

A. I. Nº - 206863.0002/20-7  
AUTUADO - LUTAN DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.  
AUTUANTE - MAURÍCIO COSTA GOMES  
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 03/04/2023

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0049-02/23-VD

**EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS.** Valor reduzido em face de exclusão das operações com farinha de trigo, mercadoria enquadrada na substituição tributária na época dos fatos geradores, cuja fase de tributação se encerrou em anterior fase de comercialização. Infração parcialmente elidida e parcialmente subsistente. **2. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS.** Ainda que constatado e admitido pela autoridade fiscal autuante vício insanável em face de incongruência entre a infração acusada (falta de recolhimento de imposto por operações de saída de mercadorias) e a efetivamente levada a efeito no procedimento fiscal (Uso indevido de crédito fiscal por operações de entrada de mercadorias para comercialização), revisão fiscal de autoridade fiscal estranha ao feito a salvo de irregularidade nada apurou devido em auditoria com roteiro para uso de crédito indevido. Infrações 03 e 03, insubsistentes. **3. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA. ATIVO FIXO E/OU CONSUMO.** Valor reduzido em face de exclusão de operações com imunidade tributária, bem como por comprovação de valores tempestivamente recolhidos e não considerados pelo Auditor autuante. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/06/2020, exige o valor de R\$ 125.258,97, em decorrência das seguintes infrações:

**Infração 1 – 002.001.003:** Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. **Período:** janeiro a setembro, novembro e dezembro de 2016.

**Enquadramento legal:** Arts. 2º, I e 32 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, I do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa** de 60%: Artigo 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96. **Valor histórico:** R\$ 4.937,94;

**Infração 2 – 003.002.002:** Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. **Período:** janeiro a

setembro, novembro e dezembro de 2016.

**Enquadramento legal:** Artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96. **Multa** de 60%: Artigo 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96. **Valor histórico:** R\$ 87.416,95;

**Infração 3 – 003.002.002:** Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. **Período:** janeiro a setembro, novembro e dezembro de 2017.

**Enquadramento legal:** Artigos 15, 16 e 16-A da Lei nº 7.014/96. **Multa** de 60%: Artigo 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96. **Valor histórico:** R\$ 25.050,04;

**Infração 4 – 006.005.001:** 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 e/ou consumo do próprio estabelecimento. **Período:** janeiro a dezembro de 2016.

**Enquadramento legal:** Art. 4º, XV da Lei nº 7.014/96 c/c art. 305, § 4º, III, “a” do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13780/2012. **Multa** de 60%: Artigo 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96. **Valor histórico:** R\$ 7.854,04;

O advogado, representante legal do sujeito passivo, devidamente habilitado nos autos apresenta a Impugnação de fls. 15/32. Após reproduzir as infrações, diz que o lançamento não merece prosperar por inteiro, em face de inconsistências que conduzem à sua revisão. Adianta que impugnará parte da Infração 01, da qual reconhece devido R\$ 336,13 da infração, bem como parte da Infração 04, da qual reconhece R\$ 74,08, e que impugnará as infrações 02 e 03 na totalidade.

Em preliminar, suscita a **nulidade das infrações 2 e 3 por afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa do contribuinte**. Ressalta que foi intimada do Auto de Infração em epígrafe pelo DTE - Domicílio Tributário Eletrônico, oportunidade que foram anexados os documentos assim identificados: *Auto de Infração nº 2068630002.20-7.pdf*; *DIFAL demonstrativo.pdf*; *DIFAL lista notas.pdf*; *DIFAL.pdf*; *Doacao bonif sem tributar NOTAS FISCAIS.pdf*; *Doação bonif sem tributar.pdf*, conforme se depreende da cópia da intimação anexa (Doc. 02).

Da análise dos documentos anexados, confirma ter recebido cópia do Auto de Infração e documentos que lastreiam a exação, de forma a demonstrar a base de cálculo e metodologia aplicadas para apuração do imposto supostamente devido, mas, ao analisar tais documentos, concluiu-se que o i. Auditor não demonstrou de maneira clara e precisa os cálculos das Infrações 2 e 3, pois, para essas infrações não entregou qualquer demonstrativo suporte ao contribuinte autuado, já que os arquivos anexados à intimação para ciência do AI, apenas demonstram os cálculos das Infrações 1 e 4, indicando a base de cálculo para aferição do ICMS decorrente de diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, e do ICMS normal em razão da Impugnante ter supostamente praticado operações tributáveis como não tributáveis.

Salienta que na tentativa de colaborar com o trabalho do Fisco, a Impugnante enviou e-mail à SEFAZ solicitando os demonstrativos que lastreariam as infrações 2 e 3, contudo lhe foi informado que “*todos os arquivos entregues pelo Auditor, foram enviados ao contribuinte*”, conforme cópia do e-mail em anexo.

Afirma que, contrariando ao disposto no art. 129, § 1º, IV, e § 2º da Lei 3.956/81, reproduzidos, na citada intimação não foram incluídos documentos necessários para análise da legalidade das Infrações, pois sequer sabe quais são as operações incluídas nas Infrações 2 e 3, de modo a verificar se realmente houve aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação ou, ainda, se o referido tributo seria devido na operação fiscalizada, pelo que impossibilitou o exercício do seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Seguindo, reproduz o art. 18, IV, “a” do RPAF e Súmula 01 do CONSEF, para dizer que a insubsistência de provas é vício material insanável, uma vez que a juntada posterior de documentos impossibilita o Contribuinte de se defender no prazo outorgado por lei, por meio de

peça processual adequada, além de ocasionar uma supressão de instância, conforme entendimento do CONSEF (A-0318-12/04 e A-0243-12/09), cujas ementas, reproduz.

Requer a anulação das Infrações 2 e 3, em virtude do seu direito ao contraditório e à ampla defesa ter sido tolhido por ausência de documentos que demonstram as operações e base de cálculo para apuração do imposto supostamente devido, em conformidade com a Súmula nº 01 do CONSEF.

Indo ao mérito da autuação, alega:

**Infração 1 – 002.001.003:** Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Ressalta que desta infração reconhece devido R\$ 336,13, pois, de fato, não houve recolhimento do ICMS de algumas operações.

Alega que a maior parte dos produtos incluídos nesta imputação é “farinha de trigo”, de NCM 11010010, relativa a bonificações ofertadas e que tal bônus não integra a base de cálculo do ICMS.

Afirma que as bonificações nada mais são do que a oferta de maior quantidade de mercadoria vendida, pelo que o cliente se beneficia por pagar menos pelo preço médio do produto, entretanto, sem redução formal do preço da transação. Assim, tal bônus é um desconto incondicional, por ser oferecido no momento da negociação da compra, como estratégia comercial para fidelização de cliente, de forma a não integrar a base de cálculo do ICMS.

Salienta que, conforme art. 13, inciso I e § 1º, inciso II, alínea “a” da Lei Complementar nº 87/96 (reproduzido), a base de cálculo do ICMS corresponde ao valor da operação, no qual também integra o montante correspondente a “*seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição*”,

Destaca que a bonificação não integra a base de cálculo do ICMS, e não deveria ter integrado a autuação por não corresponder ao valor da operação de que decorre a saída de mercadoria, pelo que não pode ser considerado como desconto condicional, uma vez que tal modalidade relaciona-se à realização de algum evento futuro, outrora acordado, para concessão do benefício, afirma ser este o entendimento pacificado na doutrina e jurisprudência (STJ: Sede de Recurso Repetitivo (Resp 111156 / SP).

Diante do exposto, requer a exclusão da mercadoria “farinha de trigo” de NCM 11010010, tendo em vista que as operações incluídas na Infração 1, referente ao citado produto, são oriundas de bonificações, pelo que não incide o ICMS em sua base de cálculo.

Outrossim, ainda que se entenda pela incidência de ICMS nas operações de bonificações, a exclusão deve ocorrer, pois “farinha de trigo” com NCM 11010010 se sujeita ao regime de substituição tributária, conforme passa a demonstrar.

Diz a que ao analisar os demonstrativos é possível observar que o i. Auditor lançou de ofício ICMS normal supostamente devido nas operações de saída da mercadoria e, que a mercadoria citada neste parágrafo, estava incluída no Anexo I vigente no exercício de 2016, época do fato gerador, de modo que o produto estava enquadrado no regime de ST, razão pela qual não há que se falar em recolhimento do imposto nas operações de saída das mercadorias, uma vez que já foi recolhido antecipadamente.

Nesse sentido, reproduz o art. 290 do RICMS-BA, que prevê a desoneração das operações internas subsequentes à comercialização do produto com o pagamento de ICMS realizado por antecipação, e pede a realização de uma revisão fiscal para excluir todas as mercadorias com a NCM supracitada.

**Infração 4 – 006.005.001:** 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 e/ou consumo do próprio estabelecimento.

Reproduzindo o art. 150, VI, “d” da CF, bem como excertos de doutrina, relaciona as Notas Fiscais nos 699906, 719599, 739444, 759019, 784397, 808024, 830290, 851803, 875869, 895685, 919173 e 939359, com os respectivos ICMS exigidos no AI, diz se referirem à aquisição mensal de livros da Editora Econet, operações albergadas por imunidade.

Informa que a autuada possui uma assinatura com a Editora Econet, e recebe mensalmente livro com conteúdo sobre atualizações legislativas nas áreas fiscal, tributária, contábil, trabalhista e previdenciária, de modo a deixar seus funcionários sempre atualizados, razão pela qual também pede revisão da ação fiscal para excluir as citadas operações.

Ainda para a Infração 04, observa que a NF 529824 se refere a serviço de comunicação, na modalidade de monitoramento e rastreamento de veículo e carga, equivocadamente informado no SPED com o CFOP 2556 (Compra de material para uso ou consumo), quando deveria ser o CFOP 2303 (Aquisição de serviço de comunicação por estabelecimento comercial).

Salienta que o processo administrativo fiscal é pautado na busca da verdade material relativo aos fatos tributários, de modo a minimizar ou eliminar os efeitos de possíveis equívocos, caso que coaduna com o presente.

Reitera que a realidade material é que a operação objeto da Nota Fiscal nº 529824 não se refere à aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo /ou consumo do próprio estabelecimento, mas de serviço de comunicação adquirido, razão que não há incidência de DIFAL, de modo que pede pela realização de uma revisão fiscal para exclusão da citada operação.

Também afirma que, conforme demonstrativo que apresenta, relacionando as Notas Fiscais nºs 26241, 921065, 27227, 26383, 5793207, 5794225, 5874649, 5876308, 188419, 3698, 4281, 189, 30193, 552 e 31134, verificou que a autoridade fiscal autuante incluiu na autuação, operações, cujo ICMS DIFAL foi recolhido tempestivamente, de modo que, ao final, apenas restou uma diferença devida de R\$ 74,08.

Ressalva que o ICMS-DIFAL das operações foram recolhidos juntamente com o ICMS normal, conforme prova os registros fiscais da apuração do ICMS e os comprovantes de pagamento, ambos contidos na mídia digital que acompanha a Impugnação.

Também requer a realização de revisão fiscal para exclusão dos valores devidamente recolhidos e comprovados nestes autos.

Concluindo, pede:

- Declaração de nulidades das Infrações 2 e 3, por ofensa ao princípio da ampla defesa devido à ausência de documentos que demonstram as operações e base de cálculo para apuração do imposto supostamente devido, em conformidade com a Súmula nº 01 do CONSEF;
- Deferido o pedido de revisão fiscal formulado, tendo em vista que a autuação contém diversas inconsistências, conforme provas ora colacionadas;
- Seja julgado Parcialmente Procedente o Auto de Infração em exame, homologando-se os recolhimentos feitos por conta do reconhecimento de parte dos débitos, e excluindo os lançamentos das operações não tributáveis.

Prestada a informação fiscal de fl. 39, o fiscal autuante diz que o contribuinte não enfrentou as infrações 1 e 4 e que “alega provar que houveram equívocos, por parte deles, no lançamento dos registros fiscais”.

Aduzindo, escreve: “Naquilo em ficarem, devidamente provadas, as alegações que trazem ao PAF, nada tenho a contrapor”.

Informa que nas infrações 2 e 3 não se sustenta a alegação de nulidade por restrição à ampla defesa com ausência dos relatórios que comprovam o ilícito, “dado que todos os relatórios foram

anexados ao AI em tela”.

Contudo, escreve que “pode ter acontecido algum ruído em relação aos demonstrativos devido ao período da pandemia”.

Reafirmando as infrações 2 e 3, diz nada mais a ter que declarar.

Conforme pedido de fls. 41-42, em 26/02/2021, o PAF foi convertido em diligência à INFAZ DE ORIGEM com os seguintes fundamentos:

*Considerando que:*

- a) As infrações 01 e 04 foram detalhadamente impugnadas quanto ao mérito, sendo: a.1) Infração 01 – Sob alegação de que as bonificações recebidas na aquisição de “farinha de trigo” não integram a base de cálculo, conforme art. 13, I e § 1º, II, “a” da LC 87/96 e que, independentemente disso, por estarem sujeitas à substituição tributária, as operações com “farinha de trigo” devem ser excluídas; a.2) Infração 04 – Inclusão de mercadorias com imunidade tributária e inclusão de operações com ICMS DIFAL recolhido, inclusive apresentando quadro comparativo com valores autuados;*
- b) As infrações 02 e 03, respondendo por cerca de 90% do valor autuado (R\$ 125.258,97), são contestadas com preliminar de nulidade sob alegação de falta de clareza do cálculo da exação, bem como falta de entrega de cópia dos seus demonstrativos suportes, já que eles não constam discriminados na Intimação de ciência da lavratura do AI (fl. 10);*
- c) A Informação Fiscal de fl. 39, prestada apenas em oito linhas, além de não atender ao disposto no art. 127, § 6º do RPAF, com a expressão de “Naquilo em que ficarem, devidamente provadas, as alegações que trazem ao PAF, nada tenho a contrapor”, ainda que sem aprofundar nem responder às alegações defensivas, admite existência de eventuais incorreções no lançamento fiscal;*
- d) À fl. 10 dos autos constam dois CDs contendo arquivos magnéticos suporte da acusação fiscal, sendo 01 contendo para todas as infrações (09 arquivos) e outro sem os arquivos suportes das infrações 3 e 4, como alega o Impugnante e como se registra na Intimação para ciência do AI (fl. 10);*
- e) Ainda que a soma das ocorrências contidas nos demonstrativos das infrações 02 e 03 do CD completo autuado à fl. 10 corresponda aos valores totais do demonstrativo de débito do AI (fl. 02 e 03), há divergências nos valores das ocorrências dos demonstrativos de débito impresso do AI (fls. 02 e 03) para com os demonstrativos resumos constantes do CD;*
- f) O mesmo dito no item anterior ocorre com a Infração 04, nas ocorrências março, abril e novembro (Infração 04), esta 2ª JJF, em pauta suplementar de instrução, por unanimidade de seus Julgadores decidiu converter o PAF em diligência à Infaz de origem para:*

***Autuante:***

- a) Com base no acima exposto, tendo em vista a repartição do ônus probatório às partes, sendo ao fisco, a da acusação e, ao Impugnante, o da contraprova da acusação, produzir nova Informação Fiscal nos termos previstos no art. 127, § 6º, do RPAF, esclarecendo as pontuações acima e, em havendo alteração/ajuste de valores/infrações, produzir novo demonstrativo de débito;*

*Art. 127. O autuante terá o prazo de 30 (trinta) dias, contado da apresentação da defesa, para prestar a informação fiscal.*

...

***§ 6º A informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo***

***todos os aspectos da defesa com fundamentação.***

***b) Promover a entrega de cópia da Informação Fiscal a ser produzida nos termos regulamentados, bem como de entrega de cópia dos arquivos/demonstrativos suportes, contendo todas as infrações;***

***c) Promover a reabertura do prazo de defesa de 60 (sessenta dias).***

*Caso o sujeito passivo se manifeste, o Autuante deverá ser cientificado.*

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

Por consequência, o Autuante produziu a seguinte Informação Fiscal (fl. 46):

*“Considerando um cenário mais tranquilo neste momento histórico em que estamos imersos, retorno a debruçar-me diante do PAF em referência, da forma que deveria ter sido feita na primeira diligência.*

*A Autuada enfrenta a infração 01 alegando se tratar de Bonificações e que tais operações não são tributadas. Infelizmente tal entendimento não encontra guarida em nosso ordenamento jurídico conforme diz o nosso regulamento do ICMS. A orientação COAD – BA 4106 apazigua este entendimento reafirmando a natureza tributável de tal operação (em anexo). O IAF – Instituto dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia emitiu nota sobre esta operação e afirma “**Não se deve confundir a Bonificação com um Brinde**”. (Em anexo)*

*Sendo assim reafirmamos a constituição do crédito no valor de R\$ 4.937,94.*

*Em relação as Infrações 02 e 03, a autuada tem razão quando diz que não foram anexados os demonstrativos detalhados dos cálculos dos créditos reclamados. Refizemos as avaliações e confirmamos os valores reclamados de R\$ 87.416,95 e R\$ 25.050,04 constantes do PAF.*

*Fizemos uma versão dos relatórios mais amigável ao leitor, separando relatório a relatório para evitar ruídos nas interpretações e avaliações.*

*Sendo assim, confirmamos os créditos reclamados nestas duas infrações, Infração 02 e 03.*

*Quanto à infração 4, encontramos uma falha na avaliação anterior. Por alguma razão até o momento sem explicação, os valores lançados no INC fiscal, não foram movidos para a apuração total do DIFAL.*

*Refizemos o roteiro, impondo manualmente os valores recolhidos ao computo geral do DIFAL e chegando a um valor diferente para menos.*

*A Infração 04 teve o seu valor modificado para R\$ 770.85.*

*Todos os relatórios e demonstrativos estão anexados a esta diligência em um CD no formato PDF para facilitar o acesso a qualquer equipamento compatível”.*

Regularmente intimado para conhecer o resultado da diligência, ainda inconformado, o contribuinte se manifesta às fls. 53/66.

Diz que o Autuante, não acatou um dos seus argumentos contra a Infração 01; deixando de analisar a premissa subsidiária, colacionou novos demonstrativos que detalham as Infrações 02 e 03 e acolheu parcialmente os argumentos contra a Infração 04. Sem embargo, ainda se verifica inconsistências no saldo residual:

**INFRAÇÃO 01 - MERCADORIAS QUE ESTÃO SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA**

Discorda do entendimento do Autuante acerca da “farinha de trigo” objeto da exação e, reiterando os argumentos defensivos, pede revisão fiscal para exclusão das operações com tal mercadoria.

**INFRAÇÕES 02 E 03:**

**a) Roteiro fiscal que considerou notas fiscais de entrada como se fossem de saída**

Diz que ao analisar os novos demonstrativos, observou que fora incluído apenas notas fiscais de entrada. Nessa senda, os CFOPs incluídos nos demonstrativos são 1949 - Outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificada e 1202 - Devolução de venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros.

Fala que o Autuante acusa a Impugnante por recolhimento de ICMS a menos em operações de saída, mas elenca em seu roteiro fiscal apenas operações de entradas, utilizando, como base de cálculo para aferição do imposto lançado, o valor das mercadorias que adentraram no seu estabelecimento.

Assim, fica patente o equívoco do Autuante e que não há recolhimento a menor de ICMS na saída das mercadorias elencadas nos novos demonstrativos, uma vez que todas as operações que compuseram as autuações, referem-se à entrada de produtos e não saída.

**b) O somatório das operações diverge com os valores apontados no Auto de Infração:**

Aponta que outra inconsistência nos novos demonstrativos se refere aos somatórios das operações que não condizem com os valores apontados na Autuação.

Diz que ao analisar o arquivo “2016 credito indevido erro alíquota CFOP x UF – RESUMO”, verifica-se que o valor do ICMS supostamente devido no mês de janeiro perfaz R\$ 10.083,05, enquanto a Infração 2 do Auto de Infração aponta um valor de R\$ 9.839,33 para o mesmo período.

Tal fato pode ser observado em todos os meses nos demonstrativos anexados da infração 2, conforme quadro comparativo que apresenta, bem como quando correlacionado à Infração 3 e o arquivo “2017 credito indevido erro alíquota CFOP x UF – RESUMO”, sendo fato que os novos demonstrativos não se correlacionam com os apontados nas Infrações, de modo que não se tem segurança jurídica quanto à veracidade da base de cálculo do imposto ora exigido, repisando ser fato de nulidade previsto na Súmula do CONSEF nº 01 e a jurisprudência do CONSEF.

**c) Enquadramento legal e descrição dos fatos incoerentes e que não determinam de forma específica a infração:**

Reafirma a alegação de nulidade suscitada, pois reescreve que a infração é absolutamente genérica e inexata, além de não guardar qualquer relação com seu enquadramento legal, tornando nula conforme os arts. 18 e 39 do RPAF.

Volta a aduzir que a fiscalização teria acudado recolhimento “a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas”, não obstante apontar apenas operações de entradas.

Explica que, ainda que as operações elencadas fossem de saída, ao analisar os demonstrativos que lastrearam a exação, é possível verificar que na maior parte das operações a Autoridade Fiscal considerou alíquota “0%”. Nesse turno, conclui-se que em verdade o enquadramento da infração deveria se dar pela ausência de recolhimento de imposto, e não em decorrência de recolhimento a menor.

Salienta que não restou clara a motivação para aplicação de alíquota diversa daquela utilizada pelo contribuinte, de modo que o Auto de Infração não demonstra de forma objetiva o dispositivo legal que impõe a alíquota supostamente correta para a operação autuada, uma vez que o lançamento deve ser enquadrado e demonstrado de forma clara para que o contribuinte possa se defender do que está sendo acusado. Se a acusação ou motivação do ato de lançamento não

estiver adequado para aplicação da norma jurídica tributária, estabelecendo a relação jurídica entre Fisco e contribuinte, impede-se o pleno exercício da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa.

Ainda na infração 3, pontuou que a fiscalização ***não considerou ICMS DIFAL recolhido a maior***, pois o autuante salientou falha na avaliação anterior, refazendo a apuração do DIFAL, levando em consideração os valores recolhidos pela Impugnante. Ocorre que, ao verificar a nova apuração, observa-se que a i. Fiscalização apenas considerou os DIFAL recolhido a menor. Isso porque a Autoridade Autuante não considerou o crédito de R\$ 99,47, do DIFAL recolhido a maior em agosto/2016, aferindo tão somente supostos débitos do exercício de 2016 e ignorando o referido crédito a que a Recorrente faz jus.

Reitera que a atividade fiscalizatória tem o condão de revisar os atos praticados pelo contribuinte com fito de verificar a correta aplicação da norma tributária. Entretanto, na revisão dos atos objeto da presente autuação, o i. Auditor apenas revisou as normas garantidoras do direito do fisco, pelo que só considerou o crédito fazendário.

Reproduz ementa de julgado do CONSEF (A-0194-11/17) e o art. 73, § 3º do RPAF/99, que determina que caso o contribuinte possua débito constituído, este será compensado com as quantias pagas indevidamente.

Insiste na necessidade de revisão fiscal para a exação pela infração, em face do Autuante não ter considerado o ICMS DIFAL recolhido a mais em R\$ 99.47 no período agosto 2016.

Concluindo, pede: a) nova revisão fiscal em relação às mencionadas notas fiscais, bem como por força das imprecisões comentadas; b) a Procedência Parcial do Auto de Infração.

Tendo em vista: a) que quando tomou ciência da detalhada nova manifestação do Impugnante o Autuante se limitou a apor sua ciência em 4/10/2021; b) a garantia do devido processo e demais princípios indicados no art. 2º do RPAF, bem como as disposições contidas no art. 142 do CTN e arts. 18, § 1º e 127, § 6º, do RPAF, por unanimidade dos julgados essa 2ª JJF deferiu nova diligência à Infaz de origem para as seguintes providências:

***Inspetor da IFEP COMÉRCIO:***

*Nomear autoridade administrativa competente nos termos do art. 142 do CTN, podendo ser a autoridade fiscal autuante (preferencialmente) ou outra estranha ao feito para, analisando os autos, prestar Informação Fiscal nos termos previstos no art. 127, § 6º do RPAF acerca da manifestação do sujeito passivo às fls. 53-66 dos autos, qual seja, abrangendo todos os aspectos ali apontados, com fundamentação.*

***Órgão preparador competente:***

*Caso haja alteração no valor da exação, promover a entrega de cópia da Informação Fiscal e dos eventuais novos arquivos/demonstrativos ao sujeito passivo para, se for o caso, querendo, possa se manifestar a respeito no prazo regulamentar de 10 (dias),*

*Caso o sujeito passivo se manifeste, o Autuante deverá ser cientificado.*

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

Por consequência, o Autuante apresentou a seguinte Informação Fiscal:

*“Considerações iniciais:*

*O PAF em tela já nasceu em um momento muito difícil para todos nós.*

*Em pleno pico da pandemia, equívocos foram cometidos, mas agora temos a oportunidade*



*de corrigi-los ou minimizá-los.*

*Inicialmente, a primeira Informação Fiscal à fl. 39 é um erro. Não tem na a haver com o PAF em tela. À época haviam vários processos represados o que certamente contribuiu para tal equívoco.*

*Em seguida, este PAF foi para apreciação do CONSEF que acertadamente devolveu este PAF ao Autuante para que se pronunciasse a respeito da defesa do autuado, mas ainda assim, o Autuante não foi conclusivo nas suas revisões, dado a fatores por este não observado que agora tomou consciência e o fez com mais tempo e com o apoio do SIAF já bem melhorado.*

*Sendo assim, sigo com esta informação fiscal objetivando sanar todas as dúvidas ainda existentes.*

### ***Informação fiscal***

***Infração 1*** – *Trata-se de cobrança de débito a menor em decorrência de doações e bonificações.*

*O contribuinte defende o entendimento que Doações e bonificações não são tributadas. Esse entendimento não encontra guarida em nosso ordenamento jurídico, conforme diz o nosso regulamento do RICMS no seu Art. 2 inciso I.*

*A orientação COAD – BA 4106 pacifica este entendimento. O IAF emitiu nota sobre este fato: “Não se deve confundir a Bonificação com um Brinde” Sendo assim mantenho o crédito reclamado em R\$ 4.937,94.*

***Infração 2 e 3*** – *Trata-se de um ERRO de sistema. Em verdade, o que foi detectado pelo sistema foi CRÉDITO INDEVIDO e não Débito a menor por divergência de CFOP x UF, como enquadrado o sistema. Portanto o enquadramento se viu prejudicado neste aspecto. Não tenho sugestão a dar, senão reconhecer a fragilidade da cobrança dos créditos em tela, respectivamente R\$ 87.416,95 e R\$ 25.050,04.*

*Os Relatórios em anexo, gerados pelo sistema, confirmam o equívoco detectado.*

***Infração 4*** – *Trata-se de cobrança de diferencial de alíquota.*

*Refizemos o roteiro, agora com a vinculação entre a arrecadação (INC) e os valores de apuração (EFD).*

*Os resultados se mostraram favoráveis ao autuado reduzindo o crédito reclamado para R\$ 4.001,92.*

*Os anexos demonstram exaustivamente os cálculos realizados”.*

Em nova manifestação do contribuinte, fls. 147/163, de logo, reproduz as infrações e passa arguir:

Na infração 1:

Repete as razões recursais de mérito.

Para as infrações 2 e 3:

Após repisar as argumentações de nulidades expressas nas anteriores manifestações diz que o Autuante reconhece a fragilidade das acusações e, por consequência, requer sejam declaradas nulas.

Infração 4:

Pondera que a fiscalização, na primeira revisão, reduziu a infração para R\$ 770,85, no entanto, na nova manifestação fiscal, a majorou para R\$ 4.001,92, pelos fatos:

- a)** Mercadorias que possui imunidade tributária (notas fiscais de aquisição de livros da editora Econet)

Repisa os argumentos das anteriores manifestações defensivas.

**b) SPED com indicação de CFOP equivocado.**

Repete que a NF 529824 se refere ao serviço de comunicação, na modalidade de monitoramento e rastreamento de veículo de carga que equivocadamente informou no SPED com o CFOP 2556 (Compra de material para uso ou consumo), quando deveria ser o CFOP 2303 (Aquisição de serviço de comunicação por estabelecimento comercial);

**c) Cálculo equivocado do DIFAL.**

Sustenta que o ICMS DIFAL resulta da aplicação da alíquota interna sobre base de cálculo obtida a partir da retirada da carga tributária da operação interestadual, e inclusão da carga tributária interna sobre o valor da mercadoria, subtraindo-se desse resultado o valor do imposto destacado no documento fiscal, nos termos do artigo 17º, § 6º da Lei Estadual nº 7.014/96. Neste particular aponta a fórmula a ser aplicada:

*Base de Cálculo X (1 – Alíquota Interestadual / 100%) = Valor expurgado o imposto (valor sem ICMS);*

*Valor expurgado o imposto / (1 – Alíquota interna / 100%) = Nova Base de Cálculo;*

*Nova Base de Cálculo X Alíquota Interna – Valor do Imposto Destacado = Imposto a Recolher, ou seja, o DIFAL.*

Esclarece que ao analisar os novos demonstrativos, verifica-se que o Autuante não diminuiu o Valor do Imposto Destacado na NF, do resultado da multiplicação da Nova Base de Cálculo pela Alíquota Interna. Acosta memória de cálculo da Nota Fiscal nº 921065, cujo valor da operação foi R\$ 1.479,88, alíquota interestadual de 12%, e alíquota interna de 17%, sendo que, em verdade o DIFAL devido é de R\$ 89,15. Pontua que tal equívoco foi constatado em todas as operações. Junta tabela ajustando o procedimento para regra citada, apurando o valor que reconhece como devido (R\$ 251,86), conforme quadro de fl. 158;

**d) Roteiro Fiscal que incluiu novas Notas Fiscal.**

Salienta que o demonstrativo colacionado com a informação fiscal indica que o valor do ICMS supostamente devido no mês de março é R\$ 535,99, enquanto a Infração 4 do Auto de Infração aponta um valor de R\$ 297,38 para o mesmo período, ou seja, um valor inicialmente menor, equívoco também observado nos meses de fevereiro, março e outubro. Destaca que ao analisar a lista das notas fiscais incluídas no novo roteiro fiscal, verifica-se que foram incluídas novas as notas, quais sejam, as de nºs 26383, 5793207, 5794225 e 30193. Fato é que a inclusão de novas notas fiscais, alteram a base de cálculo para apuração do imposto supostamente devido. Assevera ser imprescindível que o Auto de Infração seja acompanhado por todas as provas necessárias para lastrear o ato imputado, nos termos do art. 129 da Lei nº 3.956/81. Portanto, a insubsistência de provas é vício material, ou seja, insanável, uma vez que a juntada posterior de documentos impossibilita o Contribuinte de se defender no prazo outorgado por lei, por meio de peça processual adequada. Pede a exclusão das referidas notas fiscais;

**e) Roteiro Fiscal que não considerou DIFAL recolhido a maior.**

Esclarece que após reconhecimento da falha por parte da fiscalização, salientou que verificou inclusão de operações cujo ICMS DIFAL foi devidamente recolhido. Afirma que não se considerou o crédito de R\$ 1115,71 do DIFAL recolhido a maior em agosto/2016, conforme memória de cálculo anexa (arquivo excel mídia digital), aferindo tão somente supostos débitos do exercício de 2016 e ignorando o referido crédito a que a Recorrente faz jus. Cita jurisprudência do CONSEF (A-0194-11/17) e reproduz o art. 73 do RPAF.

Finaliza requerendo a Improcedência do Auto de Infração.

Na Informação Fiscal prestada por autoridade fiscal estranha ao feito designado pela inspetoria de

origem (fls. 168/170), reportando-se ao pedido de diligência determinado por esta 2ª JJF (fls. 41-42), constata-se:

#### **INFRAÇÃO 01 –**

Que as alegações da Autuada são procedentes em relação a mercadoria Farinha de Trigo – NCM 1.101.00.1, pois está enquadrada no regime de Substituição/Antecipação Tributária.

A autoridade fiscal diligente aduz que como todas as aquisições deste produto pela autuada foram do Estado da Bahia, tendo como fornecedor a Empresa J MACÊDO S/A, Inscrição Estadual nº 72.911.823 e CNPJ nº 14.998.371/0031-34, com endereço na Cidade de Salvador- BA, que faz a Antecipação Tributária conforme disposto no PROTOCOLO ICMS 46/00. Assim, conforme disposto no Artigo 9º da Lei nº 7.014/96, ocorrida a Substituição ou Antecipação Tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias constantes no ANEXO I desta Lei.

Desta forma, todas as saídas do estabelecimento da autuada ocorrem sem destaque do ICMS. Assim, refazendo os trabalhos de Auditoria, excluiu o produto Farinha de Trigo da Base de Cálculo para a apuração do Débito da Infração 01 do PAF, restando devido pela infração o valor de R\$ 225,67.

#### **INFRAÇÕES 02 e 03**

Informa que as alegações da Impugnante são totalmente procedentes, em razão do “GRANDE EQUÍVOCO” cometido pelo Autuante. Explica que ao refazer a auditoria do crédito fiscal, constatou que o Autuante deu tratamento tributário de forma equivocada para os produtos: BEBIDAS: Whisky, Vodka, Rum, e, também para os produtos TOCADOR: Perfumes, Agua de Colônia, preparação cosméticas e produtos de beleza e maquiagem, produtos estes que estão incluídos no Fundo de Pobreza, sendo, portanto, acrescido da alíquota de 2% por cento para a apuração do valor do ICMS. Assim, afirma que conforme disposto no Artigo 16-A da Lei nº 7.014/96, e, na Portaria nº 133/2002, em vigor nos exercícios de 2016 e 2017, que dispõe sobre o tratamento tributário a ser aplicado pelos contribuintes referente ao percentual de 2% do Fundo de Pobreza.

Aponta que o autuante também deu tratamento tributário equivocado para os produtos: Suco Ades, Toddynho, Toddy, Mistura para Bolo, Gelatina, Cremogema, Arrozina, parametrizando com a alíquota 0,00, quando à alíquota correta a ser aplicada era 17%, até o mês de março de 2016 e 18% de março de 2016 a 31 de dezembro de 2017.

Desta forma, após a parametrização de todos os produtos com as alíquotas corretas conforme determinado na legislação, e que estão devidamente discriminadas nas notas fiscais de entradas para os produtos objeto das infrações 02 e 03 do PAF, constantes no arquivo: audif-204-auditoria do crédito indevido (erro na aplicação da alíquota (CFOP x UF), nada foi constatado de irregular contra a SEFAZ.

#### **INFRAÇÃO 04**

Informa que nesta Infração as alegações da autuada referente ao produto Boletim Econet On-Line e também ao recolhimento mensal do DIFAL efetuado no exercício de 2016, procedem em relação à imunidade tributária, e também quanto aos recolhimentos DIFAL não considerados.

Disse que refez a auditoria, excluiu o produto e incluiu os valores devidamente recolhidos pela autuada no exercício de 2016, apurando, assim, devido, o valor de R\$ 441,10.

Acrescenta que foram anexados novos demonstrativos das infrações 1 e 4.

Desta forma, após o cumprimento do determinado pelo Sr. Relator da 2ª JJF, pede pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Em nova manifestação (fls. 193-94), tratando apenas da Infração 4 e repisando os argumentos defensivos, o Impugnante alega indevida manutenção da Nota Fiscal nº 529824, referente ao

serviço de comunicação, na modalidade de monitoramento e rastreamento de veículo e carga, como faz prova a cópia do documento fiscal anexo (Doc. 01).

Pugna pela exclusão da referida nota e conclui pela Improcedência do Auto de Infração.

Presente na sessão de julgamento, a representante legal do sujeito passivo, Sara Amorim Bulhões, OAB/BA 55.064, ao se manifestar oralmente, expressou apenas acompanhar o julgamento do caso.

É o relatório.

## **VOTO**

Como acima relatado, contendo 04 (quatro) infrações, o presente Auto de Infração exige o valor de R\$ 125.258,97.

Examinando os autos constato, a esta altura, 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, após providências no curso da instrução processual, restam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documentos de fls. 50, 51, 144, 145, 190 e 191, bem como do que se percebe nas manifestações defensivas, 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) em face do saneamento na forma indicada no § 1º, do art. 18, do RPAF, cumpriu-se 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 descritas e acusadas estão corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 08, 49, 81-143 e 171-189); e) as infrações estão determinadas, bem como identificado o infrator, constato, no estado em que se encontra, que o PAF está apto a ser julgado, uma vez que tanto os vícios formais sanáveis (falta de completa entrega de cópia dos demonstrativos suporte do AI no momento da ciência do sujeito passivo) como os materiais (irregularidades nos dados que compõem as infrações), foram regular e oportunamente superados. Os primeiros mediante posterior entrega por força de diligência deferida por esta JJF a pedido do Impugnante, com reabertura de prazo de defesa, a qual foi plenamente exercida na forma prevista no art. 123 do RPAF, e os segundos, na forma prevista no § 1º do art. 18 do RPAF, eis que, apontados pelo Impugnante, foram corretamente sanados pela autoridade fiscal autuante e/ou autoridade fiscal diligente estranha ao feito, quando pertinentes, por ocasião das suas intervenções, tudo como detalhadamente exposto no relatório acima.

De logo observo tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Para efeito homologatório dos prévios procedimentos efetuados pelo contribuinte, mediante uso 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 de depuração dos dados registrados pelo contribuinte e compostos no Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, instrumento que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração contábil e fiscal dos contribuintes, mediante fluxo único, computadorizado, de informações empresariais

com repercussões tributárias, regularmente transmitidos e recebidos pela SEFAZ sem inconsistências na forma indicada no Ajuste SINIEF 02/09 (Cláusula décima), única escrituração com valor jurídico a provar a favor e contra o contribuinte (Dec. nº 6.022/2007: Art. 2º).

Tem suporte probatório nos demonstrativos e documentos autuados (fls. 08, 49, 81-143 e 171-189), cujas planilhas, conforme a infração, identifica: NF, data de emissão, número, chave de acesso, UF, NCM, descrição da mercadoria, quantidade, CFOP, vlr. item, BC ICMS, alíquotas, valores do ICMS e vlr da exação.

Como detalhado no relatório que integra este PAF, o protesto do contribuinte autuado consiste em: a) ainda que reconhecendo parte das exações pelas Infrações 01 e 04, pede: a.1) para a Infração 01: a.1.1) exclusão das operações com “farinha de trigo”, seja por constituir “bonificações ofertadas”, bônus que não integram a base de cálculo do ICMS, seja por ser mercadoria sujeitas à substituição tributária com tributação encerrada em fase anterior de sua comercialização; a.2) para a Infração 04: a.2.1) exclusão de operações com mercadorias com imunidade tributária (livros da Editora Econet); a.2.2) exclusão da NF 529824, CFOP 2303 (Aquisição de serviço de comunicação) equivocadamente registrada no SPED com CFOP 2556 (Compra de material para uso e consumo); a.2.3) exclusão de operações cujo ICMS DIFAL foi tempestivamente recolhido; b) preliminar de nulidade para as infrações 02 e 03, em face de; b.1) cerceamento ao direito de ampla defesa por falta de entrega incompleta dos demonstrativos suportes das acusações fiscais; b.2) incongruência da infração acusando recolhimento a menos de ICMS em “operações de saída” com as “operações de entrada” relacionadas nos demonstrativos suportes das infrações, que constituem a base de cálculo das exações relativas às infrações 2 e 3.

Como disciplinado no art. 154 do RPAF, vou logo à apreciação das preliminares do caso, ainda que, para tanto, seja necessário descrever os fatos processados.

Pois bem, como exposto no relatório, ainda que admitindo a possibilidade de fundamento nas alegações aduzidas na Impugnação, ademais de prestar a Informação Fiscal em desacordo com o art. 127, § 6º, do RPAF, a autoridade fiscal autora do feito manteve o lançamento na forma original, fato que motivou a diligência fiscal (fls. 41-42) deferida por esta JJF em 26/02/2021, para o Autuante produzir regular Informação Fiscal com entrega de cópia ao sujeito passivo, inclusive dos arquivos/demonstrativos suportes de todas infrações, reabrindo-se o prazo para sua defesa.

Na oportunidade, o Autuante produziu a consequente Informação Fiscal (fl. 46) e dizendo ter revisto seu trabalho apenas alterou a exação pela Infração 4 de R\$ 7.854,04 para R\$ 770,85.

Voltando aos autos às fls. 53-66, além de repisar as alegações para as demais infrações, para a Infração 4, o Impugnante pediu revisão fiscal alegando que no ajuste do valor da exação pela infração, o Auditor autuante não considerou o ICMS DIFAL recolhido a mais em R\$ 99,47, no período agosto 2016.

A nova manifestação defensiva foi dada a conhecer ao Auditor autuante que, a despeito da detalhada manifestação defensiva, limitou-se a apor um mero “ciente” (fl. 68, dos autos), atitude que motivou esta JJF a deferir o extenso pedido de diligência de fls. 71-74, no qual, após historiar os fatos do PAF, pediu-se ao Inspetor da sua repartição de origem, nomear autoridade administrativa competente nos termos do art. 142 do CTN, podendo ser a autoridade fiscal autuante (preferencialmente) ou outra estranha ao feito para, analisando os autos, prestar Informação Fiscal nos termos previstos no art. 127, § 6º do RPAF acerca da manifestação do sujeito passivo às fls. 53-66 dos autos, qual seja, abrangendo todos os aspectos ali apontados, com fundamentação.

Por consequência, o Auditor autuante prestou a Informação Fiscal de fls. 77-78, oportunidade em que: a) admite ter cometido “equívocos” em seu procedimento fiscal; b) informa que sua primeira Informação Fiscal “não tem nada a haver com o PAF em tela”; c) disse que “acertadamente” o CONSEF lhe devolveu o PAF para pronunciar “a respeito da defesa do autuado, mas, ainda assim, ele não foi conclusivo nas suas revisões”; d) manteve a exação para a Infração

01; e) reconhecendo a fragilidade da cobrança das exações pelas Infrações 2 e 3, admite as razões defensivas dizendo ser consequência de “um ERRO de sistema”, pois “o que foi detectado pelo sistema foi CRÉDITO INDEVIDO” e não “Débito a menor por divergência de CFOP x UF, como enquadrado o sistema”; f) Informando ter refeito seu “roteiro” da Infração 4, escreveu que “os resultados se mostraram favoráveis ao autuado reduzindo o crédito reclamado para R\$ 4.001,92”.

Intimado da Informação Fiscal, o sujeito passivo se manifestou às fls. 147-163:

Infração 01

Repisando os argumentos defensivos para exclusão das operações com farinha de trigo.

Infrações 2 e 3

Pedindo a declaração de nulidade em face do frágil lançamento confessado pelo Autuante.

Infração 4

Repisando os argumentos defensivos contidos nas anteriores manifestações.

Por consequência, autoridade fiscal estranha ao feito prestou a Informação Fiscal de fls. 168-170, informando ter procedido revisão do procedimento fiscal para todas as infrações, constatou:

#### **INFRAÇÃO 01 –**

Que as alegações da Autuada relativas a farinha de trigo (NCM 1.101.00.1) procedem, pois foi adquirida da empresa J MACÊDO S/A, Inscrição Estadual nº 72.911.823 e CNPJ nº 14.998.371/0031-34, com a Antecipação Tributária total, conforme disposto no PROTOCOLO ICMS 46/00, de modo que na revisão do procedimento fiscal, excluindo as operações com farinha de trigo, apurou devido pela infração o valor de R\$ 225,67.

#### **INFRAÇÕES 02 e 03**

Informa que as alegações da Impugnante são totalmente procedentes, em razão do “GRANDE EQUÍVOCO” cometido pelo Autuante. Explica que ao refazer a auditoria do crédito fiscal, constatou que:

- a) o Autuante se equivocou no tratamento tributário para: **BEBIDAS:** Whisky, Vodka, Rum, e, também para os produtos **TOCADOR:** Perfumes, Agua de Colônia, preparação cosméticas e produtos de beleza e maquiagem, produtos estes que estão incluídos no Fundo de Pobreza, sendo, portanto, acrescido da alíquota de 2% por cento para a apuração do valor do ICMS (Artigo 16-A da Lei nº 7.014/96, e Portaria nº 133/2002, em vigor nos exercícios de 2016 e 2017)
- b) O Autuante também deu tratamento tributário equivocado para: Suco Ades, Toddynho, Toddy, Mistura para Bolo, Gelatina, Cremogema, Arrozina, parametrizando com a alíquota 0,00, quando à alíquota correta a ser aplicada era 17%, até o mês de março de 2016 e 18% de março de 2016 a 31 de dezembro de 2017.

A despeito disso, informa que após a parametrização de todos os produtos com as alíquotas corretas, conforme determinado na legislação, e devidamente discriminadas nas notas fiscais de entradas para os produtos objeto das infrações 02 e 03 do PAF, constantes no arquivo: audif-204-auditoria do crédito indevido (erro na aplicação da alíquota (CFOP x UF), não constatou irregularidade contra a SEFAZ.

#### **INFRAÇÃO 04**

Informa que nesta Infração procedem a alegação de imunidade tributária referente ao produto Boletim Econet On-Line, bem como a referente ao recolhimento mensal do ICMS DIFAL efetuado no exercício de 2016.

Disse que na revisão da auditoria, excluiu a mercadoria com imunidade tributária e incluiu os valores oportunamente recolhidos pela autuada no exercício de 2016, apurando, assim, devido

pela infração, o valor de R\$ 441,10, distribuído nas ocorrências 28/02, 31/03, 30/04, 30/06, 31/10 e 30/11 de 2016, tudo conforme os novos demonstrativos suportes anexados à Informação Fiscal.

Ora, do exposto é de se concluir que as Infrações 2 e 3 constituem a situação prevista no Parágrafo único do artigo 154 do RPAF, pois, além da constatada e confessada incongruência entre as infrações descritas e tipificadas no Auto de Infração (Recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas) e as que foram objeto do procedimento fiscal inicial entabulado pelo Autuante (Uso indevido de crédito fiscal em operações de entrada) constituir insanável vício que nulifica essas infrações, por força de diligência deferida no curso da instrução processual para esclarecer dúvidas e formar a convicção dos julgadores dentro do devido processo e garantir a necessária segurança jurídica da resolução do caso, mesmo se refazendo a auditoria da efetiva acusação fiscal a salvo dos equívocos cometidos pelo autor do feito, não se apurou obrigação tributária descumprida pelo contribuinte autuado, de modo que, superada a nulidade constatada, reconheço a insubsistência das Infrações 2 e 3:

#### RPAF

*Art. 155. ...*

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

Passo a apreciar as demais infrações.

#### Infração 01

Do extenso contraditório exposto no relatório e, de certa forma, repetido neste voto, considerando que na sua última manifestação defensiva o Impugnante trata apenas acerca do valor residual apurado na Infração 04, tenho por superado o contraditório da Infração 01, e por nada a ter que reparar quanto ao procedimento efetuado pela autoridade fiscal diligente estranha ao feito, com fundamento no art. 140 do RPAF, tenho a Infração 01 como parcialmente subsistente em R\$ 225,67, com o seguinte demonstrativo de débito:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr.	Data Vencido.	Base de Cálculo	Aliq. %	Multa %	Vlr. Histórico
<b>Infração 01</b>					
30/06/2016	09/07/2016	136,56	18,00%	60%	24,58
31/12/2016	09/01/2017	1.117,17	18,00%	60%	201,09
<b>Total da Infração</b>					<b>225,67</b>

#### Infração 04

Também do extenso contraditório exposto no relatório e, de certa forma, repetido neste voto, na sua última manifestação defensiva o Impugnante apenas protestou quanto à manutenção da exação relativa à NF 529824, que se refere a aquisição de serviço de comunicação equivocadamente informado no SPED com CFOP 2556 (Compra de material para uso ou consumo) ao invés do CFOP 2303 (Aquisição de serviço de comunicação por estabelecimento comercial), alegação impertinente e sem sentido lógico-jurídico pelas seguintes razões:

A uma, porque, observando-se tratar de operação datada de 01/11/2016, em caso de constatado equívoco de registro na Escrituração Fiscal Digital – EFD (o que não é o caso), conforme dispõe o art. 251 do RICMS-BA, a regularização deve ocorrer em conformidade com as regras expostas no Ajuste SINIEF 02/2009. Ou seja, mediante prévia solicitação do contribuinte e consequente

autorização do Fisco para retificar a EFD contendo o equivocado registro, o que, a despeito do largo tempo, não ocorreu neste caso.

A duas, porque, como se vê no DANFE da NF-e aportada pelo Impugnante nos autos (fl. 195), a operação, além de ser tributável pelo ICMS, o serviço adquirido se destinou ao consumo do adquirente monitorando e rastreando veículo e carga.

Sem embargo, ainda que o Impugnante não a tenha arguido, por ser matéria de ordem pública, ainda que devida, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, reconheço a decadência do crédito relativo às ocorrências 28/02, 31/03, 30/04 de 2016, em face da reabertura do prazo de defesa, cuja ciência ocorreu em 25/05/2021.

Assim, acolhendo o ajuste efetuado pela autoridade fiscal diligente estranha ao feito e exposta na Informação Fiscal de fls. 168-170, tenho a Infração 04, como parcialmente subsistente em R\$ 312,64.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr.	Data Vencto.	Base de Cálculo	Aliq. %	Multa %	Vlr. Histórico
<b>Infração 04</b>					
30/06/2016	09/07/2016	188,44	18,00%	60%	33,92
31/10/2016	09/11/2016	64,83	18,00%	60%	11,67
30/11/2016	09/12/2016	1.483,61	18,00%	60%	267,05
<b>Total da Infração</b>					<b>312,64</b>

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206863.0002/20-7**, lavrado contra **LUTAN DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 538,31, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo serem homologados os valores eventualmente recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inc. I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18 de agosto de 2018.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de março de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADO