

PROCESSO - A. I. N° 206905.0011/13-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e HORTI FRUTI LM LTDA.
RECORRIDOS - HORTI FRUTI LM LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF n° 0100-03/18
ORIGEM - INFAS BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 07/08/2019

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0150-11/19

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. INCERTEZA DA INFRAÇÃO. ITEM NULO. O levantamento fiscal fundamentado no “Caixa Geral” - no qual se registra todas movimentações dos recursos disponíveis da empresa que englobam os saldos em caixa, em bancos e os numerários em trânsito - por si só, não sustenta a acusação de suprimento de caixa de origem não comprovada, relativo aos débitos dos valores de cheques emitidos pelo próprio sujeito passivo, eis que também consta a crédito os correspondentes pagamentos efetuados. Mantida a Decisão recorrida da nulidade da exação pela falta de certeza e de segurança do cometimento da infração. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. A EFD é a única escrita válida para a homologação dos lançamentos efetuados pelo contribuinte. Razões recursais insuficientes à reforma da Decisão recorrida. 3. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADO E RECOLHIDO. Idem do item anterior. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. a) BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. Exação reduzida em razão da exclusão de operação não sujeita ao ICMS-DIFAL; b) MERCADORIAS DESTINADAS AO USO/CONSUMO. De ofício, comprovada a insubstância da exação. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PROVIDO PARCIALMENTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão n° 0100-03/18, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito originalmente exigido, consoante art. 169, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto n° 7.629/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte que inconformado com a referida Decisão apresenta a peça recursal, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito de R\$629.404,63, em razão da constatação de cinco irregularidades, sendo objeto do Recurso de Ofício a infração 1 e do Recurso Voluntário as exações 2 a 5, a seguir descritas:

Infração 1 – Omissão de saída de mercadorias tributáveis, com ICMS exigido de R\$606.701,60, apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada, nos meses de janeiro/2009 a dezembro/2010;

Infração 2 - Recolhimento a menos de ICMS, no valor de R\$696,76, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas das mercadorias escrituradas, nos meses de fevereiro a agosto e outubro

de 2012;

Infração 3 - Recolhimento a menos de ICMS, no valor de R\$2.350,46, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de fevereiro, agosto e dezembro de 2012;

Infração 4 - Falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$15.001,31, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de abril a agosto e dezembro de 2012;

Infração 5 - Falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$4.654,50, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro, abril, julho, agosto, outubro e novembro de 2013.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$22.703,03, após considerar nula a infração 1 e procedente as demais exações, diante das seguintes considerações:

VOTO

O defensor suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, com base na alínea "a", do inciso IV, do art. 18 do RPAF-BA/99, alegando insegurança na determinação da Infração 01 e dos valores apurados, tendo em vista a sucinta descrição da acusação fiscal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada. Asseverou que investigação fiscal ou contábil alguma foi realizada para lastrear a presunção instaurada, apenas em demonstrativos sintéticos e em cheques emitidos para o pagamento de suas obrigações.

Depois de compulsar as peças que compõem esse item da autuação, mesmo depois da realização de diligências determinadas por essa 3ª JJF para carrear aos autos elementos que consubstanciassem os fundamentos da acusação fiscal, sem lograr êxito, constato que assiste razão ao Autuado, haja vista que, por se tratar de uma imputação que decorre de uma presunção legal, é imprescindível que o arcabouço que lastreia o fato imponível, seja integralmente convergente com a presunção estatuída pela norma de regência.

No presente caso, a acusação fiscal é de que ocorreu omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada, ou seja, que ocorreu ingresso de recursos no caixa do estabelecimento autuado, sem restar inequivocamente identificada a sua origem. Por seu turno, a fiscalização busca fundamentar a ocorrência do suprimento de caixa, através da emissão de cheques para pagamentos de despesas não comprovadas.

A dúvida que surge desse cenário erigido pela acusação fiscal, é se existe expressa previsão legal para que os pagamentos de eventuais despesas em cheque realizados pelo Autuado, caso não comprovados em sua escrita fiscal e contábil, resulte ou se caracterize em omissão de saídas de mercadorias tributáveis. E mais, caso esse fato venha a ocorrer, no figurino da presunção legal estatuída deve restar configurada a ocorrência de saldo credor de caixa ou de suprimento de caixa de origem não comprovada.

O inciso IV, do §4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96, que rege a matéria, assim dispõe, in verbis:

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

- I - saldo credor de caixa;*
- II - suprimento a caixa de origem não comprovada;*
- III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;*
- IV - entradas de mercadorias ou bens não registrados;*
- V - pagamentos não registrados;*
- VI - valores das operações ou prestações declaradas pelo contribuinte inferiores aos informados por:*

- a) instituições financeiras;*
- b) revogado*
- c) "shopping centers", centro comercial ou empreendimento semelhante;*

VII - valores totais diários das operações ou prestações declaradas pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras.

Logo, diante da inexistência de comprovação inequívoca de que ocorreu suprimento de caixa de origem não comprovada, resultando nessa ambiguidade instalada em torno da acusação fiscal desse item, entendo que a imputação atinente à Infração 01 é nula, por restar configurado a falta de certeza e de segurança do cometimento da infração imputada ao Defensor, ao teor da alínea "a", do inciso IV, do art. 18 do RPAF-BA/99.

Nestes termos, represento à Autoridade Fazendária, para que avalie a possibilidade de renovar a ação fiscal, a salvo desse equívoco.

[...]

No que diz respeito à preliminar de decadência suscitada pela defesa relativa à Infração 01, fica sem efeito, tendo em vista a nulidade desse item da autuação.

[...]

No mérito, as Infrações 02 e 03 se referem a recolhimento a menos de ICMS, respectivamente, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas regularmente escrituradas e em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

O Autuado, em sede de defesa, alegou não existirem as diferenças apontadas, frisando que as vendas são realizadas por máquinas registradoras e os valores e alíquotas são automaticamente aplicados. Sustentou que as operações listadas no levantamento fiscal, foram objeto de posterior emissão de Nota Fiscal, nas quais os valores foram lançados a menos, mas a apuração do ICMS foi feita com bases corretas, a partir do ECF, e que os montantes escriturados no LRAICMS, consoante cópias anexas. Observa que os pagamentos, correspondentes, constam do sistema da SEFAZ.

Depois de examinar os elementos que fundamentam e lastreiam esses itens da autuação, precípuamente os demonstrativos de apuração e de débito acostados às fls. 42 a 49, constato que a acusação fiscal afigura-se devidamente explicitada, e que a origem dos valores que resultaram na exigência fiscal, advém da escrita fiscal do Autuado, e estão discriminadas todas as notas fiscais que compuseram a apuração do montante.

Verifico também que o Impugnante mesmo dispondo de todos os elementos de sua escrita fiscal, não carreou aos autos qualquer comprovação inequívoca de inconsistência no levantamento fiscal elaborado pela Autuante.

Assim, concluo pela subsistência das Infrações 02 e 03.

As Infrações 04 e 05 cuidam da falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, respectivamente, destinadas ao ativo fixo e destinadas a uso e consumo, conforme demonstrativos às fls. 50 a 64.

O Defendente, em sua Impugnação, alegou tão-somente, que as diferenças de alíquotas, quando devidas foram todas recolhidas e observou que pode ter acontecido a ausência de lançamento de tais pagamentos no SPED. Assinalou que, para conferência de todas as notas fiscais e os respectivos recolhimentos, disponibiliza seu LRE e notas fiscais, além do LRAICMS já anexo.

Como se constata claramente nos autos, mesmo com o recebimento do demonstrativo de apuração, fl. 65, no qual consta pormenorizadamente a origem dos valores exigidos nesses dois itens da autuação, o Impugnante apresenta mera alegação, desprovida, portanto, de lastro fático inequívoco para elidir a acusação fiscal.

No tocante à alegação defensiva de que a Autuação recaiu sobre as aquisições de “bens intangíveis” - software, os quais não se encontram sujeitos à obrigação constante da autuação. Declara que tal fato corresponde à Nota Fiscal nº 1538, no valor de R\$45.780,00, que se reporta à “licença de uso de módulo auto serviço”, em relação à qual, adquire o direito de utilização, esclareço que a exigência legal atinente à obrigação de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e externas, é veiculada através da alínea “a”, do inciso III, do §4º, art. 305 do RICMS-BA/12 e do inciso XV, do art. 4º da Lei 7.014/96, in verbis:

“Art. 305. No regime de conta-corrente fiscal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal.

[...]

§ 4º Constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher

[...]

III - o valor correspondente à diferença de alíquotas:

a) nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo immobilizado do adquirente;“

“Art. 4 Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

XV - da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.”

Como se depreende da inteleção dos dispositivos de regência da exigência objeto da autuação, inexiste qualquer distinção quanto à natureza do bem adquirido para o ativo fixo do estabelecimento, se tangível, ou se intangível, como é o caso da aquisição questionada. Fato é que, indubidamente se trata de aquisição de bem destinado, e que comporá o ativo do Defendente.

Assim, concluo pela subsistência das Infrações 04 e 05.
[...]

Diante de tais considerações a Decisão da JJF foi pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor histórico de R\$22.703,03, recorrendo de ofício para uma das Câmaras do CONSEF.

No Recurso Voluntário, de fls. 6.533 a 6.536 dos autos, o recorrente apresenta as seguintes alegações:

1. Pede que a CJF se manifeste sobre a questão da decadência, tratada pela JJF como “sem efeito”, eis que a nulidade do item 1 não foi declarada em razão de “erro de forma”.
2. Inerente às infrações 2 e 3, diz inexistir as diferenças apontadas, pois as vendas são realizadas por máquinas registradoras, sendo que os valores e alíquotas são automaticamente registrados e aplicadas. Assim, as operações listadas na infração 2 foram objeto de posterior emissão de notas fiscais, nas quais os valores foram lançados a menor, mas a apuração do ICMS foi feita com bases corretas, a partir do ECF. Já os montantes da infração 3, o recorrente aduz que foram corretamente lançados no LRAICMS e recolhidos, cujos pagamentos correspondentes constam do sistema da SEFAZ. Assim, neste caso, houve erros nos arquivos eletrônicos, porém pelo LRAICMS as apurações foram corretamente realizadas e os pagamentos feitos sem divergências, do que anexa provas documentais, às fls. 6.538 a 6.675 dos autos, e requer diligência à ASTEC.
3. Quanto às infrações 4 e 5, alega que as diferenças de alíquotas, quando devidas, são recolhidas no LRAICMS, à débito do imposto, sob a rubrica “DIFERENÇA DE ALÍQUOTA IMOBILIZADO E USO CONSUMO”, correspondente às compras do determinado mês, cujos valores são recolhidos no DAE do ICMS regime normal – comércio, sob código 0759, o que não foi observado pela fiscalização.

Em seguida o recorrente tece os seguintes esclarecimentos:

Em relação à infração 4 (Ativo Fixo):

- NF-e 661201 – OFFICER DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE INFORMÁTICA S/A – MÊS 08/2012. Diferença de alíquota no valor de R\$210,26, não houve o recolhimento, podendo ser verificado no Registro de Entradas, pois não há o cálculo da diferença de alíquota;
- NF-e 48312 – CUMMINS VENDAS E SERVIÇOS DE MOTORES E GERADORES LTDA – MÊS 12/2012. Diferença de alíquota no valor de R\$8.030,00, não houve o recolhimento, podendo ser verificado no Registro de Entradas, pois não há o cálculo da diferença de alíquota. Total devido, no item 04, R\$8.240,26.

Em relação à infração 5 (Consumo):

- NF-e 431120 – LUPO S/A – MÊS 08/2012. Não era devido o recolhimento de diferença de alíquota, pois, como se observa do lançamento de nota fiscal no Registro de Entradas, se trata de mercadoria para revenda, sendo recolhida a antecipação parcial;
- NF-e 16885 – LF PLÁSTICOS LTDA – MÊS 10/2012. Aquisição de mercadoria bonificada e não para uso / consumo, inclusive com pagamento da antecipação parcial.

Com relação aos demais DANFE dos itens 4 e 5, o recorrente aduz que, conforme arquivos magnéticos anexos (Registro de Entradas, Apuração e comprovantes de pagamento), com destaque dos mencionados DANFE (na sequência das planilhas de fls. 54/61), a obrigação foi atendida, do que requer diligência, com base na documentação anexada, para a devida conferência.

Com referência a aquisição de “bens intangíveis” (licença de uso), alega que não se encontram sujeitos à obrigação, estando equivocada a interpretação da JJF. Destaca que tal fato corresponde à NF 1538, no valor de R\$45.780,00, que se reporta a “licença de uso de módulo auto serviço”, em relação à qual, o recorrente adquire o direito de utilização. Portanto, não se trata de aquisição de mercadoria, bem ou serviço (tributado pelo ICMS), mas sim e tão somente de uma licença para a utilização de programa, que inclusive não se destina especificamente para o autuado, pois o referido “módulo de auto serviço” é utilizado por qualquer contribuinte que adquira a licença, não podendo esta ser equiparada a uma mercadoria, bem ou serviço sujeito ao ICMS.

Por fim, reitera o pedido de diligência, com base na documentação ofertada, assim como requer o provimento do Recurso Voluntário, a fim de que seja aclarada a questão da decadência; que sejam os itens 2, 3 e 5 julgados improcedentes e o item 4 procedente em parte, no valor de R\$8.240,26.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo do débito exigido na infração 1 do lançamento de ofício, ao julgá-la nula, conforme previsto no art. 169, I, “a”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1^a instância, em relação às infrações 2 a 5 do Auto de Infração, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF.

Quanto ao Recurso de Ofício, verifica-se que a infração 1 foi julgada nula por não restar fundamentada a acusação fiscal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada, eis que só se caracteriza com o ingresso de recursos no caixa do estabelecimento autuado, sem restar inequivocamente identificada a sua origem, o que não ocorreu, mesmo depois da realização de três diligências para carrear aos autos elementos que consubstanciassem os fundamentos da acusação fiscal.

No caso presente, a JJF concluiu que a fiscalização busca fundamentar a ocorrência do suprimento de caixa através da emissão de cheques para pagamentos de despesas não comprovadas e, por se tratar de uma imputação que decorre de uma presunção legal, é imprescindível que o arcabouço que lastreia o fato imponível seja integralmente convergente com a presunção estatuída pela norma de regência, prevista no art. 4º, §4º, da Lei 7.014/96.

Assim, a Decisão recorrida concluiu pela “... inexistência de comprovação inequívoca de que ocorrerá suprimento de caixa de origem não comprovada, resultando nessa ambiguidade instalada em torno da acusação fiscal desse item”, julgando a infração 1 nula, por configurar falta de certeza e de segurança do cometimento da infração, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Registre-se, ainda, que a autuante, quando da sua informação fiscal à fl. 130 dos autos, sustenta que a presunção legal de omissão de saídas apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada se caracteriza pela existência de lançamentos à débito de caixa de valores relativos a cheques emitidos pelo próprio sujeito passivo, cuja compensação se deu em favor de pessoas estranhas aos pagamentos efetuados no mesmo dia e no mesmo valor, configurando-se omissão de receitas.

Assim, segundo a autuante, considerando que os cheques compensados, por não constituírem ingressos efetivo de recursos, somente podem ser registrados a débito da conta “Caixa” se esta conta, na mesma data, registrar as saídas a que se destinam os cheques emitidos (lançamentos a crédito dos valores referentes aos respectivos pagamentos), cuja conclusão diz ser corroborada pelo Acórdão CSRF/01-044.012, da Câmara Superior de Recursos Fiscais do Conselho de Contribuintes da Receita Federal.

Considerando que, em razão da diligência da 3^a JJF (fls. 147), o sujeito passivo apresenta relatório dos pagamentos relativos aos cheques emitidos, objeto da presunção legal, conforme documentos

às fls. 154 a 246 dos autos, como também que preposto fiscal estranho ao feito, em substituição a autuante que se encontrava de licença médica, às fls. 254 dos autos, aduz que:

“Ou seja, os cheques liquidados por compensação bancária, por não constituírem ingressos efetivos de recursos, somente podem ser registrados a débito da conta caixa se esta conta, na mesma data, registrar as saídas a que se destinarem os cheques emitidos. Não comprovando a empresa o registro desta saída, é legítima a recomposição do saldo da conta “Caixa”, com a exclusão dos valores indevidamente registrados como ingressos. A consequente apuração do saldo credor evidência a prática de omissão de receitas.”

Considerando, ainda, que foram anexados, às fls. 256 a 386 dos autos, relatórios cotejando os valores dos cheques emitidos com a memória dos respectivos pagamentos, assim como cópia do próprio “CAIXA GERAL”, às fls. 594 a 1.465 dos autos, no qual consta a débito o valor do cheque emitido e a crédito os correspondentes pagamentos efetuados (como admite a autuante como justificativa do lançamento), a exemplo do cheque nº 6490, ao se cotejar às fls. 21, 256 e 599 dos autos.

Considerando que o “CAIXA GERAL” oferece controle das disponibilidades financeiras, a exemplo de contas bancárias, o que possibilita cruzar os pagamentos bancários, eis que, utilizada como conta controladora, pagamentos em cheques deve-se registrar como débito a Caixa e crédito a Banco. Já os depósitos no banco: débito a Banco e crédito a Caixa. Daí, a partir do CAIXA GERAL se efetuar o registro na contrapartida de fato da operação de pagamento, a exemplo de débito: aquisição de bens, liquidação de passivos ou pagamento de despesas, assim como de crédito a Caixa.

Por fim, considerando que o levantamento fiscal, às fls. 21/41 dos autos, ter se fundamentado nos débitos no “Caixa Geral” - pela qual se registra todas movimentações dos recursos disponíveis da empresa que englobam os saldos em caixa, em bancos e os numerários em trânsito, vislumbro que tal fato, ou seja, os débitos dos valores relativos a cheques emitidos pelo próprio sujeito passivo, por si só, não sustenta a acusação de suprimento de caixa de origem não comprovada, razão de acompanhar a Decisão recorrida pela *nulidade* da exação, pela falta de certeza e de segurança do cometimento da infração, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, do que deixo de representar à autoridade competente para novo procedimento fiscal, nos termos previstos no art. 156 do RPAF, por se tratar de uma nulidade de natureza *material* e, em consequência já ter extinto o prazo para a Fazenda constituir o crédito tributário, nos termos do art. 173, II, do CTN, o que aclara a questão da decadência, objeto do Recurso Voluntário.

Assim, entendo correta a Decisão recorrida e não dou provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto às razões do Recurso Voluntário, em relação às infrações 2 e 3, relativas ao recolhimento a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas saídas das mercadorias e de desencontro entre o imposto recolhido e o escriturado no RAICMS, conforme demonstrativos às fls. 43 a 49 dos autos, o recorrente alega inexistir as diferenças apontadas, pois as operações listadas na infração 2 foram objeto de posterior emissão de notas fiscais para correção e os valores da infração 3 foram corretamente lançados e recolhidos no RAICMS, do que anexa provas documentais, às fls. 6.538 a 6.574 dos autos, e requer diligência à ASTEC.

No tocante à diligência, há de ressaltar que, nos termos do art. 147, I, “a” e “b”, do RPAF, deverá ser indeferido o pedido de diligência quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, como também for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.

As cópias das DMA e dos livros fiscais (físicos) trazidos aos autos pelo recorrente não são válidas para destituírem as acusações fiscais, relativas às infrações 2 e 3, as quais foram demonstradas analiticamente às fls. 43/49 dos autos e se reportam a erro na determinação da base de cálculo nas saídas das mercadorias e de desencontro entre o imposto recolhido e o escriturado no RAICMS, pois, tais provas recursais, às fls. 6.538 a 6.574 dos autos, além de serem sintéticas e não elidirem as acusações, a exemplo do erro na base de cálculo de R\$520,97 para R\$306,46 do produto

“FONDUE SANTA CLARA”, relativa à Nota Fiscal nº 8311 (fl. 45), são imprestáveis para contrapor a Escrita Fiscal Digital (EFD), obrigado no período (fl. 19), a qual se fundamentou os levantamentos fiscais, que, nos termos do art. 247, § 1º, do Decreto nº 13.780/12, se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Conv. ICMS 143/06) *e substitui a escrituração e impressão dos seguintes livros fiscais* convencionais.

Portanto, a EFD, fonte do levantamento fiscal, é a única escrita válida para a homologação pelo Fisco dos lançamentos efetuados pelo contribuinte. Por outro lado, o contribuinte não apensa aos autos qualquer documento fiscal que viesse a comprovar sua alegação de que as operações listadas na infração 2 foram corrigidas com a emissão posterior de notas fiscais.

Assim, o recorrente não logra êxito quanto às provas anexadas, mantendo-se a Decisão recorrida pela subsistência das infrações 2 e 3 do Auto de Infração.

Quanto às infrações 4 e 5, o recorrente alega que:

1. as diferenças de alíquotas, quando devidas, são recolhidas no LRAICMS, à débito do imposto, sob a rubrica “DIFERENÇA DE ALÍQUOTA IMOBILIZADO E USO CONSUMO”, correspondente às compras do determinado mês, cujos valores são recolhidos no DAE do ICMS regime normal – comércio, sob código 0759, o que não foi observado pela fiscalização;
2. relativo à infração 4, reconhece o valor de R\$8.240,26, inerente às NF-e: 661201 e 48312;
3. no tocante à infração 5 (DIFAL/Consumo), sustenta que as mercadorias, constantes nas NF-e 431120 e 16885, são para revendas, sendo inclusive recolhido antecipação parcial;
4. Quanto aos demais DANFE dos itens 4 e 5, o recorrente aduz que, conforme arquivos magnéticos anexos (Registro de Entradas, Apuração e comprovantes de pagamento), com destaques dos mencionados DANFE (na sequência das planilhas de fls. 54/61), a obrigação foi atendida, do que requer diligência, com base na documentação anexada, para a devida conferência.
5. Com referência a aquisição de “bens intangíveis” (licença de uso), alega que não se encontram sujeitos à obrigação, estando equivocada a interpretação da JJJ. Destaca que tal fato corresponde à NF 1538, no valor de R\$45.780,00, que se reporta a “licença de uso de módulo auto serviço”, em relação à qual, o recorrente adquire o direito de utilização. Portanto, não se trata de aquisição de mercadoria, bem ou serviço (tributado pelo ICMS), mas sim e tão somente de uma licença para a utilização de programa, que inclusive não se destina especificamente para o autuado, pois o referido “módulo de auto serviço” é utilizado por qualquer contribuinte que adquira a licença, não podendo esta ser equiparada a uma mercadoria, bem ou serviço sujeito ao ICMS.

Inicialmente, nos termos do art. 147, I, “a”, do RPAF, também indefiro o pedido de diligência, em relação às infrações 4 e 5, eis que considero suficientes os elementos contidos nos autos para a formação da convicção dos membros deste colegiado.

Da análise das razões recursais, *reitero* que as cópias dos livros fiscais, às fls. 6.586 a 6.675 dos autos, não são documentos válidos, pois não se tratam de EFD, mas, sim de escrita convencional, livros físicos, os quais foram substituídos pela Escrita Fiscal Digital, fonte utilizada pela autuante para produzir os levantamentos fiscais de fls. 51 a 64 dos autos.

Também há de registrar que, ao contrário do que alega o recorrente, os valores do ICMS DIFAL lançados no RAICMS pelo contribuinte foram considerados no levantamento fiscal, a título de material de consumo, como se pode comprovar às fls. 63 dos autos, cujas diferenças remanescentes foram objeto da exação 5, cuja análise já engloba o item “4”, supracitado, relativo aos demais DANFE dos itens 4 e 5.

Inerente à alegação, relativa à infração 5, de que o produto constante da NF-e 431120, de emissão da LUPO S/A, no mês de 08/2012, se trata de mercadoria para revenda, inclusive já recolhida a antecipação parcial (fl. 6.636), não coaduna com a descrição de “JAQUETA LUPO URUPEMA IMPORTADA”, no valor de R\$54,28, constante do levantamento fiscal, às fls. 57 dos autos, cujos dados foram colhidos na EFD, numa prova inequívoca de se tratar de material de uso/consumo, pois não há nexo com sua atividade comercial.

Já em relação à alegação de que a aquisição da mercadoria constante da NF-e 16885, emitida pela “LF PLÁSTICOS LTDA”, no mês de 10/2012, não são para uso/consumo, inclusive recolhida a antecipação parcial, vislumbro caber razão ao recorrente, pois se trata de sacolas, conforme consta do levantamento fiscal (fl. 56), compreendo assim como embalagem ou mercadoria, em cujas situações não cabem a exigência do ICMS-DIFAL sobre materiais de uso ou consumo, objeto da infração 5.

Com referência à alegação, relativa à infração 4, acerca da aquisição da “licença de uso de módulo auto serviço”, objeto da NF-e 1538, no valor de R\$45.780,00, emitida no mês de 07/2012, conforme relacionada no levantamento fiscal (fl. 61), em que o recorrente sustenta ser indevida a exigência do ICMS-DIFAL por não se tratar de aquisição de mercadoria, bem ou serviço tributado pelo ICMS, vislumbro que em tal operação não incide ICMS e, portanto, não há como exigir o ICMS-DIFAL dessa operação de R\$4.578,00, *o que implica na redução do mês de julho/12 ao valor de R\$416,15* e, em consequência, do total exigido de R\$15.001,31, remanesce a quantia de R\$10.423,31, do qual o recorrente já reconhece o valor de R\$8.240,26. Modificada a Decisão recorrida para concluir subsistente em parte a infração 4, no valor de R\$10.423,31.

Quanto à infração 5, apesar das considerações acima, *de ofício*, vislumbro a existência de equívocos no levantamento fiscal (fl. 63), os quais, após as devidas correções, resultam na improcedência da exação, conforme a seguir transrito:

1. Em janeiro/12 consta sob CFOP 2556, aquisições de “SP”, no valor de R\$760,28, cujo ICMS-DIFAL seria R\$76,03, sendo calculado o valor de R\$165,27 (a mais R\$89,24), o que ensejou o ICMS-DIFAL exigido no mês de R\$89,24. Portanto, neste mês não há exigência;
2. Em abril/12 consta sob CFOP 2556, aquisições de “GO”, no valor de R\$3.703,95, cujo ICMS-DIFAL seria R\$185,20, sendo calculado o valor de R\$579,12 (a mais R\$393,92). Também consta sob CFOP 2556, aquisições de “SP”, no valor de R\$918,73, cujo ICMS-DIFAL seria R\$91,87, sendo calculado o valor de R\$199,72 (mais R\$107,85), cujas diferenças a mais (R\$501,77) supera o ICMS-DIFAL exigido de R\$463,26. Portanto, neste mês não há exigência;
3. Em julho/12 consta sob CFOP 2556, aquisições de “GO”, no valor de R\$12.220,78, cujo ICMS-DIFAL seria R\$611,04, sendo calculado o valor de R\$1.881,28 (a mais R\$1.270,24). Também consta sob CFOP 2556, aquisições de “SP”, no valor de R\$918,74, cujo ICMS-DIFAL seria R\$91,87, sendo calculado o valor de R\$199,73 (mais R\$107,86), cujas diferenças a mais (R\$1.378,11) supera o ICMS-DIFAL exigido de R\$995,69. Portanto, neste mês não há exigência;
4. Em agosto/12 consta sob CFOP 2556, aquisições de “GO”, no valor de R\$8.795,94, cujo ICMS-DIFAL seria R\$439,80, sendo calculado o valor de R\$1.529,73 (a mais R\$1.089,93), o que supera o ICMS-DIFAL exigido no mês de R\$91,31. Portanto, neste mês não há exigência;
5. Em outubro/12 consta sob CFOP 2556, aquisições de “GO”, no valor de R\$9.874,25, cujo ICMS-DIFAL seria R\$493,71, sendo calculado o valor de R\$1.717,26 (a mais R\$1.223,55). Também consta sob CFOP 2556, aquisições de “SP”, no valor de R\$760,29, cujo ICMS-DIFAL seria R\$76,03, sendo calculado o valor de R\$165,28 (mais R\$89,25), cujas diferenças a mais (R\$1.312,80) supera o ICMS-DIFAL exigido no mês de R\$627,87. Portanto, neste mês não há exigência;
6. Em novembro/12 consta sob CFOP 2556, aquisições de “GO”, no valor de R\$8.251,70, cujo ICMS-DIFAL seria R\$412,58, sendo calculado o valor de R\$1.435,08 (a mais R\$1.022,50). Também consta sob CFOP 2556, aquisições de “SP”, no valor de R\$2.373,22, cujo ICMS-DIFAL seria R\$237,32, sendo calculado o valor de R\$289,18 (mais R\$51,86), cujas diferenças a mais (R\$1.074,36) supera o

ICMS-DIFAL exigido no mês de R\$1.074,33. Portanto, neste mês não há exigência;
Assim, diante destas comprovações, a infração 5 é insubstancial.

Diante de tais considerações, dou provimento parcial ao Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida pela subsistência das infrações 2 e 3 e modificar a Decisão recorrida para julgar subsistente em parte a infração 4, no valor de R\$10.423,31 (após redução do mês de julho/12 para R\$416,15) e improcedente a infração 5.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida, julgando o Auto de Infração procedente em parte no valor de R\$13.470,53.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 206905.0011/13-6, lavrado contra HORTI FRUTI LM LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$13.470,53, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a”, “b” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de junho de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS