

PROCESSO	- A. I. N° 269369.0937/15-5
RECORRENTE	- PIANNA COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0016-05/16
ORIGEM	- INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 10/06/2016

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0084-11/16

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Não há nos autos prova no quanto alegado na peça recursal. Aplicação das disposições constantes do artigo 143 do RPAF que se impõe. Exceção ao produto Caixa de Passagem Tigre, cuja submissão ao regime de substituição tributária restou afastada pela prova dos autos. Afastadas as preliminares suscitadas. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra a decisão proferida pela 5ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em referência, lavrado em 25/06/2015, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário no valor histórico de R\$ 28.747,10 (vinte e oito mil, setecentos e quarenta e sete reais e dez centavos), em razão da constatação do cometimento das seguintes infrações à legislação de regência:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$ 11.156,81, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, conforme demonstrativos às fls. 13 a 34;
2. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 2.308,81, apurado através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, relativo ao exercício fechado de 2012, conforme demonstrativos às fls. 35 a 45;
3. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 15.281,48, equivalente a 10% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme demonstrativos às fls. 46 a 55.

Após a apresentação da defesa (fls. 70/81) e a prestação de informações fiscais (fl. 95/106), a fase de instrução foi concluída, tendo os autos sido submetidos à apreciação pela 5ª JJF que assim decidiu na assentada de julgamento datada de 26/01/2016.

## VOTO

*Na análise das peças processuais constato que não existe lide em relação à Infração 2 – 04.05.01, referente à falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 2.308,81, apurado através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais. Item subsistente.*

*Com relação à Infração 1 - 01.02.05, o fulcro da autuação é que houve, por parte do autuado, utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$ 11.156,81, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2012.*

*Nos demonstrativos às fls.13 a 34, que instruem a autuação, estão discriminados todos os dados necessários*

para se identificar a origem do débito, pois especificam os respectivos documentos fiscais, tanto que o autuado exerceu com plenitude a ampla defesa apontando e justificando seu inconformismo com a conclusão fiscal, conforme planilha elaborada às fls. 73 e 74 de sua peça defensiva.

Constato que na informação fiscal o autuante utilizando o mesmo demonstrativo apresentado na defesa, fls. 73 e 74, o reproduziu às fls. 94 a 96, e inseriu uma coluna denominada de “Revisão Fiscal – Descrição da Mercadoria” e outra com o nome “Situação”, nas quais estão devidamente justificados o não acolhimento ou o acolhimento, e as justificativas defensivas que foram acatadas.

Analizando tal documento, constato que os documentos não acatados pelo autuante são os constantes na planilha abaixo que elaborei, e de fato se enquadram na substituição tributária, no item 24, do Anexo I, do RICMS/2012.

.....  
Portanto, os itens acima não excluídos pelo autuante na informação fiscal as fls. 97 a 99 não se constituem em fato novo, tornando desnecessária aplicação do disposto no §8º do art. 127, do RPAF/99, na medida em que já constam originalmente na exigência inicial, constante do Auto de Infração, em relação aos quais, o autuado se insurgiu, contudo, o autuante em sua informação fiscal, manteve corretamente o entendimento de que os produtos estão na substituição tributária conforme Protocolo ICMS 26/10 e no Anexo I do ICMS/2012.

Infração caracterizada parcialmente, nos valores apurados pelo autuante às fls. 99 e 100, o que reduz o débito para o valor de R\$ 9.481,44.

.....  
Quanto à infração 3 - 16.01.01, referente à imputação de que o autuado deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, o sujeito passivo na peça defensiva impugnou a autuação com base em duas vertentes:

1. que as mercadorias sequer ingressaram no seu estabelecimento comercial, consoante os relatos pormenorizados apresentados às fls. 74 a 76;
2. que as mercadorias ingressaram no seu estabelecimento e foram devidamente registradas nos Registros Fiscais dos Documentos de Entradas de Mercadorias e Aquisição de Serviços no arquivo sped fiscal, conforme planilha elaborada no corpo de sua peça defensiva às fls. 76 a 77.

O autuante, por seu turno, na informação fiscal declarou ter acatado integralmente os argumentos da defesa, concordando com o valor de R\$ 1.752,87, reconhecido pelo autuado.

Diante disso, tornou-se desnecessária a realização de diligência requerida pelo sujeito passivo para constatação de suas alegações defensivas em relação a este item.

Apesar da redução do débito após a confirmação pelo autuante das razões defensivas, verifico que a multa utilizada para o cálculo da multa em questão, constante no artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, foi modificada para o percentual de 1%, conforme alteração promovida pela Lei nº 13.461/2015, com efeito a partir de 11 de dezembro de 2015. Desta forma, o percentual da multa aplicada para o cálculo do débito do item em comento, cabe, com base no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, a aplicação retroativa da multa mais benéfica, providência adotada, conforme demonstrativo abaixo.

Item procedente em parte, após a redução do débito de R\$ 1.752,87 para o valor de R\$ 175,29.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 11.965,54, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÕES	VLS. INICIAIS	VLS. JULGADOS
01-01.02.05	11.156,81	9.481,44
02-04.05.01	2.308,81	2.308,81
03-16.01.01	15.281,48	175,29
<b>TOTAIS</b>	<b>28.747,10</b>	<b>11.965,54</b>

Como é possível constatar da análise do voto do acima reproduzido, os membros integrantes da 5ª JJF, após apreciarem os fundamentos de fato e direito arguidos na peça defensiva, entenderam pela procedência parcial do AIIM, mantendo a íntegra a exigência consubstanciada no item 02 do Auto de Infração, tendo em vista o reconhecimento por parte do sujeito passivo e acatando parcialmente as razões apresentadas quanto às infrações capituladas nos itens 1 e 3.

Inconformado com o resultado do julgamento da infração 1, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 129/142), arguindo inicialmente que não há discussão em relação à infração 3, pois o valor correspondente à parcela que reconhece como devida foi recolhida quando da apresentação da defesa. De maneira similar, argui que a 5ª JJF, na resolução do acórdão, teria inadvertidamente incluído a infração 2 como parte da condenação, sem a observância de que a

mesma já teria sido recolhida.

Requer a produção de diligência, sob pena do cerceamento ao direito de defesa, para que sejam dirimidas as divergências de NCM de algumas mercadorias constantes nos demonstrativos que instrui a infração capitulada no item 1.

Pleiteia ainda que este órgão julgador se manifeste sobre a aplicabilidade ou não do art. 38 do RPAF ao caso concreto, mediante o qual a fazenda não pode exigir valores inferiores à R\$ 39.720,00, através de AIIM; mas tão somente por notificação fiscal.

Quanto ao mérito, afirma que a exigência é improcedente em relação às mercadorias, cujo NCM especifica, em razão de não constarem do Protocolo ICMS 26/2010, aduzindo ainda que o crédito fiscal escriturado não implicou em falta de recolhimento do ICMS no período fiscalizado.

Argumenta que a Autoridade Fiscal se limitou a contraditar a planilha de amostragem por ela anexada, não havendo menção a qual tipo de arquivo, documentos e livros fiscais teriam sido utilizados, o que acabou por prejudicar o seu direito de defesa.

Sem parecer da PGE/PROFIS em razão do valor do crédito tributário exigido.

## VOTO

O Recurso Voluntário é tempestivo pelo que merece ser conhecido. Passo, portanto, à análise das razões de fato e de direito nele aduzidas, iniciando pela apreciação das “questões de ordem” suscitadas pelo recorrente.

Esclareço preliminarmente que o reconhecimento integral ou parcial da exigência por parte do sujeito passivo, ainda que acompanhada do respectivo recolhimento, não implica na exclusão de lançamento dos valores correspondentes. Ao revés, diante do reconhecimento, cabe a este órgão julgador declarar a procedência do lançamento de ofício, encaminhando os autos ao órgão responsável para que homologue os recolhimentos efetuados e declare a extinção do crédito tributário, tal como acertadamente procedeu o órgão julgador de primeira instância em relação à infração capitulada no item 2 e o saldo remanescente da infração capitulada no item 1 do Auto de Infração.

Quanto ao instrumento adotado pela fiscalização para proceder ao lançamento de ofício, de fato, nos termos em que dispõe o artigo 38 do RPAF o Auto de Infração é instrumento aplicável à constituição de créditos tributários de valor igual ou superior a R\$ 39.720,00 (trinta e nove mil setecentos e vinte reais). Assim, em apressada análise, seria possível inferir que, como o valor da exigência que ora se discute era, na data do lançamento, inferior a R\$ 39.720,00 o expediente cabível seria a Notificação Fiscal de que trata o artigo 48.

Todavia, nos termos do artigo 49 da mesma norma regulamentar, é vedada a lavratura de uma mesma Notificação Fiscal relativa a infrações. Assim é que no presente caso acertado foi o procedimento adotado pela fiscalização no sentido de constituir o crédito tributário mediante a lavratura do Auto de Infração, já que foram imputadas como cometidas três condutas infracionais distintas.

No que diz respeito ao pedido de diligência entendo que os elementos constantes dos autos são suficientes à formação da convicção por parte deste órgão julgador diante do que, com fulcro no artigo 147, I do RPAF, indefiro o pleito formulado.

Passando à apreciação do mérito, verifico que o recorrente se limitou a reproduzir os argumentos então aduzidos em sua peça defensiva, deixando de identificar com a devida precisão quais os produtos e respectivas NCMS não estavam incluídos no regime de substituição tributária e, portanto, a exigência de estorno não tem procedência.

De igual forma, apesar de aduzir que a eventual apropriação indevida de crédito não ocasionou falta de recolhimento de imposto em razão da existência de saldo credor no período autuado, não

apresentou os demonstrativos e Livros Fiscais correspondentes capazes de atestar as suas assertivas.

Todavia, embora as razões recursais não estejam devidamente acompanhadas de provas, constato, da análise dos demonstrativos de fls. 97/98 que o produto *Caixa de Passagem Tigre*, não está sujeito ao regime de substituição tributária, haja vista que a respectiva NMC – 8538.1000 – não faz parte dos anexos aos Protocolos ICMS 104/2009 e 26/2010. Assim é que, procedo a exclusão do referido produto dos demonstrativos fiscais, passando a exigência consubstanciada no item 1 do Auto de Infração de R\$ 9.481,44 para R\$ 9.366,35, conforme a seguir demonstrado.

Ocorrência	Vencimento	Valor devido
31/01/2012	09/02/2012	152,38
28/02/2012	09/03/2012	1.423,10
31/03/2012	09/04/2012	393,34
30/04/2012	09/05/2012	783,94
31/05/2012	09/06/2012	477,41
30/06/2012	09/07/2012	602,47
31/07/2012	09/08/2012	1.901,65
31/08/2012	09/09/2012	1.073,03
30/09/2012	09/10/2012	1.492,92
31/10/2012	09/11/2012	440,99
30/11/2012	09/12/2012	249,01
31/12/2012	09/01/2013	376,11
Total devido		<b>9.366,35</b>

Quanto aos demais produtos objeto da exigência, não tendo se desincumbido de constituir provas capazes de elidir o saldo remanescente da exigência, Nego Provimento ao Recurso Voluntário, mantendo a decisão de piso em todos os seus termos e pelos seus próprios fundamentos, procedimento que adoto com fulcro no artigo 143 do RPAF. *In verbis*:

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

Ressalto, contudo, que por se tratar de matéria de fato, na hipótese de haver prova documental da falta de prejuízo ao erário em razão da alegada escrituração irregular do crédito fiscal de que aqui se trata, pode o Recorrente pleitear a revisão do lançamento em sede de controle de legalidade a teor do que dispõe o artigo 113 do RPAF.

## 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 269369.0937/15-5, lavrado contra **PIANNA COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$11.675,16**, acrescido das multas de 60% sobre R\$9.366,35 e 100% sobre R\$2.308,81, previstas no art. 42, incisos VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$175,29**, prevista no inciso IX, do citado dispositivo regulamentar, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores comprovadamente recolhidos conforme documentos às fls. 109 a 110.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS