

PROCESSO	- A. I. N° 274068.0014/18-1
RECORRENTES	- FAZ. PÚB. ESTADUAL e SOST IND. E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI
RECORRIDOS	- SOST IND. E COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI e FAZ. PÚB. ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF n° 0216-02/22-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0304-11/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Valor reduzido por exclusão de operações que ainda constavam no demonstrativo, embora tenha constado no acórdão sua exclusão. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. **b)** 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 insubstancial. Mantida a Decisão recorrida. **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 Decreto nº 7799/00. Infrações parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. **d.2)** Valor reduzido em face de acolhimento de parte das razões recursais, amparada por documentos comprobatórios. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS (Infração 10). Mantida a Decisão recorrida. **b)** IMPOSTO PARTILHADO EM FUNÇÃO DA EC N° 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 das razões recursais, mediante devida comprovação da recorrente de regularidade das operações. Infrações parcialmente subsistentes. Modificada a Decisão recorrida. **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 insubstancial. Mantida a Decisão recorrida. **b)** ALÍQUOTA DIVERSA. SAÍDAS DE MERCADORIAS ESCRITURADAS. (Infração 13). **c)** 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. Mantida a Decisão recorrida. **d) ERRO NA APURAÇÃO 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 insubstancial. Mantida a Decisão recorrida. Afastadas as preliminares. Quando pertinentes, diligências foram deferidas. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam-se de Recursos Voluntário e de ofício interpostos em face do Acórdão nº 0216-02/22-VD proferido pela 2ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 27/09/2018 no valor histórico de R\$ 248.666,90, abordando as 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 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 ISENTE, 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 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 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 VALOR 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.

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

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 consonante 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 procedural 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 confeitoria, 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 ISENTEA” 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.

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

- 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);*
- 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;*
- 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;*
- 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 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, as 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 – Aliq 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 JJF 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 restabeleceu os benefícios fiscais do Dec. 7799/00 ao sujeito passivo era de caráter provisório, por ter sido lavrado antes da ciência da decisão Interlocatória, 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 N° 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, sofram 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 INFRAZ 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, VlrICMSEFD, VlrIcmsCte, VlrcredMaior) 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, VlrICMSEFD, VlrIcmsCte, VlrcredMaior) 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\$ 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 Vencto.	Base de Cálculo	Aliq. (%)	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., aliq, 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.

Analizando 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 específica 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	Aliq. (%)	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 constataram 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, Aliq., ICMS, Redução BC, Base Red., Aliq. 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 LIMAO 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, AREesp 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 refeito ANEXO 23 DEMONSTRATIVO DE DÉBITO – BONIFICAÇÃO NÃO TRIBUTADA – INFORMAÇÃO FISCAL” (fl. 436), com o seguinte demonstrativo de débito:

Data ocor.	Data Venc.	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 Cfop, Aliq. Consid., Aliq Interna Dest, Base Callc, 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 Venc.	Base de Cálculo	Aliq. (%)	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 insubstancial.

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, Aliq., ICMS, dados da redução: %, R\$, BAS, cados 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 - ALÍQUOTA 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. 7.799/00, 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. 7.799/00, qual seja R\$ 1.493,51.

Na subsequente manifestação defensiva, a Impugnante voltou a falar da Infração 13, dizendo ter reanalizado 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. 7.799/00, judicialmente

reestabelecido retroativamente, conforme ANEXO 30 – DEMONSTRATIVO DE DÉBITO A MENTO – NF – ALÍQUOTA 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.	Data Venc.	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:

- 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;
- As NFs 26.590 e 152.696 (fls. 391-392), só confirmam os dados do ANEXO 14;
- 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	

A JJF interpôs Recurso de Ofício, tendo como objeto as infrações 01, 03, 04, 06, 07, 10, 11, 12, 13, 14 e 15.

O(a) contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Preliminarmente, argui a nulidade do Auto de Infração afirmando existir vício material insanável na autuação, por autuar indevidamente operações não realizadas irregularmente pela recorrente, ficando demonstrado que a fiscalização não agiu com prudência pois o débito foi reduzido de R\$248.666,90 para R\$ 120.412,92, com o reconhecimento de diversos equívocos na exigência fiscal, de modo que não ocorreu o devido cálculo do montante devido como exige o art. 142 do CTN.

No mérito, insurge-se contra a infração 01 apontando inconsistências no demonstrativo que fundamenta a autuação porque a fiscalização considerou que diversos produtos estariam sujeitos à substituição tributária sem que constem do Anexo I do RICMS/BA, como o “CHOC GRANUL DORI 1.01KG – NCM 18069000”, que teria tributação normal por sua embalagem possuir mais de 1kg e, portanto, superior ao previsto no item 11.4 do Anexo I. Pelo mesmo motivo seria indevida a manutenção do item “CHOC GRANUL DORI 1.01KG”.

Aponta constar em anexo a Nota Fiscal nº 760929 do fornecedor do produto que o classifica como tributação normal, com o CFOP 6101 no lugar do CFOP 6401.

Diz ainda ter sido mantida a cobrança da Nota Fiscal de Entrada nº 620442 que é uma devolução total da Nota Fiscal de Saída 618333, emitida como bonificação, esclarecendo que o item em questão é “AGUA GAS PET SAO LOURENCO 12X300ML – NCM 22011000” e a primeira nota foi emitida para neutralizar/cancelar a segunda.

Sobre a infração 07, ressalta que a autuação descreve ter lançado entrada de mercadorias através de notas fiscais de emissão própria, utilizando o CFOP 1926, a título de reclassificação, porém, esclarece que neste caso as vendas são destinadas para diversos clientes e possuem tributação normal na saída, existindo destaque do ICMS próprio nas notas de saída de matérias primas e material intermediário com CFOP 5926, na entrada com CFOP 1926 e nas vendas com CFOP 5102 ou 6102, não ocorrendo a infração indicada.

Traz a seguinte relação de notas fiscais:

- a. Nota Fiscal nº 542167 (CFOP 1926) = Nota Fiscal nº 539979 (CFOP 5926)
- b. Nota Fiscal nº 598046 (CFOP 1926) = Nota Fiscal nº 598045 (CFOP 5926)
- c. Nota Fiscal nº 604105 (CFOP 1926) = Nota Fiscal nº 599851 (CFOP 5926)

Quanto à infração 11, afirma que há inúmeras incorreções na autuação, dentre elas a aplicação de alíquotas incorretas, a desconsideração de devoluções de mercadorias ao vendedor, seja ela parcial ou total e ainda o direito a crédito no caso de recolhimento a maior da obrigação tributária.

Aponta que a cobrança da Nota Fiscal nº 662707 – CFOP 6202 não subsiste porque é uma devolução ao fornecedor Moet Hennessy do Brasil e não se enquadra na EC nº 87/15; que a cobrança da Nota Fiscal nº 604492 (CFOP 6102) não subsiste porque houve devolução total do item café conforme Nota Fiscal de Devolução nº 605314 (CFOP 2202).

Diz ainda que a cobrança do mês de janeiro de 2017 não subsiste porque houve devolução com valor alto referente ao mês de dezembro de 2016, motivo pelo qual o crédito foi superior ao débito, não tendo valor a recolher naquela competência, indicando que se encontra em anexo a Nota Fiscal de Devolução de nº 592634 referente à Nota Fiscal de Venda nº 589180 e planilha com memória de cálculo para comprovar as alegações.

Pede a realização de diligência para reanalisar as incorreções constantes dos autos.

Conclui requerendo a total anulação do Auto de Infração tendo em vista a nulidade apontada e, caso ultrapassada a preliminar, a sua anulação pela existência de inúmeros equívocos ou ainda que o julgamento seja convertido em diligência para apontar e aferir a regularidade das operações.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

Posteriormente, o processo foi pautado para a sessão de julgamento do dia 25/08/2023 e adiado para o dia 15/09/2023. Compareceu o autuante e o representante legal da recorrente, Dr. Alex Pessanha Panchaud, OAB/SP 341.166.

Na sessão de julgamento, o representante da recorrente chamou a atenção dos documentos juntados ao recurso e o julgamento foi adiado para o dia 28/09/2023 para melhor exame deste relator, que também tomou a iniciativa de remeter as notas acostadas ao recurso digitalizadas para a autuante.

Posteriormente, a autuante encaminhou a este relator por e-mail, duas planilhas, uma pertinente ao ANEXO 18, referente à infração 01, indicando um valor total de R\$ 95.371,86 e outra, referente ao ANEXO 32, em substituição ao anexo 29, pertinente à infração 07, indicando o valor de R\$ 1.530,86.

A autuante também encaminhou apontamentos sobre as 14 notas que recebeu digitalizadas informando que não identificou relação das Notas Fiscais nºs 760929, 662707, 604492, 605314, 592634 e 580180 com a infração 01 ou 07; assim como a informação de que a Nota Fiscal nº 620442 já estaria incluída no novo ANEXO 18, sendo que a Nota Fiscal nº 61833 estaria com ela relacionada; e que as Notas Fiscais nºs 542167, 539979, 598046, 598045, 604105 e 599851 estariam relacionadas com a infração 07 e já teriam sido consideradas na planilha contendo o ANEXO 32.

Na sessão de julgamento do dia 28/09/2023 os representantes da recorrente novamente questionaram sobre as Notas Fiscais nºs 760929, 662707, 604492, 605314, 592634 e 580180 e o processo foi adiado para que este relator pudesse novamente cotejar os documentos fiscais, em busca da verdade material.

VOTO

Inicialmente, registro que o representante legal da recorrente esclareceu anteriormente que a petição travessada antes da interposição do Recurso Voluntário noticiando decisão judicial censurando o Estado da Bahia pelo descumprimento de determinação anterior não se aplica aos presentes autos, uma vez que o acórdão recorrido aplicou a decisão proferida nos autos da Ação nº 0529035-03.2018.8.05.0001, considerando a recorrente como beneficiária do enquadramento no Decreto nº 7799/00.

Passo, então, ao exame do Recurso de Ofício interpuesto pela JJF.

Examinando o acórdão recorrido observa-se que as reduções pertinentes às infrações 01, 04, 06, 07, 10, 11, 13 e 15, assim como a improcedência das infrações 03, 12 e 14 decorreram do acolhimento das informações fiscais da autuante, contrapostas por manifestação do sujeito passivo, ou em cumprimento de diligência solicitada pela própria Junta de Julgamento Fiscal, como as de fls. 532 e 1.212, em função da repercussão da decisão judicial favorável ao contribuinte sobre as infrações 06, 07 e 13.

Logo, não vejo razão para modificar a Decisão recorrida, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos, uma vez que a desoneração ocorreu porque foram comprovadas as razões da defesa apresentada, ainda que apenas parcialmente nas infrações 01, 04, 06, 07, 10, 11, 13 e 15, não havendo qualquer elemento que sugira equívocos nas reduções, motivo pelo qual deve ser Negado Provimento ao Recurso de Ofício.

Examinando o Recurso Voluntário.

Quanto à preliminar arguida, de nulidade da autuação, entendo que não deve prosperar pois a insubsistência parcial do Auto de Infração em função da impugnação apresentada não significa a existência de vício insanável. Com efeito, a impugnação do sujeito passivo trata-se de uma das únicas hipóteses que autorizam a alteração do lançamento regularmente notificado, segundo art. 145 do CTN, de modo que a sua procedência parcial possibilita a manutenção do lançamento tributário pertinente ao crédito efetivamente devido e não elidido.

Em relação ao mérito, a irresignação se limita às infrações 01, 07 e 11.

Quanto à infração 01, a pretensão merece prosperar apenas em parte. O recurso insiste que as mercadorias adquiridas do fornecedor Dori Alimentos não se sujeitariam à substituição tributária, porque sua embalagem possui mais de 1kg, sendo que o item 11.4 do Anexo I do RICMS somente se refere a embalagens inferiores ou iguais a 1kg, juntando a NF Nº 760929 para reforçar suas alegações.

Ocorre que o produto retratado na referida NF é o chocolate granulado, cuja alegação defensiva foi rejeitada por se enquadrar no item pertinente a confeitos (11.7 do Anexo I do RICMS) e não aquele apontado no Recurso Voluntário. Entretanto, a recorrente nada mencionou sobre a classificação da mercadoria como “confeito”, existindo nos autos qualquer elemento que afaste o entendimento quanto à aplicação do regime da substituição.

Em relação à “AGUA GAS PET SAO LOURENCO 12X300ML – NCM 22011000”, o acórdão recorrido expressamente consignou que o referido item foi excluído pela autuante na informação fiscal de fls. 401-427. Contudo, conforme manifestação do representante da recorrente em sessão de julgamento, ainda constaria o item nos demonstrativos de débito resultantes do julgamento, conforme nota de entrada Nota Fiscal nº 620442 pertinente às mercadorias que foram objeto da Nota Fiscal de Saída nº 618333, acostadas ao Recurso Voluntário.

Com razão, verificou-se que remanesce os referidos itens no demonstrativo, tendo a autuante aquiescido em sessão que poderia continuar no demonstrativo pertinente à infração 01 por equívoco, o que impõe o provimento parcial do recurso neste ponto reduzindo o valor exigido para 95.371,86, após a exclusão do item mencionado da relação, conforme nova planilha do ANEXO 18, encaminhada pela autuante.

Sobre a infração 07, a recorrente insiste que foram desconsideradas notas fiscais de emissão própria para reclassificação de mercadorias, utilizando o CFOP 1926. Contudo, da leitura do acórdão recorrido se verifica que foram acatados os ajustes que resultaram no Anexo 29 da informação fiscal (mídia de fl. 1.122), permanecendo a exigência de valores remanescentes em razão da falta de apresentação de notas fiscais para formação de alguns pares dos kits alegados.

Por outro lado, a nova análise empreendida dos documentos acostados com o Recurso Voluntário resultou no acatamento da Nota Fiscal nº 542167, vinculada à Nota Fiscal nº 539979 e da Nota Fiscal nº 598046, vinculada à Nota Fiscal nº 598045. A Nota Fiscal nº 604105 (CFOP 1926) refletiria a mesma

reclassificação da 601070 (CFOP 1926), já relacionada à 599851 (CFOP 5926) e foi considerada no novo ANEXO 32, encaminhado pela autuante.

Portanto, deve ser dado Provimento Parcial, acolhendo o novo demonstrativo, após análise das notas fiscais juntadas com o recurso.

Em relação às NFs trazidas com o Recurso Voluntário, pertinentes à infração 11, verifiquei que a Nota Fiscal nº 662707 se refere a uma devolução de mercadorias acobertadas pela Nota Fiscal nº 726, de 30/10/2017 e que a recorrente entende que não se enquadra na EC nº 87/15. Com razão.

Trata-se de uma devolução da recorrente para o fornecedor Moet Hennessy do Brasil, de Inscrição Estadual nº 0646726-11 e que, portanto, não corresponde a “consumidor final”, não se enquadrando nas regras da EC nº 87/15. Ressalte-se que no cálculo da autuante o IPI também foi levado para base de cálculo. Assim, exclui o valor de R\$ 368,88 da autuação.

Por sua vez, a Nota Fiscal nº 605314 espelha a devolução integral de 50 caixas do “CAFE TRAD MELITTA 20X250G” constantes da Nota Fiscal nº 604492 e a Nota Fiscal nº 592634 reflete a devolução parcial de bebidas constantes da Nota Fiscal nº 589180, o que teria provocado uma devolução, em janeiro de 2017, de valor expressivo (R\$ 62.461,32) referente ao mês de dezembro de 2016, resultando em crédito superior ao débito, ou seja, sem imposto a recolher no mês.

A JJF acolheu a manifestação da autuante no sentido de que os créditos pertinentes às devoluções devem ser lançados na escrita fiscal, conforme trecho que reproduzo abaixo:

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:

Assim, a infração fica conforme o demonstrativo abaixo:

Data ocor.	Data Vencto.	Base de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Valor Histórico
31/01/2016	09/02/2016	9.695,65	17%	60	1.648,26
30/11/2016	09/12/2016	14.557,94	18%	60	2.620,43
31/01/2017	09/02/2017	7.946,83	18%	60	0,00
28/02/2017	09/03/2017	587,67	18%	60	1,80
31/03/2017	09/04/2017	707,28	18%	60	127,31
30/04/2017	09/05/2017	392,94	18%	60	70,73
31/05/2017	09/06/2017	290,11	18%	60	52,22
30/06/2017	09/07/2017	216,83	18%	60	39,03
31/07/2017	09/08/2017	49,78	18%	60	8,96
30/09/2017	09/10/2017	21,22	18%	60	3,82
31/10/2017	09/11/2017	15,11	18%	60	2,72
30/11/2017	09/12/2017	2.463,22	18%	60	74,50
Total da Infração					4.649,78

Todavia, entendo que não há óbice à compensação dos créditos referentes à devolução, de acordo com o que dispõe o RICMS/BA:

Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

(...)

VIII - o valor do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, no período em que tiver ocorrido a sua entrada no estabelecimento, nos casos de devolução ou de retorno, no valor total ou parcial, conforme o caso;

Consequentemente, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício e DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, fixando o débito da recorrente na forma do demonstrativo abaixo:

INF	RESULTADO	JULGAMENTO JJF	JULGAMENTO CJF	MULTA
1	PROVIDO EM PARTE	95.420,38	95.371,86	60%
2	MANTIDO	46,69	46,69	100%
3	MANTIDO	0,00	0,00	60%
4	MANTIDO	11.632,12	11.632,12	60%
5	MANTIDO	1.181,96	1.181,96	60%
6	MANTIDO	173,38	173,38	60%
7	PROVIDO EM PARTE	3.091,84	1.530,86	60%
8	MANTIDO	69,18	69,18	60%
9	MANTIDO	20,93	20,93	60%
10	MANTIDO	194,64	194,64	60%
11	PROVIDO EM PARTE	6.553,07	4.649,78	60%
12	MANTIDO	0,00	0,00	60%
13	MANTIDO	1.343,99	1.343,99	60%
14	MANTIDO	0,00	0,00	60%
15	MANTIDO	684,74	684,74	60%
TOTAL		120.412,92	116.900,13	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e 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 o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ 116.900,13, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 116.853,44 e 100%, sobre R\$ 46,69, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b” e “f”, V e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS