

A. I. N° - 274068.0014/18-1
AUTUADO - SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI
AUTUANTE - CRYSTIANE MENEZES BEZERRA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 29/11.2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0216-02/22-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Valor reduzido por exclusão de operações com mercadorias sob tributação normal em face de acolhimento de parte dos elementos documentais de prova apresentados pelo Impugnante, por parte da própria autoridade fiscal autuante. Infração parcialmente subsistente. **b) FALTA DE ENTRADA DA MERCADORIA OU SERVIÇO PRESTADO.** Carta de correção apresentada não serve para correção de dados cadastrais que implique mudança do remetente ou destinatário (RICMS-BA: Art. 42, II). Infração subsistente. **c) MERCADORIAS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES. ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO.** Analisando os elementos de prova apresentados pelo Impugnante, reconhecendo a pertinência, a própria autuante atestou a impertinência da acusação fiscal. Infração insubsistente. **d) USO A MAIS QUE O IMPOSTO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. d.1) Infrações 4 e 6.** Valor reduzido em face de acolhimento de parte dos elementos documentais de prova apresentados pelo Impugnante, por parte da própria autoridade fiscal autuante, inclusive, reconhecimento do restabelecimento do benefício fiscal decorrente do Dec. 7799/00. Infrações parcialmente subsistente. **d.2) Infração 5.** A Impugnação, feita em conjunto com as infrações 4 e 6, não contesta objetivamente o uso de crédito fiscal relativo a tais documentos, pois, resume-se a alegar repercussão do benefício fiscal do Dec. 7799/00, o que não se aplica ao caso. Infração não elidida nos termos do art. 123 do RPAF. Infração subsistente. **d.3) Valor reduzido em face de acolhimento de parte dos elementos documentais de prova apresentados pelo Impugnante, por parte da própria autoridade fiscal autuante.** Infração parcialmente subsistente. **f) FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO (Infrações 08 e 09).** Defesa se restringe a impugnar a Infração 09, pois se limita a alegar que a NF 8.042, emitida em 27/09/2017, sem destaque do imposto, geraria crédito. Consulta no sítio da NF-e revela inexistência da nota fiscal. Infrações subsistentes. **2. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. a) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO**

TRIBUTÁVEIS (Infração 10). **b) IMPOSTO PARTILHADO EM FUNÇÃO DA EC Nº 87/15. OPERAÇÕES OU PRESTAÇÕES, BENS OU SERVIÇOS A CONSUMIDOR FINAL. NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO. (Infração 11)** Valores reduzidos em face de acolhimento de parte dos elementos documentais de prova apresentados pelo Impugnante, por parte da própria autoridade fiscal autuante. Infrações parcialmente subsistentes. **3) RECOLHIMENTO A MENOR. a) DIVERGÊNCIA ENTRE O RECOLHIDO E O ESCRITURADO. DECLARAÇÕES ECONÔMICO FISCAIS E/OU ARQUIVOS ELETRÔNICOS. (Infração 12).** Analisando os elementos de prova apresentados pelo Impugnante, reconhecendo a pertinência, a própria autuante atestou a impertinência da acusação fiscal. Infração insubsistente. **b) ALÍQUOTA DIVERSA. SAÍDAS DE MERCADORIAS ESCRITURADAS. (Infração 13). b) DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. MERCADORIAS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA. ATIVO FIXO.** Valores reduzidos em face de acolhimento de parte dos elementos documentais de prova apresentados pelo Impugnante, por parte da própria autoridade fiscal autuante. Infrações parcialmente subsistentes. **c) ERRO NA PAURAÇÃO DO VALOR DO IMPOSTO.** Analisando os elementos de prova apresentados pelo Impugnante, reconhecendo a pertinência, a própria autuante atestou a impertinência da acusação fiscal. Infração insubsistente. Afastadas as preliminares. Quando pertinentes, diligências foram deferidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/09/2018, exige o valor de R\$ 248.666,90, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – 01.02.05: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente as mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária. **Valor:** R\$ 100.697,35. **Período:** Janeiro 2016 a Dezembro 2017. **Enquadramento legal:** Artigos 9º e 29, § 4º, II da Lei nº 7.014/96, c/c o artigo 290, do RICMS/BA/2012. **Multa** de 60%: Art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96.

Consta da descrição: Tudo conforme o ANEXO 1 – DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO – MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte. Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÕES DE SERVIÇOS, Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético e NF-e.

Infração 02 – 01.02.10: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado. **Valor:** 46,69. **Período:** Abril 2016. **Enquadramento legal:** Artigos 29 e 31 da Lei nº 7.014/96. **Multa** de 150%: Art. 42, V, “b” da Lei 7.014/96.

Consta da descrição: A empresa se creditou utilizando Conhecimentos de Transporte de outro tomador, conforme relatório do portal <http://www.nfe.fazenda.gov.br>.

Anexos: relatório o portal <http://www.nfe.fazenda.gov.br>, REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS

DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS e Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético. Tudo conforme o ANEXO 2 – DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO – CT-e LANÇADO DE OUTRO TOMADOR, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

Infração 03 – 01.02.26: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução de base de cálculo. **Valor:** R\$ 918,18. **Período:** Maio 2016, fevereiro e julho 2017. **Enquadramento legal:** Artigo 29, § 4º, II da Lei nº 7.014/96, c/c o artigo 310, II da RICMS/BA/2012. **Multa** de 60%: Art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96.

Consta da descrição: O contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS de mercadoria com saídas subsequentes isentas.

Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS e Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético. Tudo conforme o ANEXO 3 – DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO – MERCADORIA ISENTA, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

Infração 04 – 01.02.40: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is). **Valor:** R\$ 12.402,49. **Período:** Março, abril, junho, julho, setembro, outubro e dezembro 2016, janeiro a março, junho a outubro e dezembro 2017. **Enquadramento legal:** Artigos 29 e 31 da Lei nº 7.014/96, c/c o artigo 309, § 6º do RICMS/BA/2012. **Multa** de 60%: Art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96.

Consta da descrição: O contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS de mercadoria com saídas subsequentes isentas.

Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS e Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético. Tudo conforme o ANEXO 4 – DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO – ICMS LANÇADO NA EFD MAIOR QUE CT-e, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

Infração 05 – 01.02.40: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is). **Valor:** R\$ 1.181,96. **Período:** Setembro e outubro 2016, janeiro 2017. **Enquadramento legal:** Artigos 29 e 31 da Lei nº 7.014/96, c/c o artigo 309, § 6º do RICMS/BA/2012. **Multa** de 60%: Art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96.

Consta da descrição: O contribuinte lançou nos REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS valores superiores aos destacados nos conhecimentos de transporte.

Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS e Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético. Tudo conforme o ANEXO 5 – DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO – ICMS LANÇADO NA EFD MAIOR QUE CT-e, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

Infração 06 – 01.02.40: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is). **Valor:** R\$ 1.910,14. **Período:** Janeiro a março, Junho a agosto, outubro e dezembro 2016, janeiro a outubro e dezembro 2017. **Enquadramento legal:** Artigos 29 e 31 da Lei nº 7.014/96, c/c o artigo 309, § 6º do RICMS/BA/2012. **Multa** de 60%: Art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96.

Consta da descrição: O contribuinte lançou crédito utilizando alíquota com valor divergente ao que estabelece a legislação, implicando em crédito superior ao devido.

Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS e Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético. Tudo conforme o ANEXO 6 – DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO – ALÍQUOT DIVERGENTE, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

Infração 07 – 01.02.41: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is). **Valor:** R\$ 115.163,38. **Período:** Janeiro 2016 a dezembro 2017. **Enquadramento legal:** Artigos 29 e 31 da Lei nº 7.014/96, c/c o artigo 309, § 7º do RICMS/BA/2012. **Multa** de 60%: Art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96.

Consta da descrição: O contribuinte lançou entrada de mercadoria através de notas fiscais de emissão própria a título de reclassificação de mercadoria, utilizando o CFOP 1.926. As notas com CFOP 1.926 não podem ter destaque de imposto. A empresa foi informada da inconsistência através de e-mail e não se manifestou.

Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS e Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético. Tudo conforme o ANEXO 7 – DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO – MERCADORIA PARA FORMAÇÃO DE CESTA E KIT, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

Infração 08 – 01.02.42: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem documento comprobatório do direito ao referido crédito. **Valor:** R\$ 69,18. **Período:** Junho e julho 2016, janeiro 2017. **Enquadramento legal:** Artigo 31 da Lei nº 7.014/96, c/c o artigo 309 do RICMS/BA/2012. **Multa** de 60%: Art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96.

Consta da descrição: O contribuinte lançou nos REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS as notas fiscais do Anexo 8, que se encontram canceladas, conforme relatório do portal <http://www.nfe>.

Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS e Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético. Tudo conforme o ANEXO 8 – DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO – NF-E CANCELADA E LANÇADA, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

Infração 09 – 01.02.42: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem documento comprobatório do direito ao referido crédito. **Valor:** R\$ 20,93. **Período:** Setembro 2017. **Enquadramento legal:** Artigo 31, da Lei nº 7.014/96, c/c o artigo 309 do RICMS/BA/2012. **Multa** de 60%: Art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96.

Consta da descrição: O contribuinte foi citado através da Intimação 12, Anexo 1, para apresentar documentos fiscais para comprovar o direito ao crédito e não se manifestou.

Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS e Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético. Tudo conforme o ANEXO 9 – DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO – LANÇAMENTOS SEM NOTAS FISCAIS, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

Infração 10 – 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. **Valor:** R\$ 2.279,81. **Período:** Junho, Outubro a Dezembro 2016, Janeiro, Março a Novembro 2017. **Enquadramento legal:** Artigos 2º, I e 32 da Lei nº 7.014/96, c/c o artigo 332 do RICMS/BA/2012. **Multa** de 60%: Art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96.

Consta da descrição: O contribuinte lançou nos REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS as notas fiscais do anexo 10, com CFOP 5.910 (remessa em bonificação. Doação ou brinde), mercadoria tributada sem tributação.

Anexos: REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS e Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético. Tudo conforme o ANEXO 10 – DEMONSTRATIVO DE

DÉBITO – NF – BONIFICAÇÃO NÃO TRIBUTADA, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

Infração 11– 02.01.28: O remetente e/ou prestador localizado neste estado, inclusive o optante pelo simples nacional, deixou de recolher ICMS partilhado – devido ao estado da BAHIA em

função da EC nº 87/15 – em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final – não contribuinte do imposto – localizado em outra unidade da federação. **Valor:** R\$ 6.847,25. **Período:** Janeiro e Novembro 2016, Janeiro a novembro 2017. **Enquadramento legal:** Artigo 49-C, da Lei nº 7.014/96 e artigo 99 do ADCT da CF/88, acrescido pela EC nº 87/2015, além do Convênio ICMS 93/15. **Multa** de 60%: Art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96.

Consta da descrição: Anexos: REGISTROS FISCAIS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, e Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético. Tudo conforme o ANEXO 16 – DEMONSTRAÇÃO DA REPARTIÇÃO DA RECEITA e ANEXO 17 – DEMONSTRATIVO DE LANÇAMENTO DA REPARTIÇÃO DA RECEITA, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

Infração 12 – 03.01.04: O contribuinte recolheu a menor ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos. **Valor:** R\$ 19,60. **Período:** Outubro e dezembro 2016. **Enquadramento legal:** Artigos 24 a 26, 32 e inciso III do artigo 34 todos da Lei nº 7.014/96 C/C artigos 215, 248, 255, 257 a 259, 263, 304 e 332 do RICMS-BA/2012. **Multa** de 60%: Art. 42, II, “b” da Lei 7.014/96.

Consta da descrição: O contribuinte lançou ICMS nos REGISTROS FISCAIS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS referente a notas fiscais do anexo 11 com valor superior ao destacado no documento fiscal.

Anexos: REGISTROS FISCAIS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, e Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético. Tudo conforme o ANEXO 11 – DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR – DIVERGÊNCIA EFD X NF-e, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

Infração 13 – 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\$ 4.565,29. **Período:** Março a Maio, Julho, Agosto, Outubro e Novembro 2016, Novembro 2017. **Enquadramento legal:** Artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96. **Multa** de 60%: Art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96.

Consta da descrição: O contribuinte efetuou saída das mercadorias aplicando alíquota diversa da prevista na legislação através de notas fiscais relacionadas no anexo 12.

Anexos: REGISTROS FISCAIS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, e Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético. Tudo conforme o ANEXO 12 – DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR – NF – ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO, que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

Infração 14 – 03.02.04: Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. **Valor:** R\$ 1.575,36. **Período:** Janeiro, Março, Abril e Agosto 2016. **Enquadramento legal:** Artigos 24 a 26, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 305 do RICMS-BA. **Multa** de 60%: Art. 42, II, “a” da Lei 7.014/96.

Consta da descrição: O valor lançado a débito nas notas fiscais é inferior ao valor do imposto correspondente a aplicação da alíquota prevista para as operações com as respectivas mercadorias sobre a base de cálculo.

Anexos: REGISTROS FISCAIS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, e Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético. Tudo conforme o ANEXO 13 – DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR – NF – ERRO NO CÁLCULO (ALÍQ X BASE), que faz parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

Infração 15 – 06.01.01: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. **Valor:** R\$ 970,29. **Período:** Abril 2016,

Fevereiro a Abril 2017. **Enquadramento legal:** Artigo XV, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 305, § 4º, III, “a” do RICMS-BA/2012. **Multa** de 60%: Art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

Consta da descrição: O contribuinte lançou nos REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS – OPERAÇÕES PRÓPRIAS, no campo DEMONSTRATIVO DO VALO TOTAL DO AJUSTES A DÉBITO, com a descrição DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA, valor menor que o devido.

Anexos: REGISTROS FISCAIS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, e Escrituração Fiscal Digital – EFD em meio magnético. Tudo conforme o ANEXO 14 – DEMONSTRATIVO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA e ANEXO 15 – DEMONSTRATIVO DE LANÇAMENTO NA EFD, que fazem parte deste auto e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

Em 06/12/2018 o autuado impugnou o AI (fls. 75-100). Após relatar os fatos, diz que atua no ramo de Comércio atacadista de mercadorias alimentícias em geral, recolhendo todos os tributos vinculados a sua atividade empresarial, cumprindo, com exatidão, todas as determinações da SEFAZ.

No tópico III suscita preliminares. Primeiramente informa que todos os itens constantes do AI foram justificados em procedimento fiscal anterior e as acusações fiscais não encontram fundamento ante à documentação apresentada pela Impugnante, o que ofenderia o art. 146 do CTN.

Seguindo, como prejudicial de mérito, reproduzindo o art. 142 do CTN, art. 2º do RPAF e arts. 2º, VII, 50, I e II, § 1º e 53 da Lei nº 9.784/1999, alega que a autuação viola o princípio da verdade material, tanto na tomada de crédito quanto no suposto pagamento a menos de tributo, razão pela qual o auto deve ser anulado por cerceamento do direito de defesa com fundamento no art. 18, IV, “a” do RPAF, em face da inadequação da capitulação do auto, o que, diz, contrariar os princípios da estrita legalidade, tipicidade e reserva de lei, sobre os quais disserta.

Seguindo, reproduz o enquadramento legal das infrações e diz que são genéricos, sem relação com os “fatos ditos infringidos”, sem possibilidade de relacioná-los com as infrações e que diante da falta de tipicidade, a nulidade do lançamento se impõe, pois, nele se tem as seguintes situações:

- i. Os fatos narrados não foram provados, mas apenas foram listados;
- ii. Os fatos narrados não espelham a realidade e, muito menos, os fatos tidos como infringidos;
- iii. As normas elencadas como fundamentos da ilegalidade tributária, sequer contêm hipóteses de incidência de ICMS ou de hipóteses legais que tipificam infrações e, por conseguinte, são insuficientes e nulas porque sem qualquer aplicação sobre os fatos alegados ou sobre qualquer fato.

No item IV. MÉRITO, passa a tratar pontualmente cada infração.

Infração 01

Diz que da análise dos itens relacionados no ANEXO 1 verifica inconsistências que culminam na nulidade da autuação, pois, exemplificando, há mercadorias não sujeitas a ST:

- a. CASC CONE INDUSTRIAL – NCM 190590090 – em 2016 não se enquadrava na ST, conforme o item 11.26 do Anexo 1 do RICMS;
- b. CHOC GRANUL DORI 1.01KG – NCM 18069000 – A tributação do produto é normal, uma vez que a sua embalagem possui mais de 1KG e os itens 11.4 e 11.6 do Anexo 1 do RICMS entendem que estão sujeitos à ST apenas os produtos com embalagem inferior ou igual a 1 KG;
- c. CHOC PO MARATA 24X200G – O item 11.4 do Anexo 1 do RICMS exclui a ST das operações envolvendo achocolatado;
- d. COB NESTLE MARFIM 2.3KG – NCM 17049010 – Assim como no item “b”, este produto não está sujeito a ST, pois possui embalagem superior a 1KG, nos termos do item 11.1 do Anexo 1 do

RICMS-BA:

- e. MELHORADOR MASSA MELHORITA 20KG e MELHORADOR MASSA PRAMIX 20KG – NCM 1901200 – O produto não se sujeita a ST, pois consiste em uma massa composta a mistura de amido destinado à melhora da qualidade da farinha de trigo;
- f. PEITO FRAN DEF T SEC CERATTI FAT 18X100G – NCM 16023220 – A fiscalização classificou em sua planilha “ANEXO 1 – DEMONSTRATIVO DE CRÉITO INDEVIDO – MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO” o NCM incorreto deste produto (NCM indicado na planilha 2071400). O NCM correto é 16023220, conforme consta na Nota Fiscal nº 327276 do fornecedor e fabricante do produto Omamori Industria de Alimento.

Fala que, não obstante o acima mencionado, há, ainda, outras incorreções, tais como (Pgs. 49 a 70):

- a. AGUA GAS PET SÃO LOURENCO 12X30ML – NCM 22011000 – Ocorreu a anulação com débito, tendo em vista que a impugnante emitiu a Nota Fiscal de entrada nº 620442 para neutralizar a NF de saída 618333;
- b. ALCATRA C/ MAMINHA BOV XINGUARA KG – NCM 2023000 – Tal qual na situação anterior, foi emitida NF de entrada 588787 com débito para neutralizar o crédito da Nota Fiscal de saída nº 580583;
- c. BIS BOM SABOR SH AGUA 180X2UN – NCM 19059020 – Idem, idem situação anterior com emissão de Nota Fiscal entrada nº 520132 para anular a Nota Fiscal de saída nº 512001;
- d. CHOC PO MARATA 24X200G e CHOC PO MARATA 200G – NCM 180690200 – Neste caso houve a mera transferência de mercadorias no estoque da empresa, tendo sido emitidas Notas Fiscais de entradas nºs 514491, 576501 e 590451, com as respectivas Notas Fiscais de saídas nºs 514478, 576500 e 590450;
- e. FAR TRIGO RENATA S FERM 10X1KG – NCM 11010010 – Idem, idem situação do item “a”, com a emissão da Nota Fiscal de entrada nº 536378 para neutralizar a Nota Fiscal de saída nº 517556;
- f. KIT PROMOTOR MERCHANDISING VIGOR – NCM 960811000 – As saídas do item foram tributadas conforme Notas Fiscais nºs 522388, 522389, 522391, 522393, 522396, 522397, 522399, 522400 e 529626 e relatório com saldo final em estoque;
- g. MINI PANETOTONE G CHOC S EDWIGES 24X80G – NCM 190520010 – Idem, idem situação “a” com anulação do crédito da Nota Fiscal saída nº 605670 através da Nota Fiscal de entrada nº 612330.

Pelo exposto, a infração deve ser anulada, vez que os casos listados sequer se enquadram na justificativa da infração. Ou seja, não se trata de uso indevido de crédito fiscal de mercadoria com ICMS antecipado, pois se trata de créditos que anulam débitos lançados anteriormente porque sujeitos a operações com incidência do ICMS, bem como de operações sem ocorrência de antecipação ou ST.

Infração 02

Diz não proceder, uma vez que a contratação para recebimento da mercadoria foi “FOB”, ou seja, o transporte foi arcado pela impugnante, o que lhe gera crédito na operação e que a situação “FOB” pode ser vista na carta de correção eletrônica enviada pela transportadora (pags. 71 e 72).

Infração 03

Afirma não proceder, uma vez que nas operações elencadas no ANEXO 3 – DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO – MERCADORIA ISENTA” houve emissão de NF de entrada para neutralizar o crédito da NF de saída ou houve a devolução do produto ao vendedor, como se verifica na NFs de págs. 73 a 80:

- a. FEIJÃO CARIOQ APETITI PREMIUM 10X1 KG – A Nota Fiscal de entrada nº 542197 foi emitida

pra neutralizar a Nota Fiscal de saída nº 528847, anulando o crédito da operação:

- b. GARRAFA VAZIA AGUARDENTE 51 UM – Mercadoria devolvida ao vendedor através da Nota Fiscal nº 603431;
- c. SAL GROSSO SOSAL 10X1KG e SAL SOSAL 10X1KG – Idem, idem situação “a” com emissão da Nota Fiscal entrada nº 637171 para neutralizar a Nota Fiscal saída nº 633530;
- d. SAL SH SOSAL 2000X1KG - Idem, idem situação “a” com emissão da Nota Fiscal entrada nº 637170 para neutralizar a Nota Fiscal saída nº 633532.

Pelo exposto, pede a improcedência da autuação.

Infrações 04, 05 e 06

Diz que houveram diversos casos em que a mercadoria foi devolvida à Impugnante, com o efetivo destaque do ICMS na informação complementar da NF-e, como se pode ver, por exemplo, nas Notas Fiscais nºs 526068, 526676, 531828 e 538775.

Ademais, aduz, importa destacar hipótese em que o fisco repete atuação sobre produto já objeto de outra infração, como é o caso da GARRAFA VAZIA AGUARDENTE 51 UM, já na infração 03, com indevida inclusão, uma vez que fora devolvida ao vendedor.

Também frisa que em diversas hipóteses o fisco autuou indevidamente sobre produtos com alíquota diferenciadas, como é o caso de “MILHO DE PIPOCA”, cuja alíquota é 7%, conforme o artigo 16, I da Lei nº 7014/96, vez que a redução da BC não se aplica às alíquotas inferiores a 10%.

Ademais, diz, há situações não observadas pelo fisco, como o caso onde os fornecedores emitiram NFs complementares de ICMS, uma vez que não haviam destacado o imposto na NF original, o que não foi observado pelo fisco.

Por fim, diz, o fisco reduziu a BC de forma equivocada, em 41,176%, em operações em que se permite o aproveitamento de 10% nas compras realizadas na Região Nordeste. Diz que a Impugnante lançou o crédito com base no art. 2º do Decreto nº 7799/00 (12% - 16,667% = 10%). Assim, diz, a redução a ser aplicada é 16,667% e não 41,176%, como autuado.

Infração 07

Diz que no mencionado caso da utilização do CFOP 1.926 em questão, tais mercadorias dizem respeito à industrialização que é exercida sobre matérias primas, produtos intermediários e importa na obtenção de um produto novo (transformação). As vendas se destinam a diversos clientes e na saída tem tributação normal. Neste caso, existe o destaque do ICMS próprio nas três notas: Na saída de matérias primas e material intermediário com o CFOP 5926, na entrada com o CFOP 1926, e nas vendas com o CFOP 5102 ou 6102. Assim, diz, não ocorreu a infração indicada na operação em questão.

Não obstante, diz, a situação acima descrita e erroneamente autuada, correspondente ao destaque de ICMS nas operações CFOP 1926, houve ainda autuação indevida de outras duas situações: a situação de desfazimento de KIT, onde a impugnante emitiu NF de entrada para anular o KIT, gerando a situação em que o débito anulou o crédito. Aduz que o fisco não considerou a situação em que houve a emissão de NF de transferência de estoque, que não gerou crédito à Impugnante, razão pela qual o AI deve ser anulado nesse ponto (págs. 142 a 157).

Infrações 08 e 09

Diz que conforme o enquadramento legal, a suposta infração é o aproveitamento de crédito sem documento idôneo, mas que tal infração se mostra incorreta, uma vez que o fisco não analisou as NFs que compõem as operações autuadas, razão pela qual a autuação não procede.

Infração 10

Diz que a infração não procede, uma vez que grande parte das mercadorias autuadas são isentas

por serem produtos hortifrutícolas ou por estarem inseridos no Anexo I do RICMS-BA, portanto, sujeitos a ST, como:

- a. AGUARD YPIOCA MEL LIMAO 700ML – NCM 22089000 – Sujeito a redução de BC de 41,176%, o que não foi considerado na autuação;
- b. CERVEJA THZ GOLD 6X600ML, CERVEJA SUL AMERICANA 6X600ML e CERVEJA THZ EBENHOLTZ ESCURA 6X600ML – NCM 22030000 – Produtos sujeitos à antecipação do tributo ou ST, nos termos do item 3.14 do Anexo 1 do RICMS-BA;
- c. MANDIOIA PALITO CONF ATI GEL 4X2,5KG – NCM 07141000 – A mercadoria é isenta, nos artigos 265, I, “a”, do RICMS-BA c/c Convênio ICM 44/75, § 4º;
- d. VODKA SMIRNOFF ICE LATA 6X269ML – NCM 22089000 – Por ser bebida com teor alcoólico inferior a 8%, se encaixa no item 3.17 do Anexo 1 do RICMS-BA;
- e. VODKA SMIRNOFF ICE LONG NECK 6X275ML – NCM 22089090 – Idem, idem situação anterior.

Ante a incorreção de sua BC, pede a anulação da infração.

Infração 11

Diz haver inúmeras incorreções realizadas na autuação. Dentre elas, o fisco aplicou alíquotas incorretas nas mercadorias, não considerou a ocorrência de devoluções de mercadorias ao vendedor, seja ela total ou parcial, ou, ainda, o direito ao crédito no caso de pagamento a maior da obrigação tributária, conforme planilha e NFs (págs. 159 a 184), pelo que, a infração também deve ser anulada.

Infração 12

Diz que não procede, uma vez que as mercadorias autuadas correspondem a produtos com remessa em comodato, CFOP 5.908, que não gera ICMS, conforme dispunha o artigo 6º, XIV, “a” do RICMS-BA/97. Também pede a anulação da autuação.

Infração 13

Alega também não proceder, pois não se observou diversas situações que lhe confere o direito à redução da BC ou, ainda, o pagamento da diferença na operação própria com a indicação na EFD.

Dentre as operações, destaca a ocorrência da redução de 41,176% na BC, o que, diz, demonstra não ter havido a busca da verdade material pelo fisco, uma vez que tal situação era facilmente apurável com a análise das NFs.

Ademais, diz, recolheu a diferença de 2% no ICMS em diversas operações e informou na EFD, o que se pode ver na apuração do ICMS (págs. 185 e 186), bem como através da planilha com a reposta às autuações e as NFs às quais vinculam as operações (págs. 187 a 312). Assim, diz, não procede a autuação, devendo ser anulada nesse ponto.

Infração 14

Alega não proceder, “contudo, uma vez que em todas as operações destacadas na planilha ANEXO 13 – DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR –NF – ERRO NO CÁLCULO (ALÍQ x BASE), tendo em vista que o montante foi recolhido corretamente, conforme informado na EFD, sendo assim, não houve prejuízo ao Estado”.

Infração 15

Diz que, como já mencionado no subitem “III.3 – Prejudicial de mérito – Nulidade do auto de infração: cerceamento de defesa – inadequação da capitulação do auto”, a fiscalização não analisou toda a documentação apresentada pelo Impugnante (págs. 313 a 321) e, também, deve ser anulada.

Seguindo, transcrevendo o art. 123, § 3º do RPAF, caso não possível anular o Auto de Infração,

solicita realização de diligência fiscal para a apuração correta da infração.

Concluindo a peça defensiva, pleiteia a anulação do Auto de infração, tendo em vista:

- “Seja acolhida a preliminar de nulidade apontada, tendo em vista a alteração no procedimento de fiscalização em relação a outras diligências já realizadas em relação a operações idênticas (art. 146, CTN).
- Subsidiariamente, ultrapassada a preliminar, sejam acolhidas as prejudiciais de mérito quanto à violação ao princípio da verdade material, específico das impugnações administrativas, bem como, do cerceamento de defesa, decorrente da violação ao princípio da tipicidade tributária, estrita legalidade tributária e reserva de lei, em face da total falta de correlação de fundamentos legais com os fatos supostamente apontados.
- Na remota hipótese de ultrapassadas a preliminar e as prejudiciais, no mérito, a anulação do Auto de Infração é medida que se impõe, em razão de erros na capitulação dos fatos em todas as infrações, de maneira que as acusações não espelham os fatos praticadas;
- Caso a autoridade julgadora entenda que os elementos comprobatórios aqui anexados, ou juntados pela fiscalização, não são suficientes para sua acertada decisão, que o julgamento seja revertido em diligência, visando apontar e aferir a legalidade e regularidade das operações ora impugnadas”.

Em 11/02/2019, a autuante presta Informação Fiscal às fls. 401-427 dos autos. Após reproduzir o teor das infrações e resumir as alegações defensivas, rebate a Impugnação:

1 – PROCEDIMENTOS JUSTIFICADOS EM MOMENTO ANTERIOR A AUTUAÇÃO

Informa que antes da autuação enviou e-mail para o contribuinte informando as inconsistências para análise solicitando retorno em caso de dúvida ou divergência (fls. 22 a 26), porém não houve manifestação por parte do contribuinte.

Também enviou e-mail (fl. 27), questionando se existia alguma autuação ou denúncia espontânea tratando sobre as inconsistências informadas e o contribuinte não se manifestou.

Quanto ao documento enviado em resposta a intimação 12, diz conter chave que é inexistente no banco de dados de NF-e, conforme folhas 18 a 21.

2 – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL E NULIDADE

Diz não proceder as alegações de falta de investigação quanto à verdade material, pois nas folhas 1 a 9 têm as descrições das infrações com o devido enquadramento e multas aplicadas, atendendo o que determina o art. 18 do RPAF. Os anexos demonstram os valores reclamados e cópias dos documentos comprobatórios de folhas 29 a 69 foram entregues ao contribuinte, conforme folhas 71 e 72. As planilhas são claras e objetivas, contendo informações sobre as operações como: data, número do documento, CFOP, código do produto, descrição do produto, preço, redução da base de cálculo, alíquota e todas as informações necessárias para a demonstração das infrações e os anexos 1 a 17 demonstram os valores reclamados.

Informa constar no auto os documentos e provas necessárias, como a escrita fiscal e notas fiscais constantes no arquivo magnético, folhas 67 a 69, documentos que comprovam os dados dos anexos 1 a 17, os relatórios dos portais <http://www.nfe.fazenda.gov.br>.

Diz que os valores reclamados na autuação se basearam nas notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital - EFD, documento gerado pela própria autuada e que a impugnante não questionou as informações da EFD.

Sobre a alegação que houve desrespeito à Lei nº 9.784/99, informa ser esta, Lei que estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta e que as normas básicas sobre o processo administrativo no Estado da Bahia estão sujeitas a Lei nº 3.956/81 e ao Decreto nº 7.629/99.

3 - NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA – INADEQUAÇÃO DA CAPITULAÇÃO DO AUTO

Diz não ter havido cerceamento de defesa em virtude do Auto de Infração ter 15 infrações, pois o lançamento fiscal foi emitido conforme as normas da SEFAZ/BA, em vista das irregularidades encontradas.

Fala não proceder a alegação de enquadramento genérico pelas razões que pontua:

Infração 01

O art. 29, § 4º, inciso II da Lei nº 7.014/96, dispõe: ***“É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior”***. Esta descrição está compatível com a situação em que contribuinte escritura crédito de mercadoria sujeita a substituição tributária conforme exposto na descrição da infração.

Infração 2

O art. 29 da Lei nº 7.014/96, dispõe: ***“Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior”***.

Esta descrição está compatível com a situação em a empresa utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado.

Infração 3

O art. 29, § 4º, inciso II da Lei nº 7.014/96 dispõe: ***“É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior”***.

Esta descrição está compatível com a situação em que o contribuinte se credita de mercadoria com saída isenta, conforme descrição complementar da infração.

Infrações 4, 5 e 6

O § 6º, do art. 309 do RICMS, dispõe: ***“Quando o imposto não estiver destacado no documento fiscal ou o seu destaque tiver sido feito a menos, a utilização do crédito fiscal restante ou não destacado ficará condicionada à regularização mediante emissão de documento fiscal complementar, pelo remetente ou prestador, vedada a utilização, para esse fim, de “carta de correção”***.

Esta descrição está compatível com a situação em que contribuinte escritura crédito superior ao corretamente destacado no documento fiscal, sem a devida regularização mediante emissão de documento fiscal.

Infração 7

O § 7º, do art. 309 do RICMS, dispõe: ***“Se o imposto for destacado a mais do que o devido, somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado, inclusive quando, em operação interestadual, a legislação da unidade federada de origem fixar base de cálculo superior à estabelecida em lei complementar ou em convênio ou protocolo, ou o imposto houver sido cobrado com base em pauta fiscal superior ao valor da operação”***.

Esta descrição está compatível com a situação em que contribuinte utilizou crédito em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal.

Infrações 8 e 9

O art. 31 da Lei nº 7.014/96 dispõe: *“O direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento **que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços**, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação”*.

Esta descrição está compatível com a situação em que contribuinte se credita com base em nota cancelada ou inexistente.

Infração 10

O art. 2, inciso I da Lei nº 7.014/96 dispõe: *“ICMS incide sobre realização de operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por bares, restaurantes, hotéis e estabelecimentos similares, incluídos os serviços prestados”*. Este dispositivo determina o fato gerador.

O art. 32 da Lei nº 7.014/96 dispõe: *“O imposto será recolhido junto à rede bancária autorizada, entidades públicas ou privadas conveniadas, ou ao agente arrecadador da rede própria, no local da ocorrência da operação ou prestação tributável, no prazo e formas estabelecidos pelo regulamento ou convênio firmado”*. Este dispositivo determina que o imposto deve ser pago.

Diz que o enquadramento está de acordo com a situação em que contribuinte emite nota fiscal (fato gerador) e não destaca o débito, implicando em não recolhimento do imposto, conforme descrito na infração, inclusive na descrição complementar que foi omitida pela recorrente. O enquadramento está correto.

Infração 11

O art. 49-C da Lei nº 7.014/96 dispõe: *“Na hipótese de operações ou prestações que destinarem mercadorias, bens ou serviços a consumidor final não contribuinte do imposto localizado em outra unidade da Federação, deverá ser recolhido para este Estado, além do imposto calculado mediante utilização da alíquota interestadual, o valor correspondente à diferença entre a alíquota interna da unidade federada de destino e a alíquota interestadual”*. Este enquadramento está de acordo a descrição da infração.

Infração 12

O art. 24 da Lei nº 7.014/96 dispõe: *“O ICMS será apurado por período, conforme dispuser o regulamento”*.

Cita o art. 25 da Lei nº 7.014/96: *“As obrigações consideram-se vencidas na data em que termine o período de apuração e são liquidadas por compensação ou mediante pagamento em dinheiro como disposto neste artigo”*.

O art. 26 da Lei nº 7.014/96 dispõe: *“Para efeito de aplicação do disposto nos arts. 24 e 25, os débitos e créditos serão apurados em cada estabelecimento, compensando-se os saldos credores e devedores entre os estabelecimentos do mesmo sujeito passivo localizados neste Estado, conforme dispuser o Regulamento (LC 87/96 e 102/00)”*.

O art. 34, inciso III da Lei nº 7.014/96: *“São obrigações do contribuinte pagar o imposto devido na forma, local e prazo previstos na legislação estadual”*.

O art. 215 do RICMS/BA dispõe: *“A escrituração dos livros fiscais será feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, sob sua exclusiva responsabilidade”*.

O art. 248 do RICMS/BA dispõe: *“A Escrituração Fiscal Digital - EFD é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, exceto para o microempreendedor individual e para os contribuintes optantes pelo Simples Nacional”*.

Diz que o enquadramento está de acordo com a infração 12 em que o contribuinte lançou ICMS

nos REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS referente às notas fiscais do anexo 11 com valor superior ao destacado no documento fiscal. A impugnante omitiu a descrição complementar.

Infração 13

Os artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96 especificam as alíquotas, que estão de acordo com a descrição em que o contribuinte efetuou a saída das mercadorias aplicando alíquota diversa da prevista na legislação através de notas fiscais relacionadas no anexo 12, que especifica a alíquota aplicada e a alíquota correta.

Infração 15

O art. 4º, inciso XV da Lei nº 7.014/96 dispõe: *“Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto”*. Isto descreve o fato gerador.

O art. 305, § 4º, inciso III, alínea “a” do RICMS/BA determina que no regime de conta corrente fiscal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal e que constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher o valor correspondente à diferença de alíquotas, nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente. Isto está de acordo com a descrição da infração.

Assim, diz, o auto de infração seguiu o que estabelece os dispositivos legais: art. 129, § 1º, III COTEB, Lei nº 3.956/81, art. 142 do CTN e art. 5º, LV da CF. Ademais, de acordo com o parágrafo 1º do art. 18 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo, o que foi feito e a própria impugnação é prova de que o requerente entendeu as infrações e não houve cerceamento de defesa.

Quanto ao mérito informa:

INFRAÇÃO 1

A impugnante alega que produtos constantes do anexo 1 não estão sujeitos a substituição e analisando os argumentos, informa:

CASC CONE INDUSTRIAL – NCM 19059090 – Em agosto de 2016 o produto não se enquadrava na ST, conforme o item 11.26-B do Anexo I do RICMS.

Este item foi excluído no ANEXO 18 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

CHOC GRANUL DORI 1.01KG – NCM 18069000 – Segundo a impugnante a tributação do produto é normal, uma vez que a sua embalagem possui mais de 1KG e os itens 11.4 e 11.6 do Anexo I do RICMS entendem que estão sujeitos à ST apenas os produtos com embalagem de conteúdo inferior ou igual à 1KG, porém estes itens foram incluídos no demonstrativo a partir de setembro de 2017, cujo anexo tem o item 11.7 - bombons, balas, caramelos, **confeitos**, pastilhas e outros produtos de confeitaria, contendo cacau. Granulado é confeito. Não existe correção a fazer neste

item

CHOC PO MARATA 24X200G – NCM 18069000 – Segundo a defendente o item 11.4 do Anexo I do RICMS exclui o ST das operações envolvendo achocolatado. A recorrente informou na EFD a descrição incorreta, o que induziu a fiscalização ao erro. Na nota 224.306 do fornecedor JAV INDUSTRIA DE ALIMENTOS LTDA, consta a descrição ACHOCOLATADO MARATA SACHET 24X200GR. Este item foi excluído no ANEXO 18 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

COB NESTLE MARFIM 2.3KG – NCM 17049010 – Este produto não está sujeito à ST, pois possui embalagem superior à 1KG, nos termos do item 11.1 do Anexo I do RICMS. Este item foi excluído no ANEXO 18 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

MELHORADOR MASSA MELHORITA 20KG e MELHORADOR MASSA PRAMIX 20KG – NCM 19012000 – O produto não está sujeito à ST, pois consiste em uma massa composta da mistura de amido destinado à melhora da qualidade da farinha de trigo. Este item foi excluído no ANEXO 18 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

PEITO FRAN DEF T SEC CERATTI FAT 18X100G – NCM 16023220 – A Fiscalização classificou em sua planilha “ANEXO 1 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO” o NCM incorreto deste produto (NCM indica na planilha pelo Fisco é 2071400). O NCM correto é 16023220, conforme consta na Nota Fiscal nº 327276 do fornecedor e fabricante do produto Omamori Industria de Alimentos. A recorrente informou na EFD o NCM incorreto (0207.14.00), o que induziu a fiscalização ao erro.

Este item foi excluído no ANEXO 18 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

AGUA GAS PET SAO LOURENCO 12X300ML – NCM 22011000 – Ocorreu a anulação do crédito com débito, tendo em vista que a impugnante emitiu a Nota Fiscal de Entrada nº 620.442 para neutralizar a Nota Fiscal de Saída nº 618.333.

A informação confere. Este item foi excluído no ANEXO 18 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

ALCATRA C/ MAMINHA BOV XINGUARA KG – NCM 0202.3000 – Tal qual na situação anterior, foi emitida Nota Fiscal de Entrada nº 588.787 com débito para neutralizar o crédito da Nota Fiscal de Saída nº 580.583.

A informação confere. Este item foi excluído no ANEXO 18 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

BIS BOM SABOR SH AGUA 180X2UN – NCM 19059020 – Situação semelhante às anteriores, tendo em vista que foi emitida Nota Fiscal de Entrada nº 520.132 para neutralizar Nota Fiscal de Saída nº 512.001. A informação confere.

Este item foi excluído no ANEXO 18 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

CHOC PO MARATA 24X200G e CHOC PO MARATA 200G – NCM 18069000 – Neste caso houve a mera transferência de mercadorias no estoque da empresa, tendo sido emitidas as Notas Fiscais de Entrada nº 514.491, 576.501 e 590.451, com as respectivas Notas Fiscais de Saída nº 514.478, 576.500 e 590.450.

Este item já havia sido excluído integralmente conforme acima.

FAR TRIGO RENATA S FERM 10X1KG – NCM 11010010 – Tal qual a situação demonstrada anteriormente, ocorreu a Anulação do crédito com débito, tendo em vista que a impugnante emitiu a Nota Fiscal de entrada nº 536378 para neutralizar FAR TRIGO RENATA a Nota Fiscal de

Saída nº 517556.

A informação confere. Este item foi excluído no ANEXO 18 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

KIT PROMOTOR MERCHANDISING VIGOR UM – NCM 96081000 – As saídas do item foram tributadas conforme Notas Fiscais nºs 522388, 522389, 522391, 522393, 522396, 522397, 522398, 522399, 522400 e 529626 e relatório com saldo final em estoque.

A informação confere. Este item foi excluído no ANEXO 18 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

MINI PANETTONE G CHOC S EDWIGES 24X80G – NCM 19052010 – Como ocorre na situação anterior, houve a anulação do crédito da Nota Fiscal de Saída nº 605.670 através da emissão da Nota Fiscal de Entrada nº 612.330, sendo assim, o débito anulou o crédito.

A informação confere. Este item foi excluído no ANEXO 18 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL (fls. 428-429), produzido para substituir o original, remanescendo da infração 1, R\$ **95.420,38**

INFRAÇÃO 2

A impugnante alega que a contratação para recebimento da mercadoria foi “FOB”, ou seja, o transporte da mercadoria foi arcado pela impugnante, fato este que gera crédito na operação. Além da alegação não proceder, pois no CT-e (fl. 32) consta outra empresa como tomadora do serviço, tal inconsistência foi notificada ao contribuinte no curso da fiscalização por e-mail (fl. 23) e ele não ter se manifestou e a Carta de Correção aportada com a Impugnação não pode mudar quem tem direito ao crédito, de modo que ratifica a exação.

INFRAÇÃO 3

A impugnante alega que houve emissão de nota fiscal para neutralizar o crédito.

FEIJAO CARIOQ APETITI PREMIUM 10X1KG – Segundo a impugnante a Nota Fiscal de Entrada nº 542.197 foi emitida para neutralizar a Nota Fiscal de Saída nº 528.847, anulando o crédito da operação. Na realidade o contribuinte recebeu mercadoria da Nota Fiscal nº 404.466 de 08/03/2016 e não utilizou o crédito. Parte desta mercadoria foi devolvida através da Nota Fiscal de saída 528.847 e houve destaque do débito. Para anular este débito, já que não usou o crédito da Nota Fiscal nº 404.466, foi emitida a Nota Fiscal nº 542.197.

GARRAFA VAZIA AGUARDENTE 51 UM – Segundo a impugnante a mercadoria devolvida ao vendedor através da Nota Fiscal nº 603.431. Na realidade a mercadoria entrou através da Nota Fiscal nº 61.796 sem destaque de imposto, porém o seu crédito foi lançado da EFD. Depois a mercadoria foi devolvida através da Nota Fiscal nº 603.431 com destaque de imposto. O registro da NF de entrada não deveria ter o crédito do imposto, já que a Nota de Entrada nº 61796 não tem destaque e a Nota Fiscal de Devolução nº 603.431 deveria sair sem débito de imposto.

O erro de escrituração e lançamento de notas fiscais por parte do contribuinte induziu a fiscalização a erro. Este item foi excluído no ANEXO 19 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA ISENTA - INFORMAÇÃO FISCAL.

SAL GROSSO SOSAL 10X1KG e SAL SOSAL 10X1KG – Segundo a impugnante, tal qual na situação anterior, houve a emissão de Nota Fiscal de Entrada nº 637.171 com o intuito de neutralizar a Nota Fiscal de Saída nº 633.530, sendo que uma operação anula a outra. Na realidade o contribuinte recebeu mercadoria da Nota Fiscal nº 51.839 e não utilizou o crédito. Parte desta mercadoria foi devolvida através da Nota Fiscal de Saída 633.530 e houve destaque do débito. Para anular este débito, já que não usou o crédito da Nota Fiscal nº 51.839, foi emitida a Nota Fiscal nº 637.171.

Estes itens foram excluídos no ANEXO 19 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA ISENTA - INFORMAÇÃO FISCAL.

SAL SH SOSAL 2000X1G – Situação semelhante à anterior, em que ocorreu a anulação da operação

Mais uma vez o contribuinte escriturou errado a EFD. Toma por exemplo a Nota Fiscal nº 258.841, que o valor do item R\$ 558,00, base de cálculo R\$ 558,00, alíquota 7% e imposto R\$ 39,06, porém na EFD o contribuinte colocou base R\$ 217,01, alíquota 18% e imposto R\$ 39,06. O sistema ao examinar a EFD indicou a inconsistência de usar a alíquota de 18% quando o correto seria 7%. O erro por parte do contribuinte ao escriturar a EFD com incongruência induziu a fiscalização ao equívoco.

IDENTIFICAÇÃO DO EMITENTE RMR AGROINDUSTRIA COM ATACADISTA BENEFICIA AV. PERNAMBUCO, 191 STA. MONICA II-44078-440 FEIRA DE SANTANA - BA Fone/Fax: (75)2102-7600		DANFE 0 - ENTRADA 1 - SAÍDA Nº 000.258.841 Série 001			
CHAVE DE ACESSO 29170503612196000163550010002588411111010053		PROTOCOLO DE AUTORIZAÇÃO DE USO 129170051423788 - 11/05/2017 09:35:01-03:00			
NATUREZA DA OPERAÇÃO VENDA DE MERC. ADQUIRIDA OU RECEBIDA DE TERCEIROS		INSCRIÇÃO ESTADUAL DO SUBST. TRIBUT 03.612.196/0001-63			
INSCRIÇÃO ESTADUAL 52422177		CNPJ/CPF 07.041.307/0001-80		DATA DE EMISSÃO 10/05/2017	
DESTINATÁRIO/REMETENTE SOST IND COM ALIM LTDA		INSCRIÇÃO ESTADUAL 64833153		DATA DA SAÍDA	
ENDEREÇO RUA CANDIDO RISSUT, 254, CAJI		CEP 42700-000		UF BA	
MUNICÍPIO LAURO DE FREITAS		FONE/FAX (71)3172-2422		HORA DA SAÍDA	
CÁLCULO DO IMPOSTO					
BASE DE CÁLCULO	558,00	VALOR DO ICMS	39,06	VALOR DO ICMS ST	0,00
PRETE	0,00	VALOR DO SEGURO	0,00	OUTRAS DESPESAS	0,00
VALOR DO DESCONTO	0,00	VALOR DA IMPORTAÇÃO	0,00	VALOR DO IPI	9,21
VALOR TOTAL DO ST	0,00	VALOR DA COFIN	42,41	VALOR TOTAL DOS PRODUTOS	558,00
TRANSPORTADOR/VOLUMES TRANSPORTADOS					
NOBRE / RAZÃO SOCIAL	PRETER POR CONTA		9 - Sem Frete	PLACA DO REBOQUE	PLACA DO VEÍCULO
ENDEREÇO	MUNICÍPIO		UF	INSCRIÇÃO ESTADUAL	CNPJ
NÚMERO	PESO BRUTO		PESO LÍQUIDO		
DADOS DOS PRODUTOS / SERVIÇOS					
Código Produto	Descrição do Produto/Serviço	Item	NCM/SH	CST	CFOP
67	MILHO DE PIPOCA DULAR F0 20X500R	1	20050000	000	5102
Qtd	Valor Unit	Valor Total	Descrto	ICMS	Valor ICMS
20,000	27,90	558,00	0,00	558,00	39,06
12/05/2017 10/05/2017 258841 55 1 00 03.612.196/0001-63 052422177 BA Feira de Santana - BA RMR COMERCIAL DE BEBIDAS E CEREJAS LTDA					
Qtd	Valor Unit	Valor Total	Descrto	ICMS	Valor ICMS
020	1102	18,00	558,00	217,01	39,06
					340,99

A Nota Fiscal nº 22.236 não tem o destaque e R\$ 86,10. Este item permanece. Os demais itens de milho de pipoca foram excluídos do ANEXO 21 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL.

V - Os fornecedores das mercadorias emitiram notas fiscais complementares de ICMS, uma vez que não haviam destacado o imposto na nota fiscal de origem.

As Notas Fiscais nºs 358.418, 98.476, 2.109, 142.640, 1.155, 1.869, 10.764, 37.38, 39, 2.646, 152.934, 5.932, 155.993, 250, 154.715, 887, 172.039, 541, 370, 171.950, 173.846, 173.847, folhas 169 a 214, são notas fiscais de complemento de ICMS. O correto seria o contribuinte escriturar na EFD, no campo descrição, ICMS COMPLEMENTAR ao invés de ITEM COMPLEMENTAR.

Estes itens foram excluídos do ANEXO 21 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL.

VI - a Fiscalização reduziu a base de cálculo, de forma equivocada, em 41,176% em operações às quais é permitido o aproveitamento de crédito de 10% nas compras realizadas na Região Nordeste. A Impugnante lançou o crédito com base no Art. 2º do Decreto nº 7.799/00 (12% - 16,667% = 10%). Sendo assim, a redução a ser aplicada no caso é de 16,667% e não de 41,176%, como fez indevidamente a Fiscalização.

A Nota Fiscal nº 159.500 é de 30/09/2017 e a empresa teve o benefício do Decreto nº 7.799/00 revogado pelo parecer do processo SIPRO 178.481/2016-2, com ciência em 31/03/2017.

CPT - Processo

Nº. do Processo: 178481/2016-2 Data Cadastramento: 05/10/2016 1 Papel

Dados do Processo | Parecer Intermediário | Parecer Final | Aprovação |

Ratifico o parecer final exarado neste processo.

Cargo	Data/Hora	Participante
Gerente GECES	08/02/2017 16:22:00	ANA CLAUDIA VASCONCELOS GOMES
Diretor DPF	10/02/2017 15:25:00	FREDERICO GUNNAR DURR

☒ Finalizado por: 10/02/2017 15:25:00 FREDERICO GUNNAR DURR

Unidade Finalizadora: SAT/DPF

Situação do Processo: CASSAÇÃO DEFERIDA Data Fim de Vigência: / /

Data Ciência: 31/03/2017 10:23:00

I.E.	CNPJ / CPF	Razão Social / Nome	Sit. Parecer Final	Data Alteração	Sit. Contrb
64833153	007041307/0001-80	SOST INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIM	CASSAÇÃO D	10/02/2017 15	ATIVO

Ratifica a infração 5.

Assim, pelo exposto, o valor da exação pela Infração 4 fica ajustado de R\$ 12.402,49 para R\$ 11.632,12, conforme o ANEXO 20 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ICMS LANÇADO NA EFD MAIOR QUE NF-e - INFORMAÇÃO FISCAL, que substitui o original, e o valor remanescente da infração 6, passa de R\$ 1.181,96 para R\$ 524,20, conforme o ANEXO 21 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL, que substitui o original.

INFRAÇÃO 7

A impugnante alega que na utilização do CFOP 1.926, tais mercadorias dizem respeito à industrialização que é exercida sobre matérias primas, produtos intermediários e importa na obtenção de espécie de um produto novo (transformação). As vendas são destinadas para diversos clientes e na saída tem sua tributação normal. Neste caso, existe o destaque do ICMS próprio nas três notas: Na saída de matérias primas e material intermediário com o CFOP 5926, na entrada com o CFOP 1926, e nas vendas com o CFOP 5102 ou 6102. Sendo assim, não ocorreu a infração indicada na operação em questão.

As notas das folhas 215 a 230 foram corrigidas no ANEXO 22 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA PARA FORMAÇÃO DE CESTA E KIT - INFORMAÇÃO FISCAL (fls. 434-435), produzido para substituir o original, ajustando o valor da exação de R\$ 115.163,38 para R\$ 98.823,04.

INFRAÇÕES 8 e 9

A defendente alega que a Nota Fiscal nº 8.042, emitida em 27/09/2017, pela empresa Casa de Farinha S/A, folhas 231, gera o crédito à impugnante.

Esta nota se refere a infração 9. Esta nota tem a chave 26-1709-07.694.626/0001-94-55-001-000.008.042-700.203.250-6, cuja consulta no portal da NF-e consta **NF-e INEXISTENTE**, folhas 18 a 21.

A recorrente não elidiu no mérito a infração 8. Nas folhas 43 a 45, consta a consulta do portal da NF-e que identifica as notas do anexo 8 como canceladas.

Ratifica as infrações 8 e 9.

INFRAÇÃO 10

A defendente alega que os itens do anexo 10 são isentos por serem produtos hortifrutícolas ou por estarem inseridas no Anexo I do RICMS/BA, estando sujeitas ao regime da substituição tributária.

AGUARD YPIOCA MEL LIMA 700ML – NCM 22089000 – Produto sujeito à redução da base de cálculo de 41,176%. Tal redução não foi levada em consideração pela Fiscalização que lançou, indevidamente, o valor cheio do tributo.

A correção foi feita no ANEXO 23 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - NF - BONIFICAÇÃO NÃO TRIBUTADA - INFORMAÇÃO FISCAL.

CERVEJA THZ GOLD 6X600ML, CERVEJA SUL AMERICANA 6X600ML e CERVEJA THZ EBENHOLTZ ESCURA 6X600ML – NCM 22030000 – Produto sujeito à antecipação do tributo ou substituição tributária, nos termos do item 3.14 do Anexo I do RICMS.

Estes itens foram excluídos do ANEXO 23 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - NF - BONIFICAÇÃO NÃO TRIBUTADA - INFORMAÇÃO FISCAL.

MANDIOCA PALITO CONG ATI GEL 4X2.5KG – NCM 07141000 – A mercadoria é isenta, nos Artigo 265, inciso I, letra “a” do RICMS c/c Convênio ICM 44/75, § 4º.

A alegação não procede em relação a produtos congelados. Cita a cláusula primeira, inciso I do Convênio ICM 44/75:

“Ficam os Estados e o Distrito Federal autorizados a isentar do ICM as saídas, promovidas por quaisquer estabelecimentos, dos seguintes produtos:

I - hortifrutícolas em estado natural”:

O argumento é improcedente, pois o art. 265, I, “a” do RICMS/12 determina que são isentas do ICMS as saídas internas e interestaduais **desde que não destinadas à industrialização**, de produtos hortifrutícolas relacionados no Convênio ICM 44/75. Os produtos congelados não sofrem apenas processo e branqueamento. Eles são descascados, cortados, lavados, embalados em um processo industrial, ou seja, são industrializados. O fato gerador em questão está sujeito ao ICMS que não prevê a condição de congelado para isenção. O Convênio ICM 44/75 nunca previu a isenção para produtos congelados, mas no RICMS/97 tinha esta previsão.

O RICMS/12 não faz previsão de isenção para produtos congelado como o texto anterior e reporta-se apenas ao Convênio ICM 44/75. Se fosse a intenção do legislador manter os itens congelados com isenção no RICMS/12, teria a determinação expressa como no texto anterior, portanto produtos congelados não estão sujeitos a isenção.

VODKA SMIRNOFF ICE LATA 6X269ML, VODKA SMIRNOFF ICE RED 6X275ML e VODKA SMIRNOFF ICE STORM 6X269ML – NCM 22089000 – Por ser bebida com teor alcoólico inferior à 8%, se encaixa no item 3.17 do Anexo I do RICMS.

Estes itens foram excluídos do ANEXO 23 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - NF - BONIFICAÇÃO NÃO TRIBUTADA - INFORMAÇÃO FISCAL.

VODKA SMIRNOFF ICE LONG NECK 6X275ML – NCM 22060090 – Tal qual a situação anterior, é bebida com teor alcoólico inferior à 8% e se encaixa no item 3.17 do Anexo I do RICMS.

O NCM 2206 não consta do Anexo 1 do RICMS/BA para o período de 10/2017. Não existe correção a fazer neste item.

Assim, conforme o ANEXO 23 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - NF - BONIFICAÇÃO NÃO TRIBUTADA - INFORMAÇÃO FISCAL (fl. 436), produzido para substituir o original, ajusta a exação de R\$ 2.279,81 para R\$ 194,64.

INFRAÇÃO 11

A defendente alega que a fiscalização aplicou alíquotas incorretas nas mercadorias, não considerou a ocorrência de devoluções de mercadorias ao vendedor, seja ela total ou parcial, ou, ainda, o direito ao crédito no caso de pagamento a maior da obrigação tributária, conforme planilha e notas fiscais, folhas 232 a 257, em anexo.

Informa que a devolução não dá direito ao contribuinte abater do valor da repartição o crédito. O crédito da devolução deve ser lançado na escrita fiscal na sua devida proporção, o que trará reflexo no valor apurado a pagar no ICMS normal.

No caso de pagamento a maior não cabe a compensação e sim lançamento em outros créditos, o que trará reflexo no valor apurado a pagar no ICMS normal.

Assim, conforme o ANEXO 24 - DEMONSTRATIVO DA REPARTIÇÃO DA RECEITA - INFORMAÇÃO FISCAL e ANEXO 24-A - DEMONSTRATIVO DE LANÇAMENTO DA REPARTIÇÃO DA RECEITA (fls. 437-439 e CD fl. 443), produzidos para substituírem os originais, ajusta a exação de R\$ 6.847,25 para R\$ 6.553,07.

INFRAÇÃO 12

A impugnante alega que as mercadorias autuadas correspondem a produtos com remessa de comodato, CFOP 5.908, que não é fato gerador do ICMS.

A alegação da defendente é procedente.

INFRAÇÃO 13

A defendente alega que a impugnante tem o direito à redução da base de cálculo. A alteração da redução da base de cálculo foi feita para papel higiênico e bebida com NCM 2208.90 e com teor alcoólico superior a 8% no ANEXO 25 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

A recorrente alega que em diversas situações a impugnante recolheu a diferença de 2% no ICMS Normal e informou tal situação na EFD. Em outubro de 2016 a empresa lançou 25% na EFD e nos ajustes da apuração se debitou de 2%.

A alteração foi feita no ANEXO 25 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

Na planilha anexo 12, anexada pela impugnante, folhas 396, existe a explicação que notas do anexo foram emitidas para neutralizar outras notas compensando débito e crédito. A explicação não justifica o lançamento.

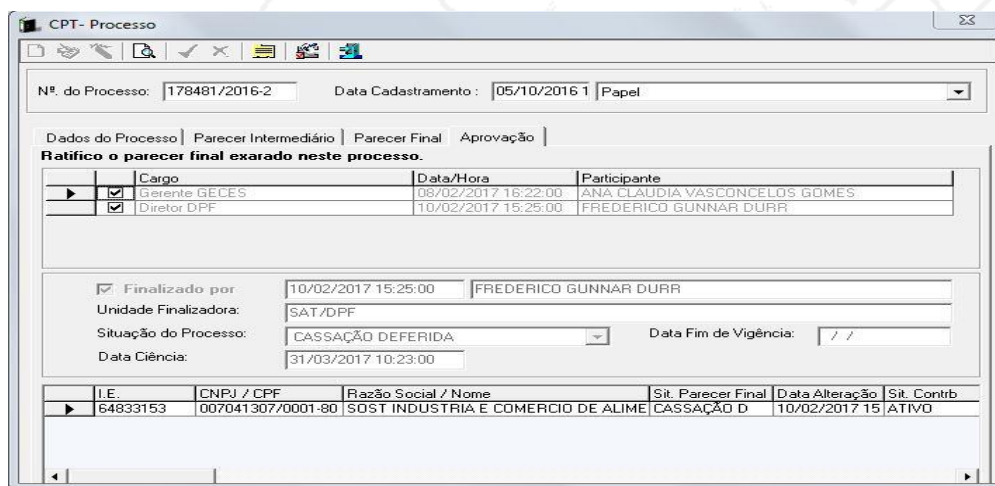
A defendente devolveu mercadoria através das Notas Fiscais nºs 577.932, 577.933 e 577.934 utilizando indevidamente o CFOP 6.949.

Estas notas foram excluídas do ANEXO 25 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL.

Na planilha anexo 12, anexada pela impugnante, folhas 396, a recorrente alega que as Notas Fiscais nºs 662.792 e 664.553, de novembro de 2017, estão sujeitas a redução na base de cálculo de 41,176% conforme Termo de Acordo do Decreto nº 7.799/00 (atacadista).

Ocorre que a empresa teve o benefício do Decreto nº 7.799/00 revogado pelo parecer do Processo SIPRO nº 178.481/2016-2, com ciência em 31/03/2017.

Não há correção a ser feita para estas notas.



CPT- Processo

Nº. do Processo: 178481/2016-2 Data Cadastramento: 05/10/2016 1 Papel

Dados do Processo | Parecer Intermediário | Parecer Final | Aprovação |

Ratifico o parecer final exarado neste processo.

Cargo	Data/Hora	Participante
Gerente GECS	08/02/2017 16:22:00	ANA CLAUDIA VASCONCELOS GOMES
Diretor DPF	10/02/2017 15:25:00	FREDERICO GUNNAR DURR

☒ Finalizado por: 10/02/2017 15:25:00 FREDERICO GUNNAR DURR

Unidade Finalizadora: SAT/DPF

Situação do Processo: CASSAÇÃO DEFERIDA Data Fim de Vigência: / /

Data Ciência: 31/03/2017 10:23:00

IE	CNPJ / CPF	Razão Social / Nome	Sit. Parecer Final	Data Alteração	Sit. Contrib
64833153	007041307/0001-80	SOST INDUSTRIA E COMERCIO DE ALIM	CASSAÇÃO D	10/02/2017 15	ATIVO

Assim, conforme o ANEXO 25 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL (fls. 440-441 e CD fl. 443, produzido para substituir o original, ajusta a exação de R\$ 4.564,09 para R\$ 2.184,79.

INFRAÇÃO 14

A impugnante alega que uma vez que em TODAS as operações destacadas pelo Fisco na planilha "ANEXO 13 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - ERRO NO CÁLCULO (ALIQ x BASE)" teve o montante recolhido corretamente, conforme informado na EFD, não houve prejuízo ao Estado.

Exemplificando com a Nota Fiscal nº 512.468, de 06/01/2016, que teve o imposto destacado em 3.217,21, porém foi lançado no REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS o valor de R\$ 3.876,16. Diz que, como este, erros por parte do contribuinte ao emitir a NF de saída a induziu ao equívoco.

Diz que o Auto de Infração deve ser anulado em face do reconhecimento da falha da autuação pela autuante (inclusão indevida de valores aos quais a contribuinte não realizou operação tributável), pois, tratando-se de erro de direito, conforme o entendimento do STJ exposto na ementa da decisão que reproduz, não sendo possível novo lançamento tributário.

V. MÉRITO

V.1. Dos procedimentos anteriores a autuação

Diz que a alegação de comunicação das inconsistências anterior ao Auto de Infração seria imprecisa, pois a Informação Fiscal demonstra que houve “rerratificação” do Auto de Infração, reduzindo a exação correspondente a indevidas autuações e que outros itens foram indevidamente mantidos, o que implica em insanável falha e nulidade do Auto de Infração.

V.2. Da nulidade do Auto de Infração – Impossibilidade de Retificação do AIIM

Diz que o afastamento de itens pela autuante prova não ter havido investigação prévia dos fatos pela Fiscalização tendo sido feito apontamentos sem fundamentos factuais que implicam na falta de motivação e nulidade do AI.

Infração 01

Diz que a autuante afastou a maioria dos itens impugnados, mantendo apenas autuação sobre “CHOC GRANUL DORI 1.01KG”, que seria indevida por ser de embalagem superior a 1 KG, não estando abrangido pela ST presente nos itens 11.4 e 11.6, do Anexo 1 do RICMS-BA, razão pela qual a infração deve ser anulada na integridade.

Infração 2

Diz que ainda que não tenha se manifestado anteriormente à lavratura do AI restou provado por meio da carta de correção que o contribuinte arcou com o custo do transporte da mercadoria, existindo, assim, o direito ao creditamento do FOB na operação, razão para anulação da infração.

Infração 3

A preposto fiscal afastou integralmente.

Infrações 4, 5 e 6

Diz ser indevida a manutenção integral da Infração 4, pois não se considerou diversas operações às quais não se creditou ante a devolução das mercadorias:

- a) NF-e nº 2816030254077900164055055000000581022496237 → A Nutrisabor devolveu a mercadoria e destacou o valor do imposto na informação complementar da NFD. Na venda ocorreu o débito do imposto, através da Nota Fiscal nº 526068, juntada no documento 8 da impugnação;
- b) NF-e nº 28160402540779001569550550000001811022527933 → Neste caso a Nutrisabor também devolveu a mercadoria e destacou o valor do imposto na informação complementar da NFD. Na venda ocorreu o débito do imposto, através da Nota Fiscal nº 531828, juntada também no documento 8 da impugnação;
- c) NF-e nº 28160502540779001569550550000001941022590300 → A Nutrisabor novamente devolveu a mercadoria e destacou o valor do imposto na informação complementar da NFD. Na venda ocorreu o débito do imposto, através da Nota Fiscal nº 538775, juntada também no documento 8 da impugnação;
- d) NF-e nº 28160402540779001569550550000001801022490099 → A Nutrisabor devolveu a mercadoria e destacou o valor do imposto na informação complementar da NFD. Na venda ocorreu o débito do imposto, através da Nota Fiscal nº 528676, juntada no documento 8 da impugnação;
- e) NF-e nº 35170705426493000140550010001545961002208592 → Neste caso, o fornecedor Polico enviou Nota Fiscal complementar de ICMS de nº 154715, emitida em 05/07/2017, conforme documento 8 da impugnação;

- f) NF-e nº 29171007041307000180550030006582391110026108 → Ocorreu a transferência de mercadorias dentro do estoque da própria contribuinte, conforme Nota Fiscal de Entrada nº 658239 e Nota Fiscal de Saída nº 658131, gerando, assim, o crédito e o débito, anulando uma na outra. As referidas notas foram juntadas no documento 8 da impugnação.

No tocante à Infração 5, diz que se a cassação do benefício da contribuinte oriunda do Decreto nº 7799/00 ocorreu apenas com a ciência em 31/03/2017, através do processo SIPRO nº 78.481/2016-2, a contribuinte atuou em seu pleno direito durante o período autuado, devendo tais valores serem afastados.

Assim, pelos motivos expostos, já considerando a redução dos itens 4 e 5, as exações das infrações 4, 5 e 6 devem ser afastadas.

Infração 7

Fala que a autuante afastou grande parte das operações ao considerar que não ocorreu a infração nas operações cujo CFOP é 5926, 1926, 5102 e 6102, mas não considerou as situações às quais houve a emissão de NF para processo de desfazimento de KIT, pois, diz, nessas operações a emissão da NF anula o crédito da operação anterior. Diz que essas operações envolvem as seguintes mercadorias:

- AMEIXA SECA RAVAX 100G → Houve a emissão de Nota Fiscal de Entrada nº 671511 e 673738 para processo de desfazimento do KIT de Nota Fiscal nº 664206 e 673164, respectivamente;
- ATUM RALADO G COSTA 170G → Emitida a Nota Fiscal de Entrada nº 671511 para processo de desfazimento do KIT de Nota Fiscal nº 664206;
- AZEITE E VIRGEM ANNA 500ML → Emissão de Nota Fiscal de Entrada nº 671511 para processo de desfazimento do KIT de Nota Fiscal nº 664206;
- AZEITON VERDE CAMPO BELO 500G → Emitida a Nota Fiscal de Entrada nº 671511 para processo de desfazimento do KIT de Nota Fiscal nº 664206;
- AZEITON VERDE SH CAMPO BELO 100G → Emissão de Nota Fiscal de Entrada nº 673735 e 673738 para processo de desfazimento do KIT de Nota Fiscal nºs 673161 e 673164, respectivamente;
- BAU PINUS MEDIO 45X36X36 → Emitida a Nota Fiscal de Entrada nº 671511 para processo de desfazimento do KIT de Nota Fiscal nº 664206;
- CAIXA DE PAPELAO DECORADA G → Emissão de Nota Fiscal de Entrada nº 673738 para processo de desfazimento do KIT de Nota Fiscal nº 673164;
- CAIXA DE PAPELAO DECORADA M (Div. descr.) → Emitida Nota Fiscal de Entrada nº 672025 e 673735 para processo de desfazimento do KIT de Nota Fiscal nºs 671531 e 673161, respectivamente;
- CAIXA DE PAPELAO DECORADA P → Nota Fiscal nº 673175 de entrada emitida para processo de desfazimento do KIT de Nota Fiscal nº 669781, ou seja, o débito anula o crédito;
- CASTANHA CAJU 240 W1 LATA 100G → Emitida a Nota Fiscal de Entrada nº 671511 para processo de desfazimento do KIT de Nota Fiscal nº 664206;
- CEREAL RITTER CHOC MOR LIGTH 25G → Emissão de Nota Fiscal de Entrada nº 673735 para processo de desfazimento do KIT de Nota Fiscal nº 673161;
- CEREJA CALDA TING 100G → Emitida a Nota Fiscal de Entrada nº 671511 para processo de desfazimento do KIT de Nota Fiscal nº 664206;
- CREME LEITE ITAMBE 300G → Nota Fiscal de Entrada nº 672025 emitida para processo de desfazimento do KIT de Nota Fiscal nº 671531;
- DOCE LEITE SABOR BAHIA → Emissão de Nota Fiscal de Entrada nº 672025 e 673735 para

processo de desfazimento do KIT de Nota Fiscal nº 671531 e 673161, respectivamente;

- ESPUM TERRANOVA MOSCATEL 750ML → Emitida a Nota Fiscal de Entrada nº 671511 para processo de desfazimento do KIT de Nota Fiscal nº 664206;
- FRUTAS CRISTALIZADAS RAVAX 200G → Emissão de Nota Fiscal de Entrada nº 673738 para processo de desfazimento do KIT de Nota Fiscal nº 673164;
- GOIABADA AUREA 250G → Emissão de Nota Fiscal de Entrada nº 673735 para processo de desfazimento do KIT de Nota Fiscal nº 673161;
- GOMA TUBO SORTIDA GOMETS 32G → Emissão de Nota Fiscal de Entrada nº 673735 para processo de desfazimento do KIT de Nota Fiscal nº 673161;
- LEITE COND MANACA 395G → Emissão de Nota Fiscal de Entrada nº 672025 para processo de desfazimento do KIT de Nota Fiscal nº 671531;
- MAIONESE QUERO POCHE 200G → Emissão de Nota Fiscal de Entrada nº 673735 para processo de desfazimento do KIT de Nota Fiscal nº 673161;
- PACOCA AMENDOIM SABOR BAHIA UM → Emissão de Notas Fiscais de Entrada nºs 673735 e 673738 para processo de desfazimento do KIT de Notas Fiscais nºs 673161 e 673164, respectivamente;
- PASSAS PRETAS S CAROCO D PEPE100G → Emissão de Nota Fiscal de Entrada nºs 671511, 672025, 673735 e 673738 para processo de desfazimento do KIT de Notas Fiscais nºs 664206, 671531, 673161 e 673164, respectivamente;
- PATE PRESUNTO ODERICH 100G → Emitida a Nota Fiscal de Entrada nº 671511 para processo de desfazimento do KIT de Nota Fiscal nº 664206;
- PESSEGO CALDA OLE 450G → Emissão de Nota Fiscal de Entrada nºs 671511 e 673738 para processo de desfazimento do KIT de Notas Fiscais nºs 664206 e 673164, respectivamente;
- QJ M PADRAO DIMINAS 500G → Emitida a Nota Fiscal de Entrada nº 672025 para processo de desfazimento do KIT de Nota Fiscal nº 671531;
- QJ REINO BAMBINO UM → Emissão de Nota Fiscal de Entrada nº 673738 para processo de desfazimento do KIT de Nota Fiscal nº 673164;
- REFR PO MORANGO NEILAR 30G → Emissão de Nota Fiscal de Entrada nº 673735 para processo de desfazimento do KIT de Nota Fiscal nº 673161;
- SIDRA GOTA DE PRATA 660ML → Emissão de Nota Fiscal de Entrada nº 673735 e 673738 para processo de desfazimento do KIT de Notas Fiscais nºs 673161 e 673164, respectivamente;
- V BR ALMADEN CAB SAUV TT 750ML → Emissão de Nota Fiscal de Entrada nº 671511 para processo de desfazimento do KIT de Nota Fiscal nº 664206;
- V BR ALMADEN SAUV BC 750ML → Emissão de Nota Fiscal de Entrada nº 671511 para processo de desfazimento do KIT de Nota Fiscal nº 664206;
- V BR DON BASTIAN TT SUAVE 750ML → Emissão de Notas Fiscais de Entrada nºs 672025, 673735 e 673738 para processo de desfazimento do KIT de Notas Fiscais nºs 671531, 673161 e 673164, respectivamente.

Ademais, diz, importa ressaltar, também, a indevida tributação do item “ATUM G COSTA RALADO 24X170G”, o qual não houve a comercialização, mas apenas a transferência dentro do próprio estoque da contribuinte, conforme a Nota Fiscal de entrada nº 513.731, com CFOP 1949 e Nota Fiscal de saída nº 513730, com CFOP 5949. Ou seja, o crédito é anulado pelo débito. Assim, pede o afastamento integral da infração.

Infrações 8 e 9

Diz que não procede a manutenção sob o argumento de não haver inconsistência nas mesmas, uma vez que as NFs do Anexo 8 constam como canceladas e a NF da Infração 9 consta como inexistente no sistema SEFAZ/BA, pois entende não ter havido verificação de todas as NFs autuadas, sendo que elas existem e entende necessária a realização de diligência para elucidação das inconsistências e posterior anulação da infração.

Infração 10

Ainda que a autuante tenha considerado parte da argumentação defensiva, importa ressaltar, contudo, a incorreção ao manter a autuação sobre o item “MANDIOCA PALITO CONG ATI GEL 4X2.5KG”, por entender que tal item não isento, uma vez que o Convênio ICM 44/1975 nunca previu a isenção de produtos congelados.

Informa que o CONSEF já proferiu decisão com entendimento que o congelamento de produtos hortifrutícolas não tem o condão de alterar a natureza do mesmo para fins de tributação, servindo apenas para o acondicionamento do produto. Nesse sentido transcreve parte do Acórdão JJF nº 0110-04/18, entendendo que ainda que congelado ou até embalado, não é possível afastar a natureza de produto hortifrutícola, bem como a isenção prevista no artigo 265, I, “a” do RICMS-BA/2012.

Também transcreve ementa do STJ, AREsp 851.817/SP que afasta a tributação sobre produtos hortifrutícolas congelados, por entender que o congelamento apenas server para o acondicionamento das mercadorias.

Assim, pede a anulação da exação.

Infração 11

A autuante afastou parte da infração, acatando as alegações defensivas.

Infração 12

Foi integralmente afastada pela autuante.

Infração 13

Ainda que tenha acatado parte dos argumentos defensivos, diz que a autuante manteve a autuação relativa à redução de 41,176% da base de cálculo incidente sobre as bebidas alcoólicas, oriundos do Termo de Acordo firmado com base no Decreto nº 7799/00, por ter considerado revogado o benefício pelo processo SIPRO 178.481/2016-2.

Contudo, diz, o processo SIPRO, cientificado em 31/03/2017, trata da cassação dos benefícios decorrente do Termo de Acordo do Decreto nº 7799/00 realizado no Processo nº 028.558/2007-1, conforme consta no dispositivo do Parecer Final daquele (que transcreve), enquanto que o Termo de Acordo celebrado referente às bebidas alcoólicas se deu por meio do Processo nº 163738/2016-0, não sendo, portanto, objeto da cassação presente no Processo SIPRO 178.481/2016-2, razão pela qual a exação é indevida.

Infração 14

Foi integralmente afastada pela autuante.

Infração 15

Diz que a autuante reduziu a exação pela infração considerando que a parte dos itens não se aplica a DIFAL, mas sim a ST, cabendo à recorrente o pedido do indébito. Alega que, mesmo entendendo que não cabe a ST ao caso, a autuante manteve a autuação sobre essa parte da infração, mas que a infração deve ser anulada porque a manutenção é incorreta, pois a contribuinte não cometeu a infração.

Seguindo, diz ser necessária diligência para apuração do montante discutido, uma vez que restam elementos necessários para a conclusão da improcedência das infrações, pois a autuante não é capaz de concluir a procedência do AI, tanto que já excluiu do AI original diversos lançamentos

equivocados não observados durante o procedimento fiscal.

Concluindo, pede: **a)** que o Auto de Infração seja declarado nulo; **b)** subsidiariamente, requer o afastamento da cobrança do crédito tributário remanescente, conforme as fundamentações da Impugnação, pois entende que diante de todas as incorreções do Auto de Infração a anulação se impõe, bem como “a realização de novo lançamento afastando os valores indevidamente tributados pela autoridade fiscal da Bahia, mantendo-se apenas os valores incontroversos”.

A autuante volta aos autos às fls. 501-508, informando:

2 - NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

Rechaça o argumento defensivo repisando a informação anterior.

3 – PROCEDIMENTOS ANTERIORES A FISCALIZAÇÃO

Informa que a alegação do Impugnante não confere com o escrito na Informação Fiscal, pois a empresa autuada foi informada das inconsistências por e-mail (fls. 22-26) e só no curso processual apresentou esclarecimentos, os quais foram considerados, quando pertinentes e que se o contribuinte houvesse colaborado respondendo aos e-mails relativos às inconsistências detectadas no curso da auditoria, evitaria a inclusão inicial dos itens corrigidos.

4. IMPOSSIBILIDADE DE RETIFICAÇÃO DO AUTO DE INFRAÇÃO

A alegação defensiva não procede, pois, a própria Defesa feita de forma minuciosa prova não ter havido o cerceamento alegado e a retificação é possível nos termos do parágrafo 1º, do art. 18 do RPAF.

Ademais, diz, a revisão dos valores não diz respeito aos dispositivos legais tipificados, mas aos dados utilizados para o cálculo da exação pelas infrações.

Infração 01

Diz que a recorrente não apresenta fato novo e ratifica a Informação Fiscal anterior (fl. 412).

Infração 2

Ratifica a Informação Fiscal de fls. 414-415, pois carta de correção não muda o direito ao crédito para o contratante do serviço, no caso, o LATICINIO DANINITA LTDA, e não a empresa autuada.

Infrações 4, 5 e 6

Diz que no parágrafo 46 (fl. 461), a impugnante cita que houve manutenção integral da infração 4. Contudo, a infração 4 foi corrigida através do ANEXO 20 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ICMS LANÇADO NA EFD MAIOR QUE NF-e - INFORMAÇÃO FISCAL.

Afirma que a recorrente não traz fato novo, e ratifica a informação fiscal folhas 416 a 420.

Infração 7

Diz que a recorrente não traz fato novo e ratifica a Informação Fiscal anterior, com o demonstrativo Anexo 22, ajustado (fls. 433-434).

Infrações 08 e 09

Diz que a recorrente não traz fato novo e ratifico a informação fiscal folhas 421 que complementa com o *print* da consulta feita no “site” da NF-e para comprovar inexistência da NF-e 8.042, tida pela Impugnante como emitida em 27/09/2017 e mantida na autuação.



! NF-e INEXISTENTE na base nacional, favor consultar esta NF-e no site da SEFAZ de origem.

Consultar NF-e Completa

Nova Consulta

Chave de Acesso
26-1709-07.694.626/0001-94-55-001-000.008.042-700.203.250-6

Infração 10

Diz que a defendente traz decisão do CONSEF sobre a isenção de produtos congelados, porém existem outros acórdãos que consideram os produtos congelados como tributados.

Já a decisão do STJ implica em situação de importação entre países signatários do General Agreement on Tariffs and Trade - GATT quando houver instituição de isenção tributária em favor de similares nacionais, o que não se aplica a este PAF.

Fala que a alegação que hortifrutícolas congelados estão sujeitos a isenção não procede, pois, o art. 265, I, "a" do RICMS/12 determina que são isentas do ICMS as saídas internas e interestaduais **desde que não destinadas à industrialização**, de produtos hortifrutícolas relacionados no Convênio ICM 44/75. Afirma que os produtos congelados são descascados, cortados e embalados em um processo industrial. O regulamento do IPI considera o processo de embalagem como procedimento de industrialização, portanto os itens em questão saíram de uma indústria e isto os descaracteriza para obter o benefício da isenção.

Aduz que o Convênio ICM 44/75 nunca estipulou a isenção para produtos congelados, mas no RICMS/97 tinha esta previsão, mas o RICMS/12 não faz previsão de isenção para produtos congelado como o texto anterior e reporta-se apenas ao Convênio ICM 44/75, portanto a intenção do legislador é que produtos congelados não estão sujeitos a isenção. Caso fosse a intenção do legislador que produtos congelados fossem isentos, isto estaria claro no RICMS/12 como estava no RICMS/97.

Ratifica a informação fiscal folhas 422.

Infração 13

Diz que a impugnante alega que tem direito a redução da base de cálculo devido ao Termo de Acordo celebrado referente às bebidas alcoólicas que se deu por meio do Processo nº 163.738/2016-0, não sendo, portanto, objetos da cassação presente no Processo nº 178.481/2016-2.

Informa que a alegação não procede, pois em pesquisa ao Sistema de Informação do Contribuinte – INC constata-se que o processo nº 163.738/2016-0 foi INDEFERIDO, conforme imagem abaixo.

Nº Processo	Data Protoc.	Tipo	Situação	Nº Parecer	Assunto
16540320144	03/09/2014	Autorização - Rec.	INDEFERIDO	23047/2014	Recolhimento Prazo N
16373820160	14/09/2016	Termo de Acordo	INDEFERIDO	35136/2016	Decreto 7.799/00
14150120080	07/08/2008	Consulta - Crédito	RESPONDIDO	14614/2008	Crédito Fiscal
14149520083	07/08/2008	Consulta - Crédito	RESPONDIDO	15034/2008	Crédito Fiscal
14148220087	07/08/2008	Consulta - Crédito	INDEFERIDO	14602/2008	Crédito Fiscal
14147720081	07/08/2008	Consulta - Crédito	RESPONDIDO	14598/2008	Crédito Fiscal
09539520156	19/05/2015	Restituição - ICMS	DEFERIDO	26723/2015	ICMS
09502820188	14/05/2018	Autorização - Retif	DEFERIDO	17324/2018	Retificação da EFD R
08583420185	27/04/2018	Autorização - Retif	DEFERIDO	16088/2018	Retificação da EFD R

Ementa: Termo de Acordo Decreto 7799/00 - art. 3º F Redução na base de cálculo das operações de importação e nas saídas internas de bebidas alcoólicas das posições NCMs 2204, 2205, 2206, 2207 e 2208 - PELO INDEFERIMENTO

Portanto, o processo não foi nem cassado, foi indeferido, ou seja, nunca surtiu efeito.

Infração 15

Diz que a defendente alega que a fiscalização reduziu a infração 15, **considerando que parte dos itens não se aplica a DIFAL**, mas sim a substituição tributária, cabendo à recorrente o pedido de ressarcimento do débito, mas que distorce a informação fiscal folhas 426, que na realidade citou: “ As NF 21.687, 74.434, 26.712 e 9.677, folhas 386 a 390, apesar de terem mercadorias sujeita a

substituição interna, não se aplica a substituição por se tratar de item sujeito ao DIFAL. Cabe ao recorrente pedir o ressarcimento”.

Ratifica o ANEXO 26 - DEMONSTRATIVO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA - INFORMAÇÃO FISCAL (fl. 442).

Concluindo, mantém o lançamento nos valores ajustados por ocasião da Informação Fiscal anterior.

Em manifestação do contribuinte de fls. 516-520. Inicialmente, reproduz as infrações e que acostou decisão liminar da 3ª Vara da Fazenda Pública/Ba, determinando a suspensão de todos os efeitos das decisões administrativas proferidas nos Processos nºs 233229/2016-9 e 178481/2016-2, tendo acordo celebrado através do Processo nº 028.558/2007-1, no qual restabeleceu os benefícios fiscais concedidos ao contribuinte. Assim, o Governo do Estado da Bahia, em cumprimento a decisão judicial emitiu Parecer nº 32357-2019 – Processo nº 2712302019-9, determinando o restabelecimento do Termo de Acordo – Decreto nº 7799/2000, retroativo a 31/03/2017.

Destacou que o Auto de Infração foi lavrado, em especial as infrações 06 e 13, ocorreram em razão da ilegal cassação do Termo de Acordo referente ao Decreto nº 7.799/2000, com deferimento liminar e restabelecimento do benefício de forma retroativa até o ato administrativo considerado ilegal, com base no novo parecer final do Estado da Bahia, não há como subsistir o Auto de Infração na parte que trata do crédito tributário inerente a utilização dos termos do Acordo.

Em relação à infração 7, ressaltou que a 1ª CJF, na 10ª sessão ordinária do dia 30/09/2019, julgou infração idêntica – Auto de Infração nº 274068.0007/18-5 – processo nº 164338/2018-1, do Acórdão nº 0274-11/19, no qual considerou demonstrada a legitimidade e legalidade da utilização do crédito de ICMS, sendo reconhecida a regularidade da operação, requer, aplicação precedente em relação ao presente tema, na utilização dos presentes créditos.

Requer a Improcedência do Auto de Infração, na parte que trata do Termo de Acordo do Decreto nº 7.799/2000, bem como seja aplicado o mesmo fundamento proferido no referido Acórdão já citado.

Na fl. 532, consta pedido de diligência à INFAZ DE ORIGEM, nos seguintes fundamentos importantes e de repercussão no feito:

- a) Existência de decisão da 1ª CJF, do mês de setembro 2019, que acolheu seu argumento quando do julgamento do AI 274068.0007/18-5, em que trata de questão similar à da Infração 07, deste AI;
- b) Existência de decisão judicial interlocutória proferida pelo juízo da 3ª Vara de Fazenda Pública, no sentido de retroagir os efeitos da medida liminar anteriormente concedida em relação à cassação do Termo de Acordo concedido pelo processo SIPRO 028.558/2007-1, à data da cassação (31/03/2017), que ensejou o Parecer DITR1 32357/2019, de 28/08/2019, que restabeleceu retroativamente para a atuada os efeitos do Decreto 7799/2000;
- c) A não consideração pela autuante, em relação aos seguintes documentos fiscais NF 662792 e 664553, com repercussão na infração 13 (ANEXO 25 - da Informação Fiscal), a serem juntadas aos autos, junto com a citada petição a ser formalizada.

Na oportunidade, para melhor fundamentar o argumento acima, o representante legal se comprometeu a formalizá-lo em petição a ser acostada ao PAF.

Cumprindo ao acordado, em 22/11/2019 o representante legal do sujeito passivo protocolou os documentos que ora se aporta aos PAF (fls. 515-531), os quais defende repercutirem sobre as infrações 06, 07 e 13.

Em face do exposto, por unanimidade dos julgadores, decidiu-se converter o PAF em diligência para ciência dos novos fatos e argumentos defensivos pela Autoridade Fiscal

autuante, de modo a se manifestar nos termos do artigo 127, § 6º do RPAF, ajustando, se for o caso, a exação fiscal das citadas infrações.

Cumprida a diligência, o sujeito passivo deve ser intimado do seu resultado para, querendo, sobre ele se manifestar dentro do prazo regulamentar de 10 (dez) dias.

Havendo manifestação do sujeito passivo, dela a Autoridade Fiscal autuante deve ser cientificada e, após, o PAF deve retomar ao CONSEF.

Na conclusão da diligência fls. 536/541, a autuante presta informação em relação às infrações 06, 07 e 13:

INFRAÇÃO 6 – informa que no caso do MILHO DE PIPOCA, a impugnante não escriturou na EFD a mesma base de cálculo da nota fiscal para a NF-e 159.500. Por este motivo os valores foram corrigidos no ANEXO 27 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL.

Destaca que a cláusula sexta do Processo nº 028.558/2007-1 e a cláusula quarta do Processo nº 365.491/2014-9 do Termo de Acordo do Decreto nº 7.799/00 determina que a Secretaria da Fazenda pode suspender, alterar ou revogar o Termo de Acordo no interesse da Administração Fazendária.

Salienta que de acordo com a Decisão Interlocutória de 07/08/2019, no processo e-SAJ nº 0529035-03.2018.8.05.0001 fica deferido o pedido de tutela de urgência, suspendendo, até ulterior deliberação, os efeitos das decisões administrativas proferidas nos Processos nºs 233.229/2016-9 e 178.481/2016-2, **restabelecendo provisoriamente** assim os benefícios fiscais concedidos ao contribuinte autor através dos Processos nºs 365.491/2014-9 e 028.558/2007-1, sendo que a decisão administrativa só foi proferida para obedecer a decisão judicial.

Disse que, como a norma dá suporte ao restabelecimento dos benefícios fiscais concedidos ao contribuinte através dos Processos nºs 028.558/2007-1 e 365.491/2014-9 é de caráter provisório, o lançamento fiscal com ciência antes Decisão Interlocutória deve ser mantido, para evitar a decadência. No presente caso, a Decisão Interlocutória em sede de Tutela Cautelar não impede o lançamento do crédito tributário, mas tão somente a sua exigibilidade até decisão definitiva.

Assevera que devido ao fato da Decisão Interlocutória de 07/08/2019, no processo e-SAJ nº 0529035-03.2018.8.05.0001, suspender **provisoriamente**, até ulterior deliberação, os efeitos das decisões administrativas proferidas nos Processos nºs 233.229/2016-9 e 178.481/2016-2, restabelecendo temporariamente os benefícios fiscais concedidos ao contribuinte autor através dos Processos nºs 365.491/2014-9 e 028.558/2007-1, foram elaborados dois demonstrativos no anexo 27: um sem considerar o benefício do Decreto nº 7.799/00 e outro considerando o benefício do Decreto nº 7.799/00, conforme demonstração da nota fiscal de fl. 538. (fl. 542)

INFRAÇÃO 7 – assinala que o contribuinte lançou entrada de mercadoria através de notas fiscais de emissão própria a título de reclassificação de mercadoria, utilizando o CFOP 1.926, com destaque de crédito de imposto a maior do que o destacado no documento correspondente de saída CFOP 5.926 (Lançamento efetuado a título de reclassificação de mercadoria decorrente de formação de kit ou de sua desagregação). Analisando as notas, foi constatado que nos pares das notas de entrada e saída constantes no anexo existia crédito superior ao débito.

Esclarece que das notas cobradas no anexo 7, após a apresentação de documentação, foi excluído o valor do crédito que tinha débito correspondente e gerado o anexo 22.

Com relação ao ACÓRDÃO CJF Nº 0274-11/19 da 1ª CJF em referência à infração 7, só foi acatado parte do crédito, cujo débito correspondente foi comprovado, conforme trecho do relatório abaixo:

“O Recorrente, no que se refere à Infração 07, alega que a Junta não considerou o destaque do ICMS realizado na Nota Fiscal nº 388612 que versa sobre a formação de kit “INGREDIENTES FEIJOADA 15KG”. É cediço que a legislação permite que os contribuintes componham ou desagreguem kit's de mercadorias, devendo, contudo, obedecer a

legislação de regência, a fim de não gerar inconsistências nos estoques e no recolhimento do imposto. O Recorrente, após a interposição do Recurso Voluntário, juntou os documentos fiscais referentes à formação dos kit's "INGREDIENTES FEIJÃO 15KG", revelando, com relação a este produto, que há paridade entre os valores de débito e crédito nas notas fiscais correspondentes à formação dos Kit's, razão pela qual deve ser excluída da Infração os valores exigidos do referido produto, no valor de R\$ 603,71. Dessa forma, excluídas estas operações, fica reduzida a infração 07 de R\$ 986,22 para R\$ 382,51, tendo havido alteração apenas no que se refere ao fato gerador ocorrido em 30/11/2014, conforme demonstrativo abaixo:

Por tudo quanto exposto, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, nos termos indicados acima e conforme o demonstrativo abaixo:

INF	RESULTADO	VL. JULG.-JJF	VL. JULG.-JJF	MULTA
01	PROC. EM PARTE/P.PROVIDO	25.439,32	23.999,41	60%
02	PROCEDENTE/N.PROVIDO	43,52	43,52	60%
03	IMPROCEDENTE	0,00	0,00	-----
04	PROCEDENTE/P.PROVIDO	5.318,83	5.304,17	60%
05	PROC. EM PARTE/N.PROVIDO	1.264,36	1.264,36	60%
06	PROCEDENTE/N.PROVIDO	518,71	518,71	60%
07	PROCEDENTE/N.PROVIDO	986,22	382,51	60%
08	PROCEDENTE/N.PROVIDO	12,52	12,52	60%
09	PROCEDENTE/N.PROVIDO	85,78	85,78	60%
10	PROC. EM PARTE/N.PROVIDO	38,00	38,00	60%
TOTAL		33.707,26	31.648,98	

Ressalta que o referido Acórdão não reconhece o direito total do crédito, admite apenas a parte do crédito que teve o débito correspondente comprovado. Sendo assim, é procedente reclamar o valor do suposto crédito que não tem o referido débito comprovado.

Ratifica a informação fiscal nas folhas 420 e 421.

INFRAÇÃO 13 – aponta que segundo a impugnante as NF-e nºs 662.792 e 664.553, do mês de novembro de 2017, devem ter a redução da base de cálculo em 41,176%, devido à Decisão Interlocutória de 07/08/2019, no processo e-SAJ nº 0529035-03.2018.8.05.0001. De acordo com a recorrente, no mês de novembro de 2017, o valor passaria de R\$ 1.020,46 para R\$ 329,18.

Recorda que a cláusula sexta do Processo nº 028.558/2007-1 e a cláusula quarta do Processo nº 365.491/2014-9 do Termo de Acordo do Decreto nº 7.799/00 determina que a Secretaria da Fazenda pode suspender, alterar ou revogar o Termo de Acordo no interesse da Administração Fazendária.

De acordo com a Decisão Interlocutória de 07/08/2019, no processo e-SAJ nº 0529035-03.2018.8.05.0001 fica deferido o pedido de tutela de urgência, suspendendo, até ulterior deliberação, os efeitos das decisões administrativas proferidas nos Processos nºs 233.229/2016-9 e 178.481/2016-2, **restabelecendo provisoriamente** assim os benefícios fiscais concedidos ao contribuinte autor através dos Processos nºs 365.491/2014-9 e 028.558/2007-1, sendo que a decisão administrativa só foi proferida para obedecer a decisão judicial.

Lembra que a norma dar suporte ao restabelecimento dos benefícios fiscais concedidos ao contribuinte através dos Processos nºs 028.558/2007-1 e 365.491/2014-9 é de caráter provisório, o lançamento fiscal com ciência antes Decisão Interlocutória deve ser mantido, para evitar a decadência. No presente caso, a Decisão Interlocutória em sede de Tutela Cautelar não impede o lançamento do crédito tributário, mas tão somente a sua exigibilidade até decisão definitiva.

Assim, referendou que no ANEXO 28 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL foram elaborados dois demonstrativos para o mês de novembro/2017: um sem considerar o benefício do Decreto nº 7.799/00 e outro considerando o benefício do Decreto nº 7.799/00. (FL. 556).

Concluiu mantendo a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário apurado na infração e solicitando a procedência parcial do presente Auto de Infração.

Em nova manifestação do contribuinte de fls. 572/584, voltou-se a reproduzir as infrações e

relatou o PAF sinteticamente, dizendo que na impugnação foram apresentadas as alegações defensivas rebatidas e parcialmente acolhidas pela autuante. Em posterior manifestação rerratificou suas alegações ante a Informação Fiscal, inclusive requerendo a diligência em sessão de julgamento para verificação dos efeitos acerca do restabelecimento dos benefícios fiscais previstos no Decreto nº 7.799/2000.

Afirma que as alegações da fiscal, não condizem com as reais situações fáticas presentes nos autos e não possuem amparo legal ou fundamento técnico, devendo, portanto, serem desconsideradas.

Em preliminar, noticia que a antecipação dos efeitos da tutela deferida na 3ª Vara da Fazenda Pública foi ratificada pelo TJ-BA.

Discursa sobre Antecipação dos efeitos da tutela x Tutela Cautelar e sobre a vinculação do ato administrativo, de modo a afastar todas as operações tidas como irregulares pela autoridade fiscal autuante.

No ponto “IV. MERITO”, expressa:

Infração 6

Deve ser estornado da planilha ANEXO 27, o valor de RS 86,10 referente Nota Fiscal nº 22236, pois com base na Lei nº 7.014/96, artigo 16, foi utilizado corretamente crédito permitido de 7% sobre o valor total do item.

Infração 7

Disse que a autoridade fiscal deixou de observar o princípio da verdade material e desconsiderou que a operação seguiu a norma que rege o ICMS do Estado, devendo ser feito o cálculo da exação, conforme as notas fiscais juntadas aos autos.

Aduz ter realizado nova análise de todas as notas fiscais de entrada e saída, e constatou que o que o crédito destacado na entrada sobre o CFOP 1.926 é maior do que o débito destacado na saída sobre o CFOP 5.926, mas a diferença identificada não é a cobrada no Auto de Infração - 98.736,16, mas sim RS 24,06. Montante que é fácil aferir e não demandaria nenhuma interpretação legal ou cálculos aritméticos sofisticados, bastaria a simples análise das Notas Fiscais acostadas nos autos, conforme relação abaixo colacionada, cuja composição com a diferença, segue anexada na “Planilha 22”.

Infração 13

Também afirma ter feito nova análise de toda a operação e verificou constar na “Planilha ANEXO 28” diversas notas fiscais considerando alíquota de 18%, quando deveria considerar a alíquota de 17%, vez que, por ocasião da entrada foi utilizado a alíquota de 17%, conforme justificativa apresentada na “Planilha ANEXO 28” que anexa.

Finaliza requerendo a nulidade do Auto de Infração com fundamento no artigo 18, IV, “a” do RPAE, em razão do erro de direito cometido pela autuante na lavratura do AI ao incluir diversos bens não tributáveis que posteriormente excluiu, inclusive em razão da Fiscalização não demonstrar com clareza o montante devido pela contribuinte, mesmo com a realização de procedimentos anteriores a autuação.

Subsidiariamente, caso não seja anulado, requer o afastamento da cobrança do crédito tributário que remanesceu após a rerratificação da Autoridade Fiscal, conforme as fundamentações constantes na presente impugnação: a) uma vez que o Fisco indevidamente tenta tributar diversos itens aos quais a contribuinte tem o direito reconhecido legalmente ao creditamento; b) o Fisco autuou inúmeras operações relativas a produtos sujeitos a substituição tributária e ou isentos, chegando até a excluir parte dos mesmos produtos, evidenciando a incorreta tributação.

Nova informação fiscal, fls. 1.096-1.102, a autuante contesta a manifestação do Impugnante:

PROCESSO e-SAJ nº 0529035-03.2018.8.05.0001

Informa que teve recente decisão no julgamento do Auto de Infração nº 274068.0018/18-7, referente a mesma natureza, a 2ª Câmara (Acórdão nº 0226-12/20-VD), decidindo que o referido PAF deveria continuar na esfera administrativa até a decisão final da justiça, para prevenir incidência da decadência, já que os efeitos da Decisão judicial em favor do contribuinte, sem trânsito em julgado, não impedem o lançamento de ofício, mas tão somente a inscrição em dívida ativa,

INFRAÇÃO 6

Destaca que a alegação relativa ao valor de R\$ 86,10, referente a NF-e 22.236, não prospera, pois, o referido documento fiscal é de empresa do Simples Nacional e não gera o crédito indevidamente utilizado. A arguição da defendente destoa da verdade material, conforme DANFE e xml da NF-e nº 22.236, plotado na fl.1.100.

INFRAÇÃO 7

Salienta que a autuada apresentou na primeira defesa pares de notas fiscal, cuja análise alterou o Anexo 7 para o Anexo 22.

De acordo com o § 1º, do art. 123 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez, porém nesta nova defesa foram anexados novos pares de notas.

Sem embargo, observando que a própria defendente admite nas folhas 582 que se constatou que o crédito destacado na entrada sobre o CFOP 1.926 é maior do que o débito destacado na saída sobre o CFOP 5.916, analisando os novos elementos de prova aportados pelo Impugnante quando da manifestação ora rebatida, procedeu novo ajuste na exação, reajustando o valor da exação remanescente exposto no ANEXO 22 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA PARA FORMAÇÃO DE CESTA E KIT - INFORMAÇÃO FISCAL (fls. 434-435), produzido para substituir o original (R\$ 98.823,04), para R\$ 3.091,84, conforme ANEXO 29 (fls. 1.103-1.106 e CD fl. 1.122), produzido em substituição ao Anexo 22.

INFRAÇÃO 13

Quanto à alegação de que diversas notas fiscais que constam no referido documento, a fiscalização considerou a alíquota de 18%, quando deveria considerar a alíquota de 17%, vez que, por ocasião da entrada foi utilizado a alíquota de 17%, informa que os pares das notas fiscais das folhas 983 a 1.090 foram analisadas e os ajustes geraram o ANEXO 30, que substitui o Anexo 28.

Concluiu pela manutenção da ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário apurado nas infrações em Procedência Parcial do presente auto.

Conforme pedido de fl. 1.125, o PAF foi convertido em diligência à INFAZ DE ORIGEM no sentido de:

Considerando que por ocasião da Informação Fiscal (fls. 1.096-1.102), acolhendo argumentos defensivos, inclusive juntando os demonstrativos de tis. 1.103-1.120), a Autoridade Fiscal autuante ajustou o procedimento fiscal e que não há nos autos prova de que o Impugnante foi intimado desse ajuste para, querendo, sobre ele se manifestar no prazo regulamentar (10 dias), em benefício do devido processo legal, seus corolários de ampla defesa e contraditório, além da verdade material, essa 2ª JF, por unanimidade dos julgadores, decidiu converter o PAF em diligência à Infaz de Origem para:

a) Fornecendo cópia da Informação Fiscal da citada Informação Fiscal e consequentes demonstrativos, intimar o sujeito passivo para, querendo, manifestar-se a respeito no prazo regulamentar de 10 (dez) dias;

b) Caso o sujeito passivo se manifeste, o autuante deverá ser cientificado para produzir Informação Fiscal a respeito, inclusive o demonstrativo de débito do valor remanescente da exação.

Lembrando que sempre que houver manifestação que altere o valor da exação ou contenha fatos ou argumentos desconhecidos da parte contrária, ela deverá ser cientificada, concluída a diligência o PAF deverá retomar ao CONSEF para o prosseguimento processual.

O contribuinte se manifesta às fls. 1.130/1.133, informando o reestabelecimento dos benefícios não considerados nos Autos de Infração. Discorre sobre o Acórdão nº 0226-12/20-VD e disse que o referido Auto de Infração nº 274068.0018/18-7, exigiu crédito tributário no valor de R\$ 198.306,45, contendo duas infrações referente a diversos períodos, 2016 e 2017, sendo que somente a infração 1 tratou de exação envolvendo a ilegal cassação do benefício do Decreto nº 7.799/00.

Explicou que o primeiro julgamento foi realizado por esta e. 2ª Junta de Julgamento Fiscal, sendo proferido v. Acórdão de relatoria do Conselheiro Dr. Jorge Inácio de Aquino que manteve integralmente a exação, no entanto, ainda não havia sido proferida decisão judicial nos autos do Processo nº 0529035-03.2018.8.05.0001, cuja publicação ocorreu no dia 12/08/2019, sendo que na leitura da decisão judicial, não há que se falar em “suspensão da exigibilidade do crédito tributário” fundamento utilizado pelo voto que abriu divergência no v. Acórdão nº 0226-12/20-VD proferido pela 2ª CJF. Assim, em obediência ao comando judicial, o Estado da Bahia proferiu Ato Administrativo, através do Parecer Final nº 27123020199 determinando o restabelecimento do benefício fiscal previsto no Termo de Acordo do Decreto nº 7799/00, de forma retroativa até a data da ilegal cassação, qual seja: 31 de março de 2017.

Salienta que em sessão de julgamento, realizada no dia 20/08/2020, após a defesa oral, a d. Relatora do referido PAF, Conselheira Dra. Leila Barreto Nogueira Vilas Boas votou no sentido de acatar o parecer final do Estado que restabeleceu o benefício fiscal e, por conseguinte o comando judicial, tendo havido divergência pelo Conselheiro Dr. Ildemar José Landin que, com a devida vênia, equivocadamente entendeu que por não haver trânsito em julgado, o crédito tributário deveria ser constituído.

Acentua que o relator vencedor partiu de premissa equivocada ao entender que a decisão judicial que antecipou os efeitos da tutela, suspendeu a exigibilidade do crédito tributário, bem como desconsiderou o Ato Administrativo proferido pelo Estado da Bahia que restabeleceu de forma retroativa o benefício fiscal previsto no Termo de Acordo Decreto nº 7799/00, mas que a decisão judicial não tratou de suspensão de exigibilidade de crédito tributário, e sim determinou a suspensão do ato administrativo que cassou o Termo de Acordo do Decreto nº 7799/00, ordenando o seu imediato restabelecimento, conforme dispositivo acima colacionado e cópia da decisão que está encartada no presente PAF, sendo que não deve prevalecer o presente julgamento, vez que o Decreto nº 7.799/00 foi restabelecido de forma retroativa através do Ato Administrativo promulgado pelo Estado da Bahia, ato este válido, vigência e eficaz.

Requer o acolhimento do restabelecimento de todos os benefícios do Termo de Acordo Decreto nº 7799/00, de forma retroativa à 31/03/2017, afastando todas as operações tidas como irregulares pela Autoridade Fiscal, de modo que o AI deve ser declarado nulo.

Na informação fiscal prestada, fls. 1.171-1.172, a autuante diz que, conforme o parecer PGE que anexa às fls. 1.172-1.183, expressa valor do reestabelecimento a partir da ciência do Estado, e que os argumentos da manifestação do Impugnante já foram rebatidos nas Informações Fiscais anteriores.

Conclui requerendo a Procedência Parcial do Auto de Infração.

Em nova assentada de julgamento, presentes os representantes legais do sujeito passivo e a Autoridade Fiscal autuante, por unanimidade os julgadores, em face da repercussão da nova decisão judicial sobre este PAF, conforme pedido de fls. 1.191-1.194, essa 2ª JJF decidiu converter o PAF para a PGE produzir parecer opinativo sobre o caso e, após, encaminhar o PAF à INFAZ DE ORIGEM para a Autuante produzir nova Informação Fiscal e novos demonstrativos, inclusive o do débito do que restar remanescente, caso haja alteração com respeito aos valores da anterior

Informação Fiscal.

Em nova informação fiscal prestada, às fls. 1199/1201, observando não constar do PAF o citado parecer opinativo da PGE no texto do pedido de diligência de fl. 1.191, informa já constar nas informações anteriores os demonstrativos considerando o efeito retroativo do Dec. 7799/00, não sendo necessário elaborar novos demonstrativos.

Reporta que o respectivo PAF tem 15 infrações e apenas três estão sujeitas ao benefício do Decreto nº 7.799/00:

- I) a infração 6 com o demonstrativo original ANEXO 6 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE;
- II) a infração 10 com o demonstrativo original o ANEXO 10 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - NF - BONIFICAÇÃO NÃO TRIBUTADA; e,
- III) a infração 13 com o demonstrativo original o ANEXO 12 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Em todos os casos a questão é para os fatos geradores a partir 01/04/2017.

Salienta que a infração 6, após a diligência das folhas 536 a 538 e folhas 542, passou a ter o demonstrativo ANEXO 27 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL com duas opções, para que a JJF deliberasse (fl. 542).

Do mesmo modo, a infração 10, após a informação fiscal das folhas 421 a 423, passou a ter o demonstrativo ANEXO 23 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - NF - BONIFICAÇÃO NÃO TRIBUTADA - INFORMAÇÃO FISCAL, considerando a redução da base de cálculo conforme do Decreto nº 7.799/00 (fl. 436)

Assinala que a infração 13, após a diligência das folhas 540 a 541 e 543 a 556, passou a ter o demonstrativo ANEXO 28 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL e após a diligência das folhas 1.102 e 1.107 a 1.120, a infração 13 passou a ter o demonstrativo ANEXO 30 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL, com duas opções para o mês de novembro de 2017, para que a JJF deliberasse (Fls. 543-556)

Conclui pedindo a Procedência Parcial do Auto de Infração.

Em novo pedido de diligência, fls. 1204/1207, a JJF solicitou o encaminhamento do PAF à PGE/PROFIS solicitando o referido opinativo e, após, à Infaz de origem. com os seguintes argumentos:

1º) Para a PGE produzir parecer opinativo sobre o caso;

2º) Após, o Parecer da PGE-PROFIS, encaminhar o PAF à INFRAZ DE ORIGEM para a Autuante, analisando o parecer da PGE-PROFIS, produzir nova Informação Fiscal e novos demonstrativos, inclusive o do débito de que restar remanescente, caso haja alteração com respeito aos da anterior Informação Fiscal.

Nas fls. 1210-1211, consta parecer opinativo pedido à PGE/PROFIS, firmando entendimento pelo imediato cumprimento da decisão judicial, recompondo-se o status quo ante de aferição do benefício de enquadramento no Dec. 7799/00, decorrente dos Processos Administrativos nºs 233229/2016-9 e 178481/2016-2.

Em face do PAF ter retornado ao CONSEF sem atendimento da diligência indicada à Infaz de origem, o PAF foi diligenciado para tanto (fl. 1212):

Considerando que Parecer da PGE-PROFIS de fls. 1.210 (frente e verso) resultante do pedido de diligência de fls. 1204-1.207 repercute sobre a exação restante no ajuste efetuado pela autoridade fiscal autuante em suas informações fiscais, por unanimidade dos julgadores essa 2ª JJF decidiu converter o PAF à Infaz de Origem para:

Autuante

- a) *Ajustar a exigência fiscal considerando o entendimento da PGE-PROFIS no citado parecer, de modo a recompor “o status quo ante de aferição do benefício de enquadramento no Decreto 7799, decorrente dos Processos Administrativos 233229/2016-9 e 178481/2016-2”. Ou seja, considerando a “retroação dos efeitos da decisão, mesmo que a ciência tenha se dado em momento posterior ao lançamento, uma vez que a lide se refere a um ato de desenquadramento supostamente praticado ao arrepio da lei”;*
- b) *Produzir Informação fiscal do resultado da diligência aportando aos autos os demonstrativos consequentes, inclusive o de débito, relativo ao que restar autuado.*

Concluída a diligência, mediante recibo e entrega de cópia da Informação Fiscal, bem como de eventuais demonstrativos produzidos, o sujeito passivo deverá ser notificado com indicação do prazo regulamentar para, querendo, manifestar a respeito.

Caso o sujeito passivo se manifeste, a autoridade fiscal autuante deverá ser cientificada para, se necessário, produzir Informação Fiscal.

Lembrando que sempre que houver manifestação que altere o valor da exação ou contenha fatos ou argumentos desconhecidos da parte contrária, ela deverá ser cientificada, concluída a diligência os pedidos na diligência o PAF deverá retornar ao CONSEF para o prosseguimento processual.

Na conclusão da diligência, a autuante presta informação fiscal de fls. 1216/1218, onde informa que na Informação Fiscal anterior já apontara os demonstrativos com efeito do Decreto nº 7.799/00.

Aduz que para facilitar análise do CONSEF diz seguir os demonstrativos ANEXO 27 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL (infração 6), ANEXO 23 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO - NF - BONIFICAÇÃO NÃO TRIBUTADA - INFORMAÇÃO FISCAL (infração 10) e ANEXO 30 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO - INFORMAÇÃO FISCAL (infração 13).

Diz que a Nota Fiscal nº 159.500 faz parte do Anexo 27 e as Notas Fiscais nºs 662.792 e 664.553 fazem parte do Anexo 30 e **que com relação as demais infrações, ratifica as informações fiscais folhas 401 a 455, 501 a 508, 536 a 569, 1096 a 1.123, 1.199 a 1.201.**

Conclui pedindo a Procedência Parcial do Auto de Infração.

Em nova manifestação após a conclusão da diligência da autuante e do parecer proferida pela PGE/PROFIS, o representante do autuado se manifesta (fls. 1.222/1.234), repisando os argumentos expostos em anteriores manifestações:

Reproduziu as infrações, sintetizou os argumentos da peça defensiva; a resposta da autuante; as alegações propostas nas anteriores manifestações defensivas; o opinativo exarado pela PGE/PROFIS e disse que a Autoridade Autuante elaborou nova manifestação, oportunidade em que retificou as infrações 06, 10 e 13 sujeitas ao benefício do Decreto Estadual nº 7.799/00.

Seguindo manifestou-se no mérito para:

INFRAÇÃO 01

Disse que na análise pormenorizada dos itens relacionados no “ANEXO 1 – DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO – MERCADORIA SUJEITA A SUSSTITUIÇÃO”, que integrou e fundamentou o AIIM, verifica-se que há inconsistências fáticas que culminam na nulidade desta autuação e destaca que a Fiscalização entendeu que diversos produtos estão sujeitos à ST, porém os mesmos não constam na relação presente no “Anexo I – Mercadorias Sujeitas à Antecipação ou Substituição Tributária”.

Salienta que dentre elas, as seguintes mercadorias, com suas respectivas notas fiscais que comprovam as alegações (**Notas Fiscais – documento juntado na Impugnação**):

- a. **CASC CONE INDUSTRIAL** – NCM 19059090 – No ano de 2016 o produto não se enquadrava na ST, conforme o item 11.26 do Anexo I do RICMS;
- b. **CHOC GRANUL DORI 1.01KG** – NCM 18069000 – A tributação do produto é normal, uma vez que a sua embalagem possui mais de 1KG e os itens 11.4 e 11.6 do Anexo I do RICMS entendem que estão sujeitos à ST apenas os produtos com embalagem de conteúdo inferior ou igual à 1KG;
- c. **CHOC PO MARATA 24X200G** – NCM 18069000 – O item 11.4 do Anexo I do RICMS exclui o ST das operações envolvendo achocolatado;
- d. **COB NESTLE MARFIM 2.3KG** – NCM 17049010 – Assim como no item “b”, este produto não está sujeito à ST, pois possui embalagem superior à 1KG, nos termos do item 11.1 do Anexo I do RICMS;
- e. **MELHORADOR MASSA MELHORITA 20KG e MELHORADOR MASSA PRAMIX 20KG** – NCM 19012000 – O produto não está sujeito à ST, pois consiste em uma massa composta da mistura de amido destinado à melhora da qualidade da farinha de trigo;
- f. **PEITO FRAN DEF T SEC CERATTI FAT 18X100G** – NCM 16023220 – A Fiscalização classificou em sua planilha “ANEXO 1 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO” o NCM incorreto deste produto (NCM indica na planilha pelo Fisco é 2071400). O NCM correto é 16023220, conforme consta na nota fiscal nº 327276 do fornecedor e fabricante do produto Omamori Industria de Alimentos.

Aduz que não obstante a indicação das mercadorias supramencionadas que não estão sujeitas à ST ou a antecipação, conforme demonstram as Notas Fiscais – documento juntado na Impugnação, há de se mencionar, ainda, outras incorreções presentes na autuação da Fiscalização:

- g. **AGUA GAS PET SAO LOURENCO 12X300ML** – NCM 22011000 – Ocorreu a anulação do crédito com débito, tendo em vista que a impugnante emitiu a nota fiscal de entrada nº 620442 para neutralizar a nota fiscal de saída nº 618333;
- h. **ALCATRA C/ MAMINHA BOV XINGUARA KG** – NCM 2023000 – Tal qual na situação anterior, foi emitida nota fiscal de entrada nº 588787 com débito para neutralizar o crédito da nota fiscal de saída nº 580583;
- i. **BIS BOM SABOR SH AGUA 180X2UN** – NCM 19059020 – Situação semelhante às anteriores, tendo em vista que foi emitida nota fiscal de entrada nº 520132 para neutralizar nota fiscal de saída nº 512001;
- j. **CHOC PO MARATA 24X200G e CHOC PO MARATA 200G** – NCM 18069000 – Neste caso houve a mera transferência de mercadorias no estoque da empresa, tendo sido emitidas as notas fiscais de entrada nº 514491, 576501 e 590451, com as respectivas notas fiscais de saída nº 514478, 576500 e 590450;
- k. **FAR TRIGO RENATA S FERM 10X1KG** – NCM 11010010 – Tal qual a situação demonstrada no item “a”, ocorreu a anulação do crédito com débito, tendo em vista que a impugnante emitiu a nota fiscal de entrada nº 536378 para neutralizar a nota fiscal de saída nº 517556;
- l. **KIT PROMOTOR MERCHANDISING VIGOR UM** – NCM 96081000 - As saídas do item foram tributadas conforme notas fiscais nº 522388, 522389, 522391, 522393, 522396, 522397, 522398, 522399, 522400 e 529626 e relatório com saldo final em estoque;
- m. **MINI PANETTONE G CHOC S EDWIGES 24X80G** – NCM 19052010 – Como ocorre na situação “a”, houve a anulação do crédito da nota fiscal de saída nº 605670 através da emissão da nota fiscal de entrada nº 612330, sendo assim, o débito anulou o crédito.

Fala que ao analisar as justificativas apresentadas na Impugnação ao Auto de Infração, a autuante afastou a maioria dos itens indevidamente autuados, mantendo, apenas a autuação sobre o item

“CHOC GRANUL DORI 1.01KG”, o que entende indevido, uma vez que a embalagem é superior à 1KG, não estando abrangido pela substituição tributária presentes nos itens 11.4 e 11.6 do Anexo I do RICMS/BA.

Reitera que a fiscalização manteve a cobrança da Nota Fiscal de Entrada nº 620442 emitida para neutralizar a Nota Fiscal de Saída nº 618333, de modo a anular o crédito. O bem da nota fiscal em questão é AGUA GAS PET SAO LOURENCO 12X300ML – NCM 22011000.

Nesse passo, alega que a infração 1 está incorreta e deve ser anulada, ante a falta de fundamentação e pelas diversas falhas do Auto de Infração lavrado.

INFRAÇÃO 07

Consta descrito na infração vinculação com o CFOP 1.926, mas, no caso, a utilização do CFOP 1.926 as mercadorias dizem respeito à industrialização que é exercida sobre matérias primas, produtos intermediários e importa na obtenção de espécie de um produto novo (transformação).

As vendas são destinadas para diversos clientes e na saída tem sua tributação normal. Neste caso, existe o destaque do ICMS próprio nas três notas: Na saída de matérias primas e material intermediário com o CFOP 5926, na entrada com o CFOP 1926, e nas vendas com o CFOP 5102 ou 6102. Sendo assim, não ocorreu a infração indicada na operação em questão.

Defende que a situação acima descrita e erroneamente autuada pelo Fisco, correspondente ao destaque de ICMS nas operações CFOP 1926, houve ainda a autuação indevida de outras duas situações: a situação de desfazimento de KIT, onde a Impugnante emitiu nota fiscal de entrada para anular o KIT, gerando a situação em que o débito anulou o crédito. Também, não considerou a situação em que houve a emissão de nota de transferência de estoque, situação a qual não gerou crédito à Impugnante.

Observa que após o regular prosseguimento do feito, o Preposto Fiscal afastou grande parte da infração 7 ao considerar que não ocorreu a infração indicada nas operações, cujo CFOP é 5926, 1926, 5102 e 6102.

Explica que, o Preposto Fiscal não levou em consideração outras situações às quais houve a emissão de Nota Fiscal para processo de desfazimento de KIT e a indevida tributação do item “ATUM G COSTA RALADO 24X170G”, o qual não houve a comercialização do mesmo, mas apenas a transferência da mercadoria dentro do próprio estoque da contribuinte, conforme a Nota Fiscal de Entrada nº 513731, com o CFOP 1949 e Nota Fiscal nº 513730 de saída com o CFOP 5949, ou seja, crédito é anulado pelo débito.

Diz que a autuante se manifesta ratificando a informação fiscal de fls. 420 e 421, mas a Autoridade Fiscal deixou de observar mais uma vez o princípio da verdade material e desconsiderou que a operação seguiu estritamente a norma que rege o ICMS do Estado, devendo ser feito o cálculo da exação, conforme as notas fiscais juntadas aos autos anteriormente.

Aduz que para corroborar com a legitimidade e regularidade da operação, a Impugnante realizou novamente a análise de todas as notas fiscais de entrada e saída, e constatou que o que o crédito destacado na entrada sobre o CFOP 1.926 é maior do que o débito destacado na saída sobre o CFOP 5.926, mas a diferença identificada não é a cobrada no Auto de Infração – R\$ 98.736,16, mas sim R\$ 24,06, sendo tal montante é de fácil aferição e não demandaria nenhuma interpretação legal ou cálculos aritméticos sofisticados, bastaria a simples análise das notas fiscais acostadas nos autos, conforme relação abaixo colacionada, cuja composição com a diferença, foi anexada em momento anterior na “Planilha ANEXO 22”:

Nº NF SAIDA CFOP 5926								
512023	525513	549432	565217	582756	596573	04/613041	626597	640701
513322	527998	549716	567520	582798	598045	616567	628257	642669
513720	528865	550298	569791	582791	598624	616246	630415	641890
510357	531957	550700	571566	583384	599869	618062	630416	643605
514921	530757	551747	572430	583141	600338	617796	631625	643884
513719	532176	552971	572441	583854	599851	618358	632935	644794
516876	532944	554146	573103	585313	600738	616222	634285	645488
517873	534008	556984	573727	585349	601611	619428	635859	646503
517888	534704	557491	574122	586343	601882/601612	619973	636178	647462
520143	536091	557492	572406	583852	599851	621026	636199	648394
521972	536108	557520	574957	588155	604091	619631	637182	650077
522408	538568	557493	575936	583853	604096	620710	638094	650298
524711	540845	558089	576478	588225	606300	622045	639539	654242
525008	539979	558942	577353	591862	605683	621343	639549	654257
664192	542202	559511	578198	592248	607433	622650	639719	652209
664865	543185	560081	579669	593206	609844	622561	640044	655034
664571	545311	560083	580813	593401	610210	623535	639724	655717
666349	543984	560085	581146	594890	611756	623786	640427	659223
665921	548171	561433	581997	594889	612699	624273	640448	664185
668294	548179	562203	674043	596000	669012	624263	640697	664189
563424	672048	596834	626598	641156	663079	626598	641156	663079

Pede o afastamento da infração 7 integralmente, ante as inconsistências apontadas.

INFRAÇÃO 11

Sustenta que há inúmeras incorreções realizadas na autuação. Dentre elas, o Fisco aplicou alíquotas incorretas nas mercadorias, não considerou a ocorrência de devoluções de mercadorias ao vendedor, seja ela total ou parcial, ou, ainda, o direito ao crédito no caso de pagamento a maior da obrigação tributária, conforme planilha e notas fiscais (Notas fiscais e Planilha – documento juntado na Impugnação).

Assim, o valor apontando pela Fiscalização está incorreto, devendo ser anulada a Infração 11, para um novo lançamento com os valores corretamente devidos pela Autuada.

Finaliza requerendo que sejam acolhidos os fundamentos para que seja declarado integralmente Improcedente o Auto de Infração.

Na última informação fiscal, de fls. 1246-47, a autuante observa que a Impugnante não se manifestou sobre o objeto da diligência e abordou fatos já citados anteriormente, de modo que ratifica as informações fiscais anteriores:

INFRAÇÃO 1

Com relação ao item 16938 - CHOC GRANUL DORI 1.01KG, a defendente alega que não consta no Anexo 1, do RICMS/BA. Na realidade ao item 16938 - CHOC GRANUL DORI 1.01KG consta no item 11.7 - Bombons, balas, caramelos, confeitos, pastilhas e outros produtos de confeitaria, contendo cacau do Anexo 1, do RICMS/BA.

INFRAÇÃO 7

Ratifica a informação fiscal da infração 7, constante nas folhas 1.101 a 1.102, que traz o Anexo 29 (DEMONSTRATIVO FLS 1.103-1.106 – CD FL 443), e não o Anexo 22 como citou a recorrente.

INFRAÇÃO 11

Observa que a informação fiscal está na folha 423.

Presentes na assentada de julgamento de 15/09/2022, os representantes legais do sujeito passivo, Alex Pessanha Panchaud, OAB/SP 341.166, Carolina Pereira Rezende OAB/SP 349.844, Anderson Henrique Santana Ramos, funcionário, e a autoridade fiscal autuante Crystiane Menezes bezerra.

Na oportunidade o Julgador Eduardo Dutra, argumentou a necessidade de manutenção da sua vista dada tanto à complexidade do PAF do qual tomou conhecimento apenas na sessão anterior, pois substituindo membro da formação original que esteve presente nas assentadas anteriores de julgamento, além de fato extraordinário relativo à saúde de familiar que assumiu prioridade no seu tempo de vista.

Tendo em vista a dificuldade das partes participarem das próximas sessões de 19 e 20, acordou-se a prorrogação da assentada de julgamento para a primeira semana do mês seguinte, tendo em vista o encerramento das sessões do corrente mês em 20/09/2022.

Voltando a pauta, na sessão de julgamento de 07/11/2022, presentes os representantes legais do sujeito passivo já identificados, exceto Alex Pessanha Panchaud, bem como a autoridade fiscal autuante. Na oportunidade, perguntados acerca do relatório, os representantes do sujeito passivo se manifestaram acordados, o mesmo fazendo a autoridade fiscal autuante, que apenas ratificou suas informações acerca do benefício fiscal decorrente do Dec. 7799/00 e quanto aos produtos hortifrutícolas que restaram autuados por serem industrializados e não apenas congelados.

Com relação à Infração 7 relativo à formação de kit, o representante do sujeito passivo, em palavra de ordem, observou que o valor remanescente decorre de mínimas divergências nos valores das notas fiscais que formam os pares de formação dos kits, oportunidade em que a autoridade fiscal rebateu informando já ter analisado a situação aventada, além de os valores e maior relevância se referirem a três NF-es que não foram apresentadas oportunamente, uma das quais já considerada para formação de outro Kit.

A representante legal da empresa Dr. Carolina Pereira Rezende ratificou o argumento preliminar de nulidade por erro material e quanto ao mérito, pontuou:

Infração 01

Discorda do entendimento da autoridade fiscal autuante acerca do enquadramento do produto CHOC GRANULADO DORI 1,01 KG, NCM 18069000 que não consta no Anexo I do RCIMS-BA que trata da substituição tributária.

Também discorda da manutenção da mercadoria ÁGUA GAS PET SÃO LOURENÇO – NCM 2201100, porque ocorreu a anulação do crédito, pois a Impugnante emitiu NF de saída para neutralizar a NF de entrada.

Infração 7

Ratifica o argumento exposto pelo representante Anderson acerca da motivação do valor remanescente.

Infração 11

Ratifica as alegações defensivas constantes da Impugnação.

Por sua vez, a autoridade fiscal autuante afirmou não ter havido erro material no procedimento fiscal, pois, como exposto nos autos, muitas das irregularidades constatadas decorreram de incorreções na EFD e oportuna falta de colaboração do sujeito passivo no curso do procedimento fiscal, como exposto no relatório. Ademais, quando pertinentes as correções foram regularmente sanadas com entrega de cópias dos consequentes papéis de trabalho para que o contribuinte pudesse exercer seu pleno direito de ampla defesa.

No que diz respeito à alegação oralmente apresentada para a Infração 7, observou que as diferenças que implicaram no valor remanescente não se limitam às mínimas alegadas, pois, conforme se vê no ANEXO 29, existem relevantes valores que se referem a falta de apresentação de notas fiscais para formação de alguns pares de Kits alegados, inclusive mesma nota fiscal utilizada para formação de mais de um par e que, todas os elementos documentais de prova apresentados foram analisados, acolhendo todos os pertinentes.

VOTO

Conforme acima relatado, o processo em juízo administrativo veicula lançamento de ICMS e sanção tributária acusando o cometimento de quinze 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 docs. fls. 68, 69, 71, 72, 444, 445, 448, 449, 569, 1.123, 1.185, 1.220 e 1.220-A, bem como do que se depreende do teor das manifestações do Impugnante, 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 determinadas com segurança, identificando o infrator, claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 10-67, 428-443, 542-568, 1.103-1.122), constato que, no estado que estão os autos, não há vício a macular o PAF em análise.

Por considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos com fundamento no art. 147, “a”, do citado Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, indefiro o pedido de diligência suscitado, até porque, quando necessárias, diligências foram deferidas e efetuadas.

Tratar-se de 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).

De logo, cabe frisar que o procedimento do qual resultou a exação fiscal se deu mediante regular aplicação do roteiro de Auditoria tendo por base os arquivos eletrônicos informados pelo sujeito passivo, contendo os registros de sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, bem como nas suas NF-es de entradas e saídas e demais documentos integrantes da base de dados da SEFAZ.

Para efeito homologatório dos prévios procedimentos efetuados pelo contribuinte, mediante uso do Sistema Integrado de Auditoria Fiscal – SIAF, ferramenta de auditoria de ICMS criado e desenvolvido por Auditores Fiscais da SEFAZ-BA com apoio do Instituto dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia – IAF, 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 legal 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).

Nesse contexto, as alegações defensivas são que: **a)** em arguições preliminares: **a.1)** os itens constantes do AI já teriam sido justificados em procedimento fiscal anterior à elaboração do Auto de Infração; **a.2)** prejudiciais de mérito: **a.2.1)** violação ao princípio da verdade material por contrariar o art. 142 do CTN; **a.2.2)** nulidade do AI: cerceamento do direito de defesa – inadequação da capitulação do auto; **b)** em arguição de mérito: aportando os documentos como elementos de prova, conforme acima relatado, no seu ponto de vista, para todas infrações, descreve inconsistências verificadas no procedimento fiscal, as quais serão, aqui, oportunamente apreciadas.

Como já insinuado acima, as alegações preliminares não procedem, pois: **a)** ainda que antes da autuação, diligentemente a Autoridade fiscal autuante tenha pedido esclarecimentos acerca de irregularidades (docs. de fls. 18-28), nos autos não há prova da alegada justificação em respostas prévias à autuação; **b)** como se verá mais claramente na apreciação de mérito, além da correta descrição das constatadas infrações, o AI tem fundamento em fatos decorrentes de inadequado

procedimento do contribuinte com respeito ao cumprimento de suas obrigações tributárias principais e acessórias e, até por ser a principal razão de ser do processo administrativo fiscal, o contraditório e provas autuadas servem para esclarecer a “verdade material” do caso; c) além do enquadramento legal das infrações estar consoante a legislação a respeito, inclusive com disposição do artigo 19 do RPAF, ainda que não seja o caso; d) ainda que ao Impugnante não seja dado direito ao seu desconhecimento, como acima relatado, as peças autuadas contêm claras e detalhadas explicações, razão pela qual não há falar em cerceamento de direito de defesa, até porque ele foi exaustivamente exercido nas muitas, extensas e repetidas manifestações defensivas.

Portanto, o Auto de Infração consta pleno de todos os requisitos legais que o habilita a produzir os consequentes efeitos jurídicos, não havendo falar em cerceamento de direito de defesa nem em inadequada capitulação das infrações, pois, além de conter todos os requisitos indicados no art. 39 do RPAF, e a descrição dos fatos ser exaustiva na caracterização das infrações, repito que ainda que não seja o caso, o art. 19 do RPAF expressa que a simples indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o eventual erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. Então, rejeitada está a nulidade suscitada.

Quanto ao mérito do caso, além de observar que muitas das irregularidades constatadas foram provocadas pelo próprio sujeito passivo quando da sua Escrituração Fiscal Digital, base para a auditoria empreendida no sentido de homologar o prévio e tempestivo cumprimento das obrigações tributárias principais por parte do contribuinte autuado, ressalto que, como verificado neste caso, na eventualidade de equívocos provocados pelo próprio contribuinte nos dados que transmite ao fisco, o resultado da auditoria consistente no valor original do crédito constituído, como se verá neste caso concreto, poderá ser aperfeiçoado, ajustando-se o valor da exação fiscal no curso da discussão contraditória do consequente processo administrativo fiscal, procedimento possibilitado pela disposição do artigo 145 do CTN c/c art. 18, § 1º, do RPAF.

Por ser regido pelo princípio inquisitorial, o procedimento fiscal de investigação da atividade do contribuinte prescinde da participação do contribuinte (e, a depender das circunstâncias, a sua não participação é até necessária para o estabelecimento da verdade material dos fatos que se investiga). Sem embargo, conforme os autos demonstram, desde as iniciais providências para lavratura do PAF até chegar ao seu resultado final, o caso em tela oportunizou ampla participação do sujeito passivo, sem qualquer bloqueio.

É que tendo em vista a colaboração determinada pelo art. 6º do Código do Processo Civil (que subsidiariamente se aplica ao processo administrativo) e especificada em direitos e deveres do administrado (arts. 3º e 4º da Lei nº 9.784/99, que embora regule o processo administrativo no âmbito federal, também se aplica ao processo administrativo dos demais entes federativos), seja na fase contenciosa em face da previsão constitucional do art. 5º, LIV e LV da CF/88, seja na fase procedimental culminada pelo lançamento que estabelece a relação jurídica (ainda que predominantemente regida pelo princípio inquisitório) este caso, repito, se processou com ampla interação da Autoridade Fiscal autuante com o sujeito passivo.

Nesse sentido, cabe matizar que a colaboração e cooperação mútua deve existir em face do princípio da confiança e boa-fé, que deve reinar entre a Autoridade Fiscal e o contribuinte, já que em face da ordem constitucional vigente, ambos estão estreitamente ligados com noções éticas, expedindo diretrizes comportamentais pautadas em valores reinantes na moral e bons costumes que orientam o agir da Administração Pública e que balizam o comportamento do contribuinte, pois, os atores envolvidos na relação obrigacional tributária respondem pela incolumidade do patrimônio alheio. Ou seja, a Autoridade fiscal pelo patrimônio particular e o administrado pelo patrimônio do público em geral, representado pelo bem e interesse comum, razão maior de existência do Estado e que a Administração, por comando da própria sociedade, tem a irrenunciável função de concretar.

Assim, efetuado o lançamento, o art. 123 do RPAF assegura o direito de o sujeito passivo impugnar o AI de uma só vez, oportunidade em que, por imposição do ônus probatório, deverá pontuar e apresentar todas as provas que lhe favoreçam, sustentando seu direito, inclusive sob pena de preclusão do direito da apresentação posterior, salvo: 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.

Neste caso, especificando as mercadorias e localização nos demonstrativos suportes da autuação, o Impugnante alegou:

Infração 01 (01.02.05: Uso indevido de crédito fiscal de ICMS referente as mercadoria(s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária. Valor: R\$ 100.697,35)

Na Defesa inicial (fls. 89, 111-143):

- a. “CASC CONE INDUSTRIAL – NCM 190590090 – em 2016 não se enquadrava na ST, conforme o item 11.26 do Anexo 1 do RICMS;
- b. CHOC GRANUL DORI 1.01KG – NCM 18069000 – A tributação do produto é normal, uma vez que a sua embalagem possui mais de 1KG e os itens 11.4 e 11.6 do Anexo 1 do RICMS entendem que estão sujeitos à ST apenas os produtos com embalagem inferior ou igual a 1 KG;
- c. CHOC PO MARATA 24X200G – O item 11.4 do Anexo 1 do RICMS exclui a ST das operações envolvendo achocolatado;
- d. COB NESTLE MARFIM 2.3KG – NCM 17049010 – Assim como no item “b”, este produto não está sujeito a ST, pois possui embalagem superior a 1KG, nos termos do item 11.1 do Anexo 1 do RICMS-BA;
- e. MELHORADOR MASSA MELHORITA 20KG e MELHORADOR MASSA PRAMIX 20KG – NCM 1901200 – O produto não se sujeita a ST, pois consiste em uma massa composta a mistura de amido destinado à melhora da qualidade da farinha de trigo;
- f. PEITO FRAN DEF T SEC CERATTI FAT 18X100G – NCM 16023220 – A fiscalização classificou em sua planilha “ANEXO 1 – DEMONSTRATIVO DE CRÉITO INDEVIDO – MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO” o NCM incorreto deste produto (NCM indicado na planilha 2071400). O NCM correto é 16023220, conforme consta na Nota Fiscal nº 327276 do fornecedor e fabricante do produto Omamori Industria de Alimento.
- g. AGUA GAS PET SÃO LOURENCO 12X30ML – NCM 22011000 – Ocorreu a anulação com débito, tendo em vista que a impugnante emitiu a Nota Fiscal de entrada nº 620442 para neutralizar a Nota Fiscal de saída nº 618333;
- h. ALCATRA C/ MAMINHA BOV XINGUARA KG – NCM 2023000 – Tal qual na situação anterior, foi emitida Nota Fiscal de entrada nº 588787 com débito para neutralizar o crédito da Nota Fiscal de saída nº 580583;
- i. BIS BOM SABOR SH AGUA 180X2UN – NCM 19059020 – Idem, idem situação anterior com emissão de Nota Fiscal entrada nº 520132 para anular a Nota Fiscal de saída nº 512001;
- j. CHOC PO MARATA 24X200G e CHOC PO MARATA 200G – NCM 180690200 – Neste caso houve a mera transferência de mercadorias no estoque da empresa, tendo sido emitidas Notas Fiscais de entradas nºs 514491, 576501 e 590451, com as respectivas Notas Fiscais de saídas nºs 514478, 576500 e 590450;
- k. FAR TRIGO RENATA S FERM 10X1KG – NCM 11010010 – Idem, idem situação do item “a”, com a emissão da Nota Fiscal de entrada nº 536378 para neutralizar a Nota Fiscal de saída nº 517556;
- l. KIT PROMOTOR MERCHANDISING VIGOR – NCM 960811000 – As saídas do item foram tributadas conforme Notas Fiscais nºs 522388, 522389, 522391, 522393, 522396, 522397, 522399,

522400 e 529626 e relatório com saldo final em estoque:

m. MINI PANETOTONE G CHOC S EDWIGES 24X80G – NCM 190520010 – Idem, idem situação “a” com anulação do crédito da Nota Fiscal saída nº 605670 através da Nota Fiscal de entrada nº 612330.

Todos esses argumentos foram apreciados pela Autoridade Fiscal autuante que quando da Informação Fiscal de fls. 401-427, corretamente acolhendo as razões defensivas, excluiu das operações autuadas, as relativas a: **CASC CONE INDUSTRIAL – NCM 19059090, CHOC PO MARATA 24X200G – NCM 18069000, COB NESTLE MARFIM 2.3KG – NCM 17049010, MELHORADOR MASSA MELHORITA 20KG e MELHORADOR MASSA PRAMIX 20KG – NCM 19012000, PEITO FRAN DEF T SEC CERATTI FAT 18X100G – NCM 16023220, AGUA GAS PET SAO LOURENCO 12X300ML – NCM 22011000, ALCATRA C/ MAMINHA BOV XINGUARA KG – NCM 0202.3000, BIS BOM SABOR SH AGUA 180X2UN – NCM 19059020, CHOC PO MARATA 24X200G e CHOC PO MARATA 200G – NCM 18069000, FAR TRIGO RENATA S FERM 10X1KG – NCM 11010010, KIT PROMOTOR MERCHANDISING VIGOR UM – NCM 96081000, MINI PANETTONE G CHOC S EDWIGES 24X80G – NCM 19052010.** Refez o demonstrativo suporte da Infração (ANEXO 18 – fls. 428-429) e ajustou a exação de R\$ 100.697,35 para **R\$ 95.420,38.**

Quanto à alegação defensiva relativa ao **CHOC GRANUL DORI 1.01KG – NCM 18069000,** observando que granulado é espécie de confeito, constato que apenas constam autuadas operações a partir de setembro de 2017, cujo produto se enquadra no anexo I, item 11.7 - bombons, balas, caramelos, **confeitos**, pastilhas e outros produtos de confeitaria, contendo cacau.

Portanto, acolho o ajuste procedido na exação da infração conforme demonstrativo ANEXO 18 – DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO – MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO – INFORMAÇÃO FISCAL (fls. 428-429) e a declaro parcialmente subsistente, com o seguinte demonstrativo de débito:

Infração 01					
31/01/17	09/02/17	20729,00	17%	60	3.523,93
31/05/17	09/06/17	109.542,18	17%	60	18.622,17
31/08/17	09/10/17	122.801,12	17%	60	20.876,19
30/09/17	09/10/17	1.425,71	17%	60	242,37
31/10/17	09/11/17	3.199,65	17%	60	543,94
30/11/17	09/12/17	140.426,82	17%	60	23.872,56
31/12/17	09/01/18	163.171,88	17%	60	27.739,22
Total da Infração					95.420,38

Infração parcialmente subsistente.

Infração 02 (01.02.10: Uso indevido de crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado. Valor: R\$ 46,69)

Esta infração tem suporte no demonstrativo de fl. 31 e se refere a uso indevido de crédito de ICMS destacado no CT-e identificado à fl. 32, constando como tomador do serviço de transporte a empresa LATICINIOS DANNITA LTDA, CNPJ 01.715.483/0001-73.

A alegação defensiva é que a contratação para recebimento da mercadoria foi “FOB”, tendo o contribuinte autuado arcado com o custo do transporte, o que lhe geraria crédito na operação mediante comprovação por carta de correção eletrônica enviada pela transportadora, que o Impugnante diz constar da pag. 71 e 72 (vide fl. 90), mas que consta das fls. 144-145, dos autos.

Rebatendo o argumento defensivo, além de aduzir que essa irregularidade foi, previamente ao

lançamento, notificada ao contribuinte através do e-mail (fl. 23) não logrando resposta, a Autoridade Fiscal não acolheu o argumento defensivo por entender que a carta de correção não pode mudar quem tem direito ao crédito que, no caso seria o LATICINIO DANINITA LTDA,

Com respeito à CC-e, o RICMS-BA, dispõe:

Art. 42. A chamada “Carta de Correção Eletrônica - CC-e” apenas será admitida quando o erro na emissão do documento fiscal não esteja relacionado com:

I - as variáveis que determinam o valor do imposto tais como base de cálculo, alíquota, diferença de preço, quantidade, valor da operação ou da prestação;

II - a correção de dados cadastrais que implique mudança do remetente ou do destinatário;

III - a data de emissão ou de saída.

Nesse sentido, observo que no documento de fl. 145 consta observada a disposição legal acima exposta.

Assim, tendo em vista que ainda que, se relaciona ao impedimento exposto no item II do art. 42, reproduzido. Portanto, retificando o valor da multa proposta para 100%, percentual alterado pela Lei 14.183/2019, efeitos a partir de 13/12/2019, tenho a infração como não elidida.

Infração subsistente.

Infração 03 (01.02.26: Uso indevido de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução de base de cálculo. Valor: R\$ 918,18)

O argumento defensivo é que nas operações elencadas no ANEXO 3 – DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO – MERCADORIA ISENTA” houve emissão de NF de entrada para neutralizar o crédito da NF de saída ou houve a devolução do produto ao vendedor, como se verifica na NFs de págs. 73 a 80:

- a. FEIJÃO CARIOQ APETITI PREMIUM 10X1 KG – A Nota Fiscal de entrada nº 542197 foi emitida para neutralizar a Nota Fiscal de saída nº 28847, anulando o crédito da operação;
- b. GARRAFA VAZIA AGUARDENTE 51 UM – Mercadoria devolvida ao vendedor através da Nota Fiscal nº 603431;
- c. SAL GROSSO SOSAL 10X1KG e SAL SOSAL 10X1KG – Idem, idem situação “a” com emissão da Nota Fiscal entrada nº 637171 para neutralizar a Nota Fiscal saída nº 633530;
- d. SAL SH SOSAL 2000X1KG - Idem, idem situação “a” com emissão da Nota Fiscal entrada nº 637170 para neutralizar a Nota Fiscal saída nº 633532.

Por sua vez, como detalhado no relatório, quando da Informação Fiscal, analisando os argumentos defensivos, todos eles foram acolhidos pela Autoridade Fiscal que expressa a insubsistência da infração, extinguindo a controvérsia.

Portanto, **tenho a infração como insubsistente.**

Infrações 4, 5 e 6 (01.02.40: Uso indevido de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is)) – Demonstrativos originais: Infração 4: Anexo 4 (fls. 35-36); Infração 5: Anexo 5 (fl. 37); Infração 6: Anexo 6 (fls. 38-39).

Para essas infrações, na inicial peça de defesa (fls. 91-92) o Impugnante alegou diversos casos em que a mercadoria foi devolvida à Impugnante, com o efetivo destaque do ICMS na informação complementar da NF-e, como se pode ver, por exemplo, nas Notas Fiscais nºs 526068 (fl.155), 528676 (fl. 162), 531828 (fl. 157) e 538775 (fls. 159-160).

Aduziu que o fisco repetiu autuação sobre produto já objeto de outra infração no AI, como é o

caso da GARRAFA VAZIA AGUARDENTE 51 UM, objeto da infração 03, com indevida inclusão, uma vez que fora devolvida ao vendedor.

Também frisou que em diversas hipóteses o fisco autuou indevidamente produtos com alíquota diferenciadas, como é o caso de “MILHO DE PIPOCA”, cuja alíquota é 7%, conforme o artigo 16, I da Lei nº 7014/96, vez que a redução da BC não se aplica às alíquotas inferiores a 10%.

Ademais, disse haver situações não observadas pelo fisco, como o caso onde os fornecedores emitiram NFs complementares de ICMS, uma vez que não haviam destacado o imposto nas NFs originais, o que não foi observado pelo fisco.

Alegou que o fisco reduziu a BC de forma equivocada, em 41,176%, em operações em que se permite o aproveitamento de 10% nas compras realizadas na Região Nordeste. Também alegou que a Impugnante lançou o crédito com base no art. 2º do Decreto nº 7799/00 ($12\% - 16,667\% = 10\%$, de modo que a redução a ser aplicada é 16,667% e não 41,176%, como autuado.

Analisando tais argumentos, a Autoridade Fiscal informou (fls. 416-420):

- a) Para a Infração 4 (ANEXO 20 – fl. 431-432): - Acertada manutenção da autuação relativa à NF 658.239 (fls. 165-166) contendo destaque de ICMS de R\$ 7.718,37, por constar no arquivo XML do banco de dados da SEFAZ com o valor de ICMS de R\$ 7.685,80 (plotagem fl. 417). Portanto, valores distintos para mesma NF, glosando apenas a diferença de R\$ 32,59 (ANEXO 20. fl. 432, substituindo o demonstrativo original, Anexo 4);
- b) Com relação às NFs 526068, 528676, 531828 e 538775: Também acertadamente, informou não haver correção a fazer, pois o destaque do imposto na informação complementar não é correto, exceto em se tratando de empresa do simples nacional (RICMS-BA: Art. 57). As notas fiscais das folhas 154 a 162, referente à empresa NUTRISABOR ASSESSORIA E ALIMENTOS, CNPJ básico: 02.540.779, não são do Simples Nacional. O procedimento correto para a situação, é emissão de nota fiscal complementar, o que não ocorreu;
- c) Infração 4: “GARRAFA VAZIA AGUARDENTE 51 UM”, objeto da autuação na Infração 3, onde houve sua indevida inclusão, uma vez que a mesma foi devolvida ao vendedor: Neste caso, a mercadoria entrou através da Nota Fiscal nº 61.796 sem destaque de imposto, porém o seu crédito foi lançado da EFD. Depois, a mercadoria foi devolvida através da Nota Fiscal nº 603.431, com destaque de imposto. O registro da NF de entrada não deveria ter o crédito do imposto, já que a Nota de Entrada nº 61.796 não tem destaque e a Nota Fiscal de Devolução nº 603.431 deveria sair sem débito de imposto. Informou que esse erro de escrituração do contribuinte e o lançamento incorreto da nota fiscal na EFD a induziu ao equívoco, gerando duas infrações: Uma por crédito indevido, porque a mercadoria tem isenção e outra por ter lançado na EFD a maior que o documento fiscal. Assim, a despeito do equívoco, por, de fato, não ter havido prejuízo ao Erário, este item foi corretamente excluído no ANEXO 20 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ICMS LANÇADO NA EFD MAIOR QUE NF-e - INFORMAÇÃO FISCAL. Assim, da Infração 4, tendo em vista a exclusão da NF 61.796, o valor passou de R\$ 12.402,49 para **R\$ 11.632,12**;
- d) INFRAÇÃO 6: Produtos que possuem alíquotas diferenciadas, destacando-se “MILHO DE PIPOCA”, cuja alíquota é de 7% (sete por cento), conforme o artigo 16, I da Lei nº 7.014/1996, vez que a redução da base de cálculo não se aplica às alíquotas inferiores à 10%. Também o contribuinte errou na escrituração da EFD. A plotando, tomou por exemplo a Nota Fiscal nº 258.841, valor do item R\$ 558,00, base de cálculo R\$ 558,00, alíquota 7% e imposto R\$ 39,06, porém, na EFD o contribuinte colocou base R\$ 217,01, alíquota 18% e imposto R\$ 39,06. O sistema ao examinar a EFD indicou a inconsistência de usar a alíquota de 18% quando o correto seria 7%. O erro do contribuinte ao escriturar a EFD com incongruência a induziu ao equívoco, mas isso também foi corrigido na Informação Fiscal, excluindo a NF;
- e) A Nota Fiscal nº 22.236 não tem destaque de R\$ 86,10. De milho de pipoca foi o único que

permaneceu, pois a NF não contém destaque de ICMS. Os demais itens de milho de pipoca foram excluídos e não constam do ANEXO 21 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL (fl. 433), pois os fornecedores emitiram notas fiscais complementares de ICMS, uma vez que não haviam destacado o imposto nas notas fiscais de origem. As Notas Fiscais nºs 358.418, 98.476, 2.109, 142.640, 1.155, 1.869, 10.764, 37,38, 39, 2.646, 152.934, 5.932, 155.993, 250, 154.715, 887, 172.039, 541, 370, 171.950, 173.846, 173.847, folhas 169 a 214, são notas fiscais de complemento de ICMS. Aduziu que o correto seria o contribuinte escriturar na EFD, no campo descrição, ICMS COMPLEMENTAR ao invés de ITEM COMPLEMENTAR. A despeito disso, estes itens foram excluídos do ANEXO 21 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL (fl. 433), restando apenas a NF 22.236 por não conter ICMS destacado e a NF 159.500, do item MARGARINA;

- f) Acerca do argumento defensivo “A Fiscalização reduziu a base de cálculo, de forma equivocada, em 41,176% em operações às quais é permitido o aproveitamento de crédito de 10% nas compras realizadas na Região Nordeste. A Impugnante lançou o crédito com base no Art. 2º do Decreto nº 7.799/00 (12% - 16,667% = 10%). Sendo assim, a redução a ser aplicada no caso é de 16,667% e não de 41,176%, como fez indevidamente a Fiscalização”, informou que a Nota Fiscal nº 159.500 é de 30/09/2017 e a empresa teve o benefício do Decreto nº 7.799/00 revogado pelo parecer do Processo SIPRO 178.481/2016-2, com ciência em 31/03/2017 e, por isso, manteve a exação para essa nota fiscal.

Assim, na oportunidade da Informação Fiscal em resposta da Impugnação, para as Infrações 4, 5 e 6, procedeu:

a) Infração 04

Ajustou a exação original de R\$ 12.402,49 para R\$ **R\$ 11.632,12**, em face da exclusão da NF 61.796, aportando o demonstrativo ANEXO 20 (fls. 431-432) para substituir o demonstrativo suporte original Anexo 4 (fls. 35-36);

b) Infração 05

Manteve a exação com o demonstrativo suporte Anexo 5 (fl. 37);

c) Infração 06

Ajustou a exação original de R\$ 1.910,14 para R\$ **R\$ 524,20**, em face de acolhimento das alegações defensivas relacionadas ao MILHO DE PIPOCA (exceto para a NF 22.236 porque a NF não contém destaque de ICMS) e a NF 159.500 relacionada a MARGARINA, aportando o demonstrativo ANEXO 21 (fl. 433) para substituir o demonstrativo suporte original Anexo 6 (fls. 38-39).

Ainda inconformado com o resultado da Informação Fiscal, o Impugnante, com relação às infrações 4, 5 e 6, às fls. 461-462, equivocando-se com relação à Infração 4, já que essa foi ajustada acolhendo parcialmente suas alegações, o Impugnante, repisou a alegação de indevida manutenção integral da Infração 4 (o que não ocorreu), pois, ao identificando, disse não ter sido considerada diversas operações às quais não se creditou ante a devolução das mercadorias, conforme relaciona:

- NF-e nº 2816030254077900164055055000000581022496237 → A Nutrisabor devolveu a mercadoria e destacou o valor do imposto na informação complementar da NFD. Na venda ocorreu o débito do imposto, através da Nota Fiscal nº 526068, juntada no documento 8 da impugnação (fl. 145);
- NF-e nº 28160402540779001569550550000001811022527933 → Neste caso a Nutrisabor também devolveu a mercadoria e destacou o valor do imposto na informação complementar da NFD. Na venda ocorreu o débito do imposto, através da Nota Fiscal nº 531828, juntada também no documento 8 da impugnação (fl. 156);
- NF-e nº 28160502540779001569550550000001941022590300 → A Nutrisabor novamente devolveu a

mercadoria e destacou o valor do imposto na informação complementar da NFD. Na venda ocorreu o débito do imposto, através da Nota Fiscal nº 538775 (fl. 159) juntada também no documento 8 da impugnação (fl. 158);

- NF-e nº 28160402540779001569550550000001801022490099 → A Nutrisabor devolveu a mercadoria e destacou o valor do imposto na informação complementar da NFD. Na venda ocorreu o débito do imposto, através da Nota Fiscal 528676, juntada no documento 8 da impugnação;
- NF-e nº 35170705426493000140550010001545961002208592 → Neste caso, o fornecedor Polico enviou Nota Fiscal complementar de ICMS de nº 154715 (fl.199), emitida em 05/07/2017, conforme documento 8 da impugnação;
- NF-e nº 29171007041307000180550030006582391110026108 → Ocorreu a transferência de mercadorias dentro do estoque da própria contribuinte, conforme Nota Fiscal de Entrada nº 658239 e Nota Fiscal de Saída nº 658131, gerando, assim, o crédito e o débito, anulando uma na outra. As referidas notas foram juntadas no documento 8 da impugnação.

Contudo, as operações listadas não constam dos demonstrativos das infrações 4, ANEXO 20 –fl. 432 (neste apenas se excluiu a NF 61.796, como dito na letra “c” acima); nem da 5 (ANEXO 5), ou 6 (ANEXO 21 – fls. 433).

Ainda nessa manifestação contra à Informação Fiscal (fls. 461-2), o Impugnante alegou que no tocante à Infração 5, se a cassação do benefício da contribuinte oriunda do Decreto nº 7799/00 ocorreu apenas com a ciência em 31/03/2017, através do Processo SIPRO nº 78.481/2016-2, a contribuinte atuou em seu pleno direito durante o período autuado, devendo tais valores serem excluídos.

Por sua vez, falando do benefício fiscal cassado, a autuante ratificou sua informação fiscal anterior mantendo o ajuste efetuado, dizendo que a NF 159.500, (que não consta do demonstrativo da infração 5, mas da 6 - anexo 21 - Crédito indevido – Alíq divergente - ajustado fl. 433, do original de R\$ 1.910,14 para R\$ 524,20, mantendo apenas as NFs 159.500 – Marg. Ricca e 22236 – Milho Pipoca Rico, por não conter o destaque de R\$ 86,10), é de 30/09/2017 e a empresa teve o benefício fiscal do Dec. 7799/00, revogado por parecer no processo SIPRO 178.481/2016-2, com ciência do contribuinte em 31/03/2017 (fl. 419).

Assim, ratificou o ajuste antes efetuado na exação pela Infração 4, de R\$ 12.402,49 para **R\$ 11.632,12**, conforme o ANEXO 20 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ICMS LANÇADO NA EFD MAIOR QUE NF-e - INFORMAÇÃO FISCAL (fls. 431-432), o mesmo fazendo para a infração 6, que naquela oportunidade passou de R\$ 1.910,14 para R\$ 524,00, conforme o ANEXO 21 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ALIQUOTA DIVERGENTE - INFORMAÇÃO FISCAL (fl. 433).

Ocorre que em 22/11/19, o sujeito passivo apresentou a petição de fls. 516 a 520, noticiando decisão liminar do **“Juízo da 3ª Vara da Fazenda Pública/Ba determinando a suspensão de todos os efeitos das decisões administrativas proferidas nos processos 233229/2016-9 e 178481/2016-2, que denunciaram o acordo celebrado através do processo nº 028.558/2007-1, restabelecendo assim os benefícios fiscais concedidos ao contribuinte Impugnante (decisão anexa”** – grifos no original)

Destacou que a decisão teria repercussão sobre as **Infrações 06 e 13**.

Na oportunidade, para a Infração 07, apresentou ementas de decisões da 2ª JF e 1ª CJF, relativas ao AI 2740680007185 dizendo que, em situação idêntica se julgou “considerando demonstrada pelo Contribuinte a legitimidade e legalidade da utilização do crédito de ICMS”.

Tais fatos motivaram o pedido de diligência de 22/11/2019 à Infaz de origem (fl. 532), e a autoridade fiscal autuante prestou a Informação de fls. 536-541, datada de 20/06/2020:

Infração 06

Informou que como a decisão judicial restabelecendo os benefícios fiscais do Dec. 7799/00 ao sujeito passivo era de caráter provisório, por ter sido lavrado antes da ciência da decisão Interlocutória, devia ser mantida para evitar a decadência.

Sem embargo, aceitando a alegação defensiva, elaborou dois demonstrativos para a infração, com valores remanescentes, **Anexo 27 – DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO – ALIQUOTA DIVERGENTE – INFORMAÇÃO FISCAL** - fl. 542: um sem considerar o benefício do Dec. 7799/00, remanescendo R\$ 86,10, relativo à NF 22236 e outro considerando o restabelecimento do benefício fiscal, remanescendo R\$ **173,38**. Esse demonstrativo suporte substituiu o Anexo 21 (fl. 433).

Infração 07

Informou que o contribuinte lançou entrada de mercadoria emitindo NF-es a título de reclassificação de mercadoria, utilizando o CFOP 1.926, com destaque de crédito de ICMS maior que o destacado no correspondente documento de saída com CFOP 5.926 (Lançamento efetuado a título de reclassificação de mercadoria decorrente de formação de kit ou de sua desagregação), mas, analisando as NFs constatou nos seus pares (NF de entrada x NF saída), crédito maior que débito.

Contudo, após apresentação e análise dos elementos de prova do Impugnante, excluiu da exação, valores que tinham correspondentes créditos de igual valor, gerando o Anexo 22 – DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO – MERCADORIA PARA FORMAÇÃO DE CESTA E KIT – INFORMAÇÃO FISCAL (fls. 434-436, parte e completo no CD de fl.443), ajustando a exação pela infração de R\$115.163,38 para R\$ **98.823,04 (fls. 434-435 e CD fl.443)**.

Quanto ao Acórdão CJF Nº 0274-11/19, reproduzindo parte relativa à Infração 07 daquele julgado, observou que ali só se acatou parte do crédito, cujo débito correspondente foi comprovado. Ou seja, com o mesmo motivo que procedeu neste caso, de modo que ratificou o ajuste que procedeu anteriormente.

Infração 13

Considerando que, como a Impugnante reclama que as NF-es 662.792 e 664.553, do mês de novembro 2017, sofrem repercussão da Decisão Interlocutória de reestabelecimento do benefício fiscal do Dec. 7799/00, assim como para a Infração 06, produziu novo demonstrativo com dois valores para o citado mês (com e sem considerar o benefício fiscal): ANEXO 28 – DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO – INFORMAÇÃO FISCAL, que acostou aos autos (fls. 543-556, impresso, e CD fl. 568), substituindo o Anexo 25, elaborado anteriormente por força de diligência, de modo que ajustou o valor da exação para R\$ 1.493,51, considerando o benefício do Dec. 7799/00.

Ainda inconformado, o sujeito passivo se manifestou às fls. 572-584, agregando os documentos de fls. 585-1.095. Após argumentar sobre os efeitos da decisão judicial, passou ao mérito das infrações:

Infração 06

Com mesmo argumento já rebatido no contraditório, insistiu dever ser estornado o valor de R\$ 86,10 referente à NF 22236, pois o crédito teria sido corretamente utilizado com base no art. 16 da Lei 7014/96.

Infração 07

Discordou acerca da ratificação da Informação Fiscal de fls. 420-421 pela autoridade fiscal e para corroborar com a regularidade da operação, disse ter realizado nova análise em todas as NFs de entrada e saída, constatando que o crédito destacado na entrada com CFOP 1.926 é maior que o débito destacado na saída com CFOP 5.926, mas a diferença identificada não é a cobrada no AI - R\$ 98.736,16 -, e sim R\$ 24,06, conforme relação apresentada e análise das NFs que acosta aos autos, cuja composição com a diferença, segue anexada na Planilha 22”.

Infração 13

Disse que “reanalisou toda a operação e verificou que consta na “Planilha ANEXO 28” diversas notas fiscais que constam no referido documento, a Autoridade Fiscal está considerando a alíquota de 18%, quando deveria considerar a alíquota de 17%, vez que, por ocasião da entrada foi utilizado a alíquota de 17%, conforme justificativa apresenta na “Planilha 28” que segue anexa”.

Na Informação Fiscal consequente (fls. 1.096-1.102), a autuante reproduziu o voto vencedor do Acórdão 0226-12-20, relativo à Infração 01.

Quanto às Infrações, informou:

Infração 06

A manutenção da exação de R\$ 86,10, referente à NF-e 22.236 (plotada, novamente, à fl. 1.100), pois a citada NF é de empresa do Simples Nacional e não gera crédito fiscal.

Infração 07

Citando a disposição do art. 123, § 1º, do RPAF, disse que na defesa inicial a Impugnante apresentou documentos de prova (pares de notas fiscais) que, analisados ajustou o levantamento e exação fiscal de R\$ 115.163,38 para R\$ 98.823,04 (fls. 434-435 e CD fl.443).

Aduziu que a Impugnante admite na fl. 582 ter constatado que o crédito destacado nas entradas sob CFOP 1.926 é maior que o débito destacado nas saídas sob CFOP 5.916, mas em face dos novos elementos apresentados pelo Impugnante, ajustou o valor da exação e produziu novo demonstrativo suporte que aportou aos autos (Anexo 29, fls. 1.103-1.106 e CD fl.1.122), remanescendo exação no valor de R\$ 3.091,84.

Infração 13

Informa que analisou o argumento relativo às distintas alíquotas (17% ou 18%) e, ao modo do feito para a Infração 7, ajustou o valor da exação produzindo novo demonstrativo suporte que aportou aos autos (ANEXO 30, fls. 1.107-1.120 e CD fl.1.122), remanescendo exação no valor de **R\$ 1.343,99** considerando restabelecido o benefício Dec. 7799/00 e R\$ 2.035,27, não considerando o benefício do Dec. 7799/00.

Tendo em vista a possível repercussão do Dec.7799/00 sobre as infrações 6 e 13, em face da decisão judicial com efeitos retroativos, o PAF foi baixado em diligência para Parecer da PGE/PROFIS (fls. 1.205-1.207), tendo ela confirmado que a aplicação retroativa se aplica ao caso concreto (fls. 1.210-1.211) e, por consequência, o PAF foi baixado em diligência à INFAZ de origem para proceder pertinente ajuste na exação (fl. 1.212), oportunidade em que a autoridade fiscal autuante informou à fl. 1.216, que quando da Informação Fiscal anterior já tinha elaborado e aportado demonstrativos considerando a retroação querida pelo Impugnante (fls. 1.199 a 1.201).

Considerando que o contraditório acima esgota a discussão das partes acerca das infrações 04, 05 e 06, analisando os autos, passo a deliberar sobre elas.

Infração 04

Exigindo R\$ 12.402,49, essa infração tem suporte no demonstrativo ANEXO 4 (fl. 35) em que se relaciona/detalha/explica (data de emissão, CNPJ emitente, número, ChvCte, UF, VlICMSEFD, VlIcmsCte, VlrcrdMaior) o uso indevido de crédito de ICMS de diversas NF-es, cujos créditos apropriados na EFD, difere do destacado nos documentos fiscais próprios.

Para essa infração, das alegações conjuntas apresentadas na Impugnação (Infrações 4, 5 e 6), apenas tem pertinência o item relativo à “GARrafa VAZIA AGUARDENTE 51 UM”, envolvendo as NFs 61.796 (objeto de autuação por não conter o crédito usado escriturado na EFD, nela destacado) e 603.431 emitida pela autuada, relativo a devolução da mercadoria contida na NF 61.796, com débito de imposto, pois, ainda que, como explicado pela autuante na Informação Fiscal, o procedimento adotado pelo contribuinte não tenha sido o indicado na legislação, provou-se a

inexistência do uso indevido do crédito fiscal relativo à NF 61.796, vez que compensado pelo débito do imposto destacado na NF de devolução. Tal valor foi corretamente acolhido como elidido com a exclusão da NF 61.796, no novo demonstrativo suporte da infração, ANEXO 20 - DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO - ICMS LANÇADO NA EFD MAIOR QUE NF-e - INFORMAÇÃO FISCAL, passando o valor exigido de R\$ 12.402,49 para **R\$ 11.632,12**. O valor exigido da NF excluída foi R\$ 707,37 integrado na **ocorrência original de 28/02/2017**, que passa de R\$ 4.696,38 **para R\$ 3.926,01, mantendo-se os das demais ocorrências**.

Acolho o ajuste efetuado e declaro a Infração 04 como parcialmente subsistente.

Infração 05

Exigindo R\$ 1.181,96, essa infração tem suporte no demonstrativo ANEXO 5 (fl. 37) em que se relaciona uso indevido de crédito de ICMS de quatro identificados/detalhados CT-es sem destaque do imposto (data de emissão, CNPJ emitente, número, ChvCte, UF, VlICMSEFD, VlIcmsCte, VlrcrdMaior) e a impugnação - repetida nas posteriores manifestações -, feita em conjunto com as infrações 4 e 6, não contesta objetivamente o uso de crédito fiscal relativo a tais documentos, pois, resume-se a alegar repercussão do benefício fiscal do Dec. 7799/00, o que não se aplica ao caso. Portanto, tenho a infração como não elidida e, com fundamento nos arts. 140, 141 e 143, do RPAF, deve ser mantida.

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.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Infração subsistente.

Infração 06

Exigindo R\$ 1.910,14, essa infração tem suporte original no demonstrativo ANEXO 6 (fl. 38-39 e CD, fl. 67) em que se relaciona uso indevido de crédito de ICMS de diversas NF-es de entrada em operações interestaduais identificadas e detalhadas como na infração anterior, cujos créditos foram escriturados na EFD com alíquota interna.

Também impugnada em conjunto com as infrações 4 e 5, apresentando elementos de prova documentais, a alegação defensiva consiste em: a) inconsistência na planilha suporte da infração, pois houveram devoluções de mercadorias vendidas pela Impugnante, cujas NF-es informam valor do ICMS no campo destinado às informações complementares; b) autuação indevida sobre operações com mercadorias sob alíquotas diferenciadas (destaque para MILHO DE PIPOCA), que não comportam redução de base de cálculo por terem alíquota inferior a 10%; c) não observação de NF-es complementares de ICMS emitidas por fornecedores; d) equivocada redução de base de cálculo em 41,176% em operações albergadas pelo Dec. 7799/00.

Como visto detalhadamente no relatório e também detalhadamente retro explicado/esclarecido no texto deste voto, na Informação Fiscal em resposta à Impugnação, a autoridade fiscal autuante, acertadamente ajustou a exação original de R\$ 1.910,14 para R\$ **R\$ 524,20**, em face de acolhimento das alegações defensivas relacionadas ao MILHO DE PIPOCA (exceto para a NF 22236 porque a NF não contém destaque de ICMS e o crédito apropriado é manifestamente indevido, porque não foi cobrado na operação anterior).

Para este particular, é de se observar a disposição do art. 29 da Lei 7014/96 que, com os meus destaques é:

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive

a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior

Também se manteve a NF-e 159.500 relacionada a MARGARINA, aportando o demonstrativo ANEXO 21 (fl. 433) para substituir o demonstrativo suporte original Anexo 6 (fls. 38-39).

Ocorre que como já retro explicado/esclarecido, o restabelecimento do benefício vinculado ao Dec. 7799/00 por ordem judicial repercute sobre a operação albergada pela NF-e 159.500, como alegado pelo Impugnante, aspecto que foi corretamente acatado pela autuante quando, por força de diligência pedida por este órgão judicante e em substituição do ANEXO 21, elaborou dois demonstrativos para a infração, com valores remanescentes, **Anexo 27 – DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO – ALIQUOTA DIVERGENTE – INFORMAÇÃO FISCAL** - fl. 542: um sem considerar o benefício do Dec. 7799/00, remanescendo R\$ 86,10, relativo à NF 22236 e outro considerando o restabelecimento do benefício fiscal, remanescendo R\$ **173,38**, valor que acolho para declarar a infração como parcialmente subsistente, com o seguinte demonstrativo de débito:

Data ocor.	Data Vencido.	Base de Cálculo	Alíq. (%)	Multa (%)	Valor Histórico
Infração 06					
31/01/2017	09/02/2017	478,33	18%	60	86,10
31/10/2017	09/11/2017	484,89	18%	60	87,28
Total					173,38

Infração 07 – 01.02.41: Uso indevido de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is).

Exigindo R\$ 115.163,38, essa infração tem suporte original no demonstrativo ANEXO 7 (fls. 40-41 e CD, fl. 67), contendo o detalhamento das operações objeto da exação (ano, mês, data emissão, CNPJ emitente, nº Doc., ChvNfe, UF, CFOP, Cód., descrição merc., NCM, CST, Vlr, base cálc., alíq, ICMS). Acusa uso indevido de crédito de ICMS de diversas NF-es de entrada, de emissão própria a título de reclassificação de mercadoria, utilizando o CFOP 1.926, em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais.

Apresentando elementos documentais de prova (fls. 215-230), o Impugnante alegou relacionar-se a industrialização sobre matérias primas e produtos intermediários tributáveis usando o CFOP 1.926 - Lançamento efetuado a título de reclassificação de mercadoria decorrente de formação de kit ou de sua desagregação, obtendo novos produtos com saídas tributadas (CFOPs: 5.926 - Lançamento efetuado a título de reclassificação de mercadoria decorrente de formação de kit ou de sua desagregação, 5.102 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, ou qualquer venda de mercadoria efetuada pelo MEI com exceção das saídas classificadas nos códigos 5.501, 5.502, 5.504 e 5.505 e 6.102 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, ou qualquer venda de mercadoria efetuada pelo MEI com exceção das saídas classificadas nos códigos 6.501, 6.502, 6.504 e 6.505).

Também alegou ter havido autuação indevida em outras duas situações: a) desfazimento de KIT com emissão de NF-e de entrada para anular o KIT, de modo a anular o crédito pelo débito; b) desconsideração de NF-e relativa a transferência de estoque sem geração de crédito fiscal para a Impugnante.

Analisando os argumentos e elementos de prova aportados com a impugnação, por ocasião da Informação Fiscal rebatendo detalhadamente à Impugnação, a autuante reduziu a exação original para R\$ 98.823,04, conforme demonstrativo Anexo 22 (fls. 434-435).

Em manifestação posterior o Impugnante, dizendo que a autuante “afastou grande parte da Infração 7 ao considerar que não ocorreu infração indicada nas operações cujo CFOP é 5926, 1926, 5102 e 6102, alegou que a autoridade fiscal autuante não considerou as situações com emissão de

NF para desfazimento de KIT envolvendo diversas mercadorias que especifica e detalha às fls. 462-463, situação aceita em outro julgamento do CONSEF (AI 274068.0007/18-5, Acórdão 0274-11/19).

Ademais, ressaltou ser indevida a tributação sobre o item “ATUM G COSTA RALADO 24X170G”, pois apenas ocorreu transferência da mercadoria dentro do seu estoque, conforme NF de entrada 513731, com CFOP 1.949 e NF de saída 513730, com CFOP 5.949, anulando-se o crédito com o débito.

Ainda que na subsequente Informação Fiscal a autoridade fiscal autuante tenha ratificado o ajuste efetuado na sua anterior Informação Fiscal e informado que no Acórdão citado pelo Impugnante só foi acatada parte da alegação defensiva reduzindo o valor da semelhante infração de R\$ 986,22 para R\$ 382,51, naquele julgamento, analisando novos elementos de prova aportados pelo Impugnante quando da posterior manifestação defensiva (fls. 572-1.090) no que diz respeito a pares de notas fiscais relacionadas com a alegação de desfazimento/formação de KIT, ajustou o levantamento fiscal reduzindo a exação para R\$ 3.091,84, conforme o demonstrativo ANEXO 29 (fls. 1.103-1.106, e CD fl. 1.122), que substituiu o Anexo 22 (fls. 434-435), aportado junto à Informação Fiscal de fls. 1.096-1.102.

No que diz respeito à alegação oralmente apresentada para a Infração 7, no sentido de que o valor remanescente de R\$ 3.091,84, refere-se a mínimas diferenças de centavos, sobre a qual a autoridade fiscal autuante observou que o valor remanescente não se limitam às mínimas alegadas, tem razão a observação da autoridade fiscal autuante, pois, de fato, se vê no ANEXO 29, existem relevantes valores que se referem a falta de apresentação de notas fiscais para formação de alguns pares de Kits alegados, inclusive mesma nota fiscal utilizada para formação de mais de um par e que, todas os elementos documentais de prova apresentados foram analisados, acolhendo todos os pertinentes.

Assim, observando que na sua última manifestação defensiva o Impugnante (fls. 1.222-1.234), não apresentando novos elementos de prova, limitou-se a repetir os argumentos defensivos anteriores já analisados pela autoridade fiscal autuante e, ainda que reconhecendo devido apenas o R\$ 24,06, inadvertidamente pediu o integral afastamento da infração, acolho o ajuste efetuado em face dos elementos de prova autuados, constatando a Infração 7 como parcialmente subsistente com exação de R\$ 3.091,84, cujo demonstrativo de débito é:

Data ocor.	Data Vencto.	Base de Calculo	Alíq. (%)	Multa (%)	Valor Histórico
Infração 07					
31/05/2016	09/06/2016	7.847,29	17%	60	1.334,04
30/11/2016	09/12/2016	1,76	17%	60	0,30
31/12/2016	09/01/2017	22,18	17%	60	3,77
31/01/2017	09/02/2016	1.334,94	17%	60	226,94
28/02/2015	09/03/2017	7.916,18	17%	60	1.345,75
30/04/2017	09/05/2017	275,94	17%	60	46,91
31/07/2017	09/08/2017	501,88	17%	60	85,32
30/09/2017	09/10/2017	279,82	17%	60	47,57
31/10/2017	09/11/2018	7,29	17%	60	1,24
Total					3.091,84

Infrações 08 e 09 (01.02.42 – Uso indevido de crédito fiscal de ICMS sem apresentação de documento comprobatório do crédito).

Tratando de uso de crédito indevido, essas infrações se fundam na falta de comprovação de documentação comprobatória de direito ao crédito.

Possuem suporte nos demonstrativos: a) Infração 08: “ANEXO 8 – DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO – NF-e CANCELADA E LANÇADA, relacionando/identificando pormenorizadamente 03

(três) NF-s (fl. 42); b) demonstrativo “ANEXO 9 – DEMONSTRATIVO DE CRÉDITO INDEVIDO – LANÇAMENTO SEM NOTAS FISCAIS, relacionando/identificando a NF-e 8042.

Para tais infrações, a defesa se restringe a impugnar a Infração 09, pois se limita a alegar que a NF 8.042, emitida em 27/09/2017, geraria crédito fiscal e o fisco sequer observou a ocorrência da operação e na posterior manifestação defensiva à Informação Fiscal, o Impugnante se limitou a entender não ter havido verificação de todas as notas fiscais autuada, de modo a ser necessária a realização de diligência para tanto.

Ocorre que: a) constatando-se as irregularidades dos documentos fiscais objeto da exação pelas infrações, conforme documentos de fls. 18-21, no curso da ação fiscal e antes da lavratura do AI, o contribuinte autuado foi diligentemente intimado para justificar/demonstrar/provar a regularidade dos créditos utilizados, mas sequer se manifestou a respeito; b) consultas ao sistema SPED constatarem a inexistência/cancelamento dos documentos fiscais objeto da exação (fls. 18-21, dos autos), como acusado no AI.

Assim, chamando atenção para o disposto no art. 123 § 5º, do RPAF (toda a prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de fazê-la em outro momento, salvo exceções, que não é o caso) e considerando que o sujeito passivo possui todos os elementos para apresentar eventuais pertinentes elementos de prova dos seus argumentos, inclusive chave de acesso das notas fiscais objeto da exação, e nada fez, sobre o caso é de incidir a regra exposta no art. 141, do RPAF:

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Portanto, as infrações subsistem.

Infração 10 (02.01.03 – Falta de recolhimento de ICMS por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis).

Com suporte original no demonstrativo ANEXO 10 – DEMONSTRATIVO DE DÉBITO – NF – BONIFICAÇÃO NÃO TRIBUTADA (fls. 47-48, parte, e integral no CD de fl.67, em que se detalha as operações (ano, mês, data, CNPJ, IE, NF, UF, CFOP, Cód., Descrição, NCM, dados da NF, Vlr BC, Alíq., ICMS, Redução BC, Base Red., Alíq. Aplic., ICMS Calc. Dif.), refere-se a falta de recolhimento de ICMS por prática de operações tributáveis como se foram não tributáveis e, listando as mercadorias, a alegação defensiva é que grande parte das mercadorias autuadas são isentas por serem produtos hortifrutícolas ou por estarem sujeitas à ST, inseridas no Anexo I do RICMS-BA.

Das mercadorias listadas na Impugnação, na Informação Fiscal correspondente, a autoridade fiscal autuante corretamente acolheu razões para: **AGUARD YPIOCA MEL LIMA 700ML – NCM 22089000** (Produto sujeito à redução da base de cálculo de 41,176%), **CERVEJA THZ GOLD 6X600ML**, **CERVEJA SUL AMERICANA 6X600ML** e **CERVEJA THZ EBENHOLTZ ESCURA 6X600ML – NCM 22030000** (sujeito à antecipação do tributo ou substituição tributária, nos termos do item 3.14 do Anexo I do RICMS), **VODKA SMIRNOFF ICE LATA 6X269ML**, **VODKA SMIRNOFF ICE RED 6X275ML** e **VODKA SMIRNOFF ICE STORM 6X269ML – NCM 22089000** (Por ser bebida com teor alcoólico inferior à 8%, se encaixa no item 3.17 do Anexo I do RICMS).

VODKA SMIRNOFF ICE LONG NECK 6X275ML – NCM 22060090: Ainda que sendo bebida com teor alcoólico inferior à 8%, encaixa-se no item 3.17 do Anexo I do RICMS-BA. Ademais, a NCM 2206 não consta do Anexo I do RICMS/BA para o período de 10/2017. Portanto, deve ser mantida na exação, inclusive por se conformar no entendimento da DITRI em diversos pareceres, no sentido de que para ser objeto de substituição tributária, tanto a descrição da mercadoria/produto quanto a correspondente NCM devem constar no Anexo I do RICMS-BA.

Acertadamente também manteve a **MANDIOCA PALITO CONG ATI GEL 4X2.5KG – NCM 07141000**, porque não se enquadra na isenção prevista no artigo 265, inciso I, letra “a” do RICMS c/c Convênio ICM 44/75, § 4º, pois a alegação não procede em relação a produtos congelados industrializados:

Art. 265. São isentas do ICMS:

I – as saídas internas e interestaduais: a) desde que não destinadas à industrialização, de produtos hortifrutícolas relacionados no Conv. ICM 44/75, exceto alho, amêndoas, avelãs, castanha da europa e nozes (Conv. ICM 07/80);

É que, neste ponto, o art. 265, I, “a” do RICMS/12 isenta do imposto as saídas internas e interestaduais **desde que não destinadas à industrialização**, de produtos hortifrutícolas relacionados no Convênio ICM 44/75, não contemplando os produtos congelados industrializados, pois eles não sofrem apenas processo e branqueamento; são descascados, cortados, lavados, embalados em um processo industrial, ou seja, são industrializados; o fato gerador em questão está sujeito ao ICMS que não prevê a condição de congelado industrializado para isenção, pois, repito, o Convênio ICM 44/75, trata apenas de “hortifrutícolas em estado natural” (**Cláusula primeira**). Este, inclusive, é o entendimento firmado neste CONSEF (Acórdãos nº 0213-12/15, 127-01/16, 0309-11/16, 0009-03/17, 0291-12/17, 0167-05/17, 0168-01/16, dentre outros).

Por fim, tanto a decisão de primeira instância citada e reproduzida pelo Impugnante (Acórdão JJF Nº -110-04/18, (por destoar do firme entendimento deste CONSEF), quanto a decisão judicial (STJ, AREsp 851.817/SP (por não ser vinculante neste órgão judicante) não impacta meu entendimento neste caso.

Então, acolho o ajuste efetuado pela autoridade fiscal autuante acatando parte dos elementos de provas apresentados pelo Impugnante, reduzindo o valor da exação pela Infração 10 de R\$ 2.279,81 para R\$ 194,64, conforme novo demonstrativo suporte referido ANEXO 23 DEMONSTRATIVO DE DÉBITO – BONIFICAÇÃO NÃO TRIBUTADA – INFORMAÇÃO FISCAL” (fl. 436), com o seguinte demonstrativo de débito:

Data ocor.	Data Vencto.	Base de Calculo	Alíq. (%)	Multa (%)	Valor Histórico
30/06/16	09/07/16	370,22	18%	60	66,64
31/10/16	09/11/16	50,39	18%	60	9,07
31/12/16	09/01/17	5,89	18%	60	1,06
31/10/17	09/11/17	638,06	18%	60	114,85
30/11/07	09/12/17	16,78	18%	60	3,02
Total da Infração					194,64

Infração 11 (02.01.28 – Falta de recolhimento do ICMS partilhado devido à Bahia em função da EC 87/15)

Com suporte original no demonstrativo ANEXO 16 – DEMONSTRATIVO DA REPARTIÇÃO DA RECEITA e ANEXO 17 – DEMONSTRATIVO DE LANÇAMENTO DA REPARTIÇÃO DA RECEITA (fls. 64-65, parte, e integral no CD de fl.67, em que se detalha as operações (ano, mês, data, CNPJ, IE, NF, UF, CFOP, Cod., Descrição, NCM, dados da NF, Vlr BC, Alíq., ICMS, Aliq Base Cfp, Alíq. Consid., Aliq Interna Dest, Base Calcl, Vlr ICMS DIFAL, %, Vlr Repart Rec.), refere-se a falta de recolhimento de ICMS partilhado devido à Bahia em função da EC 87/15, e exige R\$ 6.847,25.

Aportando elementos de prova (fls. 232-257), o Impugnante disse haver incorreções na autuação. Dentre elas: Incorreta aplicação de alíquotas nas mercadorias; não consideração de devoluções de mercadorias ao vendedor, seja ela total ou parcial, ou, ainda, o direito ao crédito no caso de pagamento a maior da obrigação tributária, conforme planilha e NFs aportadas, pelo que, a infração deve ser anulada.

Por sua vez a autuante, corretamente sustenta que o caso de devolução não dá direito ao contribuinte abater do valor da repartição o crédito; o crédito da devolução deve ser lançado na escrita fiscal na sua devida proporção, bem como no caso de pagamento a maior não cabe a compensação e sim lançamento em outros créditos, pois tais situações refletem no valor apurado do ICMS normal.

Sem embargo, acolhendo parte dos elementos de prova aportados pelo Impugnante, ajustou-se a exação para R\$ **6.553,07**, conforme demonstrativo ANEXO 24 - DEMONSTRATIVO DA REPARTIÇÃO DA RECEITA - INFORMAÇÃO FISCAL e ANEXO 24-A - DEMONSTRATIVO DE LANÇAMENTO DA REPARTIÇÃO DA RECEITA (fl. 437-438, parte e integral no CD fl. 443).

Tendo em vista que na manifestação posterior ao ajuste, esgotando a controvérsia o Impugnante apenas disse que a autuante acatou suas alegações, tenho a infração parcialmente subsistente, com o seguinte demonstrativo de débito:

Infração 11

Data ocor.	Data Vencto.	Base de Calculo	Alíq. (%)	Multa (%)	Valor Histórico
31/01/16	09/02/16	9.695,65	17%	60	1.648,26
30/11/16	09/12/16	14.557,94	18%	60	2.620,43
31/01/17	09/02/17	7.946,83	18%	60	1.430,43
28/02/17	09/03/17	587,67	18%	60	105,78
31/03/17	09/04/17	707,28	18%	60	127,31
30/04/17	09/05/17	392,94	18%	60	70,73
31/05/17	09/06/17	290,11	18%	60	52,22
30/06/17	09/07/17	216,83	18%	60	39,03
31/07/17	09/08/17	49,78	18%	60	8,96
30/09/17	09/10/17	21,22	18%	60	3,82
31/10/17	09/11/17	15,11	18%	60	2,72
30/11/17	09/12/17	2.463,22	18%	60	443,38
Total da Infração					6.553,07

Infração 12 (03.01.04: Recolhimento a menos de ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto e o informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos. Valor: R\$ 19,60)

A alegação defensiva é que a exação corresponde a operações com mercadorias remetidas em comodato (CFOP 5.908), que não constituem fato gerador de ICMS, como previa o art. 6º, XIV, “a”, do RICMS-97.

Por ocasião da Informação Fiscal, analisando os autos a autoridade fiscal autuante atestou a procedência do argumento defensivo, o que elide a infração.

Infração insubsistente.

Infração 13 (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\$ 4.565,29).

Com suporte original no demonstrativo ANEXO 12 – DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR – NF – ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO (fls. 50-51, parte, e integral no CD de fl.67, em que se detalha as operações (ano, mês, data, CNPJ, IE, NF, UF, CFOP, Cod., Descrição, NCM, dados da NF, Vlr BC, Alíq., ICMS, dados da redução: %, R\$, BAS, dados corretos: Aliq, ICMS, diferença), refere-se a recolhimento de ICMS a menos, em face de aplicação de alíquota diversa da legalmente prevista.

A alegação defensiva é de direito à redução da base de cálculo ou, ainda, porque houve

pagamento da diferença na operação própria com a indicação na EFD. Destaca dentre as situações, a ocorrência de redução de base de cálculo em 41,176%, o que, disse, demonstrar a falta de busca da verdade material e que tais situações podem ser vistas na Apuração do ICMS aportada às fls. 258-259, com as NF-es vinculadas à apuração indicada (fls. 260-385).

As alegações defensivas foram pormenorizadamente analisadas pela autoridade fiscal autuante na Informação Fiscal subsequente (fls. 423-425) e parcialmente acatadas. Por consequência, ajustou o valor da exação de R\$ 4.565,29 para R\$ 2.184,79, conforme ANEXO 25 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR - NF - ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO (fls. 440-441, e CD fl.443).

Na oportunidade, das alegações defensivas, além de expressar que “na planilha anexo 12, anexada pela impugnante, folhas 396, existe a explicação que notas do anexo foram emitidas para neutralizar outras notas compensando débito e crédito. A explicação não justifica o lançamento”, a autuante refutou a alegação relativa ao direito do benefício fiscal decorrente do Dec. 7799/00, com o mesmo argumento dado ao mesmo tema na Infração 6, qual seja que o direito ao benefício fiscal teria sido revogado pelo parecer do processo SIPRO 178.481/2016-2, com ciência do contribuinte em 31/03/2017.

Ainda que na sua subsequente manifestação fiscal (fl. 467), para essa infração, o Impugnante apenas protestou quanto a não consideração dos benefícios decorrentes do Termo de Acordo do Decreto 7.799/00, na Informação de fls. 536-541), por força da diligência de fl. 532 para que a autoridade fiscal autuante conhecesse e informasse sobre novos elementos documentais aportados pela Impugnante com indicativo de repercussão sobre as infrações 06, 07 e 13, a autuante processou novo ajuste no valor da exação pela Infração 13, conforme ANEXO 28 (fls. 543-556), indicando valor remanescente considerando o benefício do Dec. 7799/00, qual seja R\$1.493,51.

Na subsequente manifestação defensiva, a Impugnante voltou a falar da Infração 13, dizendo ter reanalisado o levantamento fiscal, constando no ANEXO 28 diversas notas fiscais considerando alíquota de 18% quando deveria ser 17%, vez que quando da entrada utilizou tal alíquota.

O PAF foi encaminhado em diligência à Infaz de origem e na consequente Informação Fiscal (fl. 1.102), a autuante, atentando para a alegação defensiva acerca das diferentes alíquotas, informou ter analisado os pares de notas fiscais aportados às fls. 983-1090, resultando em novo ajuste reduzindo o valor apontado no ANEXO 28 de R\$ 1.493,51 para R\$ 1.343,99, considerando o direito ao benefício fiscal do Dec. 7799/00, judicialmente reestabelecido retroativamente, conforme ANEXO 30 – DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENTO – NF – ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO – INFORMAÇÃO FISCAL (fls. 1.107-1.120, e CD fl.1.122).

Tendo em vista que nas subsequentes manifestações defensivas o Impugnante não mais trata dessa infração, acolhendo o ajuste efetuado, tenha a infração como parcialmente subsistente em R\$ 1.343,99, com o seguinte demonstrativo de débito:

INFRAÇÃO 07

Data ocor.	DataVencto	Base Cálculo	Alíq. (%)	Multa (%)	Valor Histórico.
31/03/2016	09/04/2016	4.852,59	17%	60	824,94
30/04/2016	09/05/2016	0,12	17%	60	0,02
31/05/2016	09/06/2016	0,12	17%	60	0,02
31/07/2016	09/08/2016	727,76	17%	60	123,72
31/08/2016	09/09/2016	388,88	17%	60	66,11
30/11/2016	09/12/2016	1.936,35	17%	60	329,18
Total					1343,99

Infração 14 (03.02.04: Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Valor: R\$ 1.575,36).

Com suporte original no demonstrativo ANEXO 13 – DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENOR – NF – ERRO NO CÁLCULO (ALÍQ x BASE (fls. 54, parte, e integral no CD de fl.67, em que, como os demais demonstrativos suportes do AI, detalham-se as operações objeto de exação, cuja cópia foi entregue ao sujeito passivo, de modo que pôde exercer seu pleno direito de defesa sem qualquer óbice.

O Impugnante disse que a acusação fiscal não procede, pois o montante exigido foi corretamente recolhido e informado na EFD.

Na consequente Informação Fiscal, a autuante analisando o argumento defensivo, revisou o procedimento fiscal e exemplificando com o registro da NF 512.468, de 06/01/2016 constatou que a infração surgiu no procedimento fiscal em razão de erro do contribuinte ao registrar as operações na EFD, o que lhe induziu ao equívoco, mas, de fato, a alegação defensiva procede e elide a acusação fiscal.

Portanto, a infração não subsiste.

Infração 15 (06.01.01: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Valor: R\$ 970,29)

Com suporte original no demonstrativo ANEXO 14 – DEMONSTRATIVO DO DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA e ANEXO 15 – DEMONSTRATIVO DE LANÇAMENTO NA EFD (fls. 54-63, parte, e integral no CD de fl.67, em que, também como os demais demonstrativos suportes do AI, detalham-se as operações objeto de exação, cuja cópia foi entregue ao sujeito passivo, de modo que pôde exercer seu pleno direito de defesa sem qualquer óbice.

Na Impugnação, o protesto do sujeito passivo é bastante sintético, pois, limita-se a se reportar ao subitem “III.3 – Prejudicial de mérito – Nulidade do Auto de Infração: cerceamento do direito de defesa – inadequação da capitulação do auto”, e dizer que a Fiscalização deixou de analisar toda a documentação que aportou às fls. 386-394.

Na consequente Informação Fiscal, a autoridade fiscal autuante expressou a análise dos elementos constantes das fls. 386-394, da seguinte forma:

- a) As Notas Fiscais nºs 21.687, 74.434, 26.712 e 9.677, folhas 386 a 390, apesar de terem mercadorias sujeita a substituição interna, não se aplica a substituição por se tratar de item sujeito ao DIFAL;
- b) As NFs 26.590 e 152.696 (fls. 391-392), só confirmam os dados do ANEXO 14;
- c) A mercadoria da NF 6.352.444, autuada (Microcomputador – fl. 393) foi devolvida através da NF 614.158 (fl. 394) e, por isso, a NF 6.352.444, foi excluída.

Por consequência, ajustou o valor da exação pela infração para R\$ 684,74, conforme ANEXO 26 (fls. 442 e CD fl. 443), elaborado para substituir o original.

Para essa infração, compulsando os autos e apreciando os argumentos do contraditório, constato razão caber à autoridade fiscal autuante, pois, de fato, ainda que as mercadorias constantes das NFs objeto da autuação constem do Anexo 01 do RICMS-BA (peças automotivas; óleo para motor automotivo e um microcomputador), as quantidades mínimas nelas constantes indicam aquisição para aplicação e uso do próprio estabelecimento autuado.

Portanto, acolho o demonstrativo ajustado ANEXO 26 (fl. 442), para declarar parcialmente subsistente a exação com o seguinte demonstrativo de débito:

VALOR HISTÓRICO	ALÍQUOTA	MLTA	VALOR JULGADO
272,22	18%	60	49,00
150,72	18%	60	27,13
2.954,56	18%	60	531,82
426,61	18%	60	76,79
			684,74

Por todo o exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme resumo abaixo:

INF	RESULTADO	VL HISTÓRICO	VL JULGADO	MULTA
1	PROCEDENTE EM PARTE	100.697,35	95.420,38	60%
2	PROCEDENTE	46,69	46,69	100%
3	IMPROCEDENTE	918,18	0,00	60%
4	PROCEDENTE EM PARTE	12.402,49	11.632,12	60%
5	PROCEDENTE	1.181,96	1.181,96	60%
6	PROCEDENTE EM PARTE	1.910,14	173,38	60%
7	PROCEDENTE EM PARTE	115.163,38	3.091,84	60%
8	PROCEDENTE	69,18	69,18	60%
9	PROCEDENTE	20,93	20,93	60%
10	PROCEDENTE EM PARTE	2.279,81	194,64	60%
11	PROCEDENTE EM PARTE	6.847,25	6.553,07	60%
12	IMPROCEDENTE	19,60	0,00	60%
13	PROCEDENTE EM PARTE	4.564,29	1.343,99	60%
14	IMPROCEDENTE	1.575,36	0,00	60%
15	PROCEDENTE EM PARTE	970,29	684,74	60%
TOTAL		248.666,90	120.412,92	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **274068.0014/18-1** lavrado contra **SOST INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI**, devendo ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 120.412,92**, acrescido das multas de 60% sobre R\$120.366,23, e de 100%, sobre R\$ 46,69 previstas no art. 42, II, “a”, “b” e “f”, V e VII, “a” da Lei 7.04/96, e dos acréscimos legais.

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 18/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de novembro de 2022.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE /RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR

JOSE CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR

