é: 1042,65

INFRAÇÕES	VLR AUTUADO	VALOR JULGADO	RESULTADO
1	1.082,90	1.042,65	PARCIALMENTE SUBSISTENTE
2	1.224,00	1.224,00	SUBSISTENTE
3	2.308,92	2.308,92	PROCEDENTE
4	1.245,90	0,00	INSUBSISTENTE
5	76.834,33	76.834,33	SUBSISTENTE
6	14.837,54	14.837,54	SUBSISTENTE
7	24.765,82	178,12	PARCIALMENTE SUBSISTENTE
8	23.198,05	23.198,05	SUBSISTENTE
9	132,26	132,26	SUBSISTENTE
10	78,23	78,23	SUBSISTENTE
11	1.135,75	253,00	PARCIALMENTE SUBSISTENTE
12	10.037,07	6.772,75	PARCIALMENTE SUBSISTENTE
<b>TOTAIS</b>	<b>156.880,77</b>	<b>126.859,85</b>	

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **nº 276473.0005/19-6**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS TIO LEO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 126.859,85**, acrescido das multas de 60%, previstas no artigo 42, incisos II, alíneas “a”, “b”, “e” “d” e “f”, e VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2022.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

