

PROCESSO - A. I. Nº 206863.0002/20-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - LUTAN DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0049-02/23-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17.04.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0069-11/24-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. Mantida a Decisão deste item. 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 02 e 03, insubsistentes. Mantida a Decisão deste item. 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. A Súmula nº 12 desse CONSEF que diz que: “*Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração*”, restabelecendo os meses não alcançados pela decadência. Modificada a Decisão deste item. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em relação à Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte 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**. Da análise dos documentos anexados, 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 Auto de Infração, 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, o que contraria ao disposto no art. 129, § 1º, IV e § 2º da Lei nº 3.956/81 e o art. 18, IV, “a” do RPAF e Súmula nº 01 do CONSEF.

Indo ao **mérito** da autuação, alega:

Infração 1 – 002.001.003: Alega que 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. Sienta 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” e, 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 a realização de algum evento futuro, outrora acordado, para concessão do benefício, conforme 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: roga para 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 Auto de Infração, diz se referirem à aquisição mensal de livros da Editora Econet, operações albergadas por imunidade.

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

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 Auto de Infração em tela”. Contudo, escreve que “pode ter acontecido algum ruído em relação aos demonstrativos devido ao período da pandemia”. Reafirmado as infrações 2 e 3.

Em 26/02/2021, o PAF foi convertido em **diligência à INFAZ DE ORIGEM** no sentido de o autuante trazer todos os fundamentos alegados pelo autuado rebatendo todos os fatos descritos na impugnação, conforme os termos previstos no art. 127, § 6º do RPAF, esclarecendo as pontuações, em havendo alteração/ajuste de valores/infrações, produzir novo demonstrativo de débito.

Por consequência, o Autuante produziu a seguinte **Informação Fiscal** (fl. 46), mantendo as infrações 1, 2 e 3 em sua totalidade, e reduzindo a 4 para o valor de R\$ 770,85. Regularmente intimado do 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, concluindo pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

A 2ª JJF deferiu nova diligência à INFAZ DE ORIGEM para que cientifique fiscal estranho ao feito para verificação das informações dos autos e das alegações do contribuinte.

Por consequência, o Autuante apresentou a seguinte Informação Fiscal, rechaçando os mesmos fatos e mantendo o mesmo valor já apurado. Em nova manifestação do contribuinte, fls. 147/163, de logo, reproduz as infrações e 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), constatando-se razão ao recorrente: **INFRAÇÃO 01** – 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** - nada foi constatado de irregular contra a SEFAZ. **INFRAÇÃO 04** - 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. Após o cumprimento pede pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Em **nova manifestação** (fls. 193-94), 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.

Após as deliberadas, a JJF proferiu o seguinte voto condutor:

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 “equivocos” 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 feito 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 Vencto.	Base de Cálculo	Aliq. %	Multa %	Vlr. Histórico
Infração 01					
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
Total da Infração					225,67

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
Infração 04					
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
Total da Infração					312,64

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

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda Estadual, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7629/99.

É o relatório.

VOTO

Observo que a decisão da 2ª JJF (Acórdão JJF nº 0049-02/23), desonerou o sujeito passivo reduzindo parcialmente o crédito tributário lançado de R\$ 125.258,97, para R\$ 312,64, em valores originais na data do julgamento, cfe. fls. 220, fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Verifica-se que o presente auto de infração é composto de 04 infrações, assim discriminadas:

Infração 1 –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.

Infração 2 –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.

Infração 3 –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.

Infração 4 –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.

Sendo inicialmente reconhecida a improcedência das infrações 01, 02 e 03 a 04, julgada pela procedência parcial.

Em sede de defesa, o sujeito passivo suscitou a nulidade das infrações 02 a 03, a qual foi recharçada, quanto ao mérito alegou que houveram equívocos do auditor fiscal na apuração dos lançamentos de ofício, sob as fls 15 a 32, conforme discriminado:

- 1) Na infração 01, disse que a maior parte dos produtos incluídos nesta imputação é “farinha de trigo”, de NCM 11010010, referente a bonificações ofertadas e que tal bônus não integra a base de cálculo do ICMS por se tratar de mercadoria sujeitas à substituição tributária com tributação encerrada em fase anterior de sua comercialização.
- 2) Já na infração 04, diz que conforme o art. 150, VI, “d” da CF, as Notas Fiscais nºs 699906, 719599, 739444, 759019, 784397, 808024, 830290, 851803, 875869, 895685, 919173 e 939359, com os respectivos ICMS exigidos no Auto de Infração, se referem à aquisição mensal de livros da Editora Econet, operações amparadas por imunidade.

O Autuante analisou a defesa apresentada e se manifestou as fls. 46, mantendo as infrações 1, 2 e 3 em sua totalidade, e reduzindo a 4 para o valor de R\$ 770,85. A 2ª JJF, entendendo que a matéria carecia de reanálise, deferiu nova diligência à INFAZ DE ORIGEM, solicitando que um fiscal estranho ao feito verificasse as informações dos autos e bem como as alegações do contribuinte, e este assim se pronunciou, fls. 168 a 170:

INFRAÇÃO 01 – 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 – informou que nada foi constatado de irregular contra a SEFAZ. O que ocorreu foi um grande equívoco por parte do autuante 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) e também em relação aos itens: Suco Ades, Toddynho, Toddy, Mistura para Bolo, Gelatina, Cremogema, Arrozina, parametrizando com a alíquota 0,00, quando a 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.

INFRAÇÃO 04 - excluiu o produto Boletim Econet On-Line, por este ter imunidade tributária, bem

como incluiu os valores devidamente recolhidos pela autuada no exercício de 2016 a título do ICMS DIFAL efetuado no exercício de 2016, e, apurando, assim, um valor devido de R\$ 441,10.

Analisando os relatórios acostados às fls. 180 a 170, entendo estar correta a exclusão do produto Farinha de Trigo, na infração 01, pois o ICMS já foi recolhido antecipadamente conforme Protocolo ICMS 46/00.

Já as infrações 02 e 03, também correto a conclusão do auditor estranho ao feito, pois conforme notas fiscais objeto da autuação acostadas aos processos, por amostragem às fls. 178 a 185, verifica-se que as mesmas estão com as alíquotas corretas.

E por fim em relação à infração 04, me alinho ao diligente que excluiu o Boletim Econet On-Line, por ser imune, em sede de julgamento a Junta reconheceu a decadência do crédito relativo às ocorrências 28/02, 31/03, 30/04 de 2016, por entender que houve reabertura do prazo de defesa quando foi intimado para tomar conhecimento da Diligência, cuja ciência ocorreu em 25/05/2021, com o qual não concordo, pois esta data não se refere à primeira intimação feita, a correta seria no dia 06/07/2020 conforme print abaixo, quando efetivamente se deu a ciência da infração.

Informações Protegidas por Sigilo Fiscal		Login do Usuário: rubens	
Inscrição Estadual	057.879.392	CNPJ/CPF	05.156.713/0001-62
Razão Social	LUTAN DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA	N° PAF	2068630002207 A
Dados PAF Infração Saldo PAF Parcelamento Julgamento Demonstrativo de Débito Pagamento			
Tipo PAF	Auto Infração Estabelecimento	Data Lavratura	22/06/2020
Fase	Segunda Instância	Data Ciência	06/07/2020
Situação	Para julgamento	Data Situação	04/03/2024 16:44
Insc. Dívida Ativa		Data Insc. Dívida Ativa	
Motivo Suspensão Exigibilidade: Fase / Situação do PAF			

Ressalte-se que esta câmara já vem assim se posicionando com voto já proferido pelo Conselheiro Ildemar José Landim, cujo Acórdão transcrevo.

ACÓRDÃO CJF Nº 0203-11/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. OMISSÃO DE ENTRADAS. OPERAÇÕES DE AQUISIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS. CONSTATAÇÃO DE ESTOQUE NÃO JUSTIFICÁVEL PELA VARIAÇÃO VOLUMÉTRICA. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. ESCOLHA DA VIA JUDICIAL. ESGOTADA. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS NÃO TRIBUTADAS; b) MERCADORIA OU SERVIÇO TOMADO. A decadência se reporta à data dos fatos geradores, e considerando-se que o lançamento só está perfeitamente realizado e perfeito após intimação do sujeito passivo acerca do lançamento, são indiferentes as intimações posteriores decorrentes de imperfeições sanáveis do processo, já que em nada se altera dois pontos fundamentais: a data do fato gerador e a data ciência do lançamento em que o contribuinte é intimado a se defender. Considerando que a ciência do lançamento ocorreu em 13.12.2019, e o fato gerador mais antigo se reporta a dezembro de 2015, 4 anos antes, e o art. 150, parágrafo 4º do CTN estabelece o prazo de 5 anos a contar da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, e assim, entendo que foi equivocada a decisão de piso que acatou o pedido de decadência parcial da infração 01 e decadência total das infrações 02 e 03. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração Procedente. Decisão unânime.(grifos acrescidos)

Tudo que foi dito está em conformidade com a Sumula nº 12 desse CONSEF que diz que: “Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração”.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, restabelecendo os meses não alcançados pela decadência.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr.	Data Vencido.	Base de Cálculo	Aliq. %	Multa %	Vlr. Histórico
Infração 04					
28/02/2016	09/03/2016	53,22	18,00%	60%	9,58
31/03/2016	09/04/2016	99,72	18,00%	60%	17,95
30/04/2016	09/05/2016	560,72	18,00%	60%	100,93
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
Total da Infração					441,10

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206863.0002/20-7**, lavrado contra **LUTAN DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 666,77**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f” da Lei nº 7.01496, e dos acréscimos legais, devendo serem homologados os valores eventualmente recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA

THAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS