

A. I. Nº - 120018.0001/18-1
AUTUADO - REBOFORT INDÚSTRIA DE ARGAMASSA EIRELI
AUTUANTE - AIDIL ISABEL DE SOUSA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0173-02/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. DIFERIMENTO. REFEIÇÕES. AQUISIÇÕES PARA CONSUMO PELOS FUNCIONÁRIOS. TERMO FINAL. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação tributária estadual vigente dispõe sobre o diferimento do lançamento nos fornecimentos de refeições para quaisquer estabelecimentos de contribuintes, destinadas ao consumo dos empregados, para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente. Comprovado o regular recolhimento integral dos valores devidos. Infração insubsistente. 2. PROGRAMA DESENVOLVE. FALTA DE PAGAMENTO NO PRAZO REGULAMENTAR DA PARCELA NÃO SUJEITA A DILAÇÃO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês. Comprovado que o autuado deixou de recolher tempestivamente o ICMS da parcela mensal não sujeita à dilação de prazo no período fiscalizado. Aplicação da regra prevista no artigo 18 do Decreto 8.205/02. Perda do direito ao benefício da parcela incentivada em cada mês indicado na autuação, ainda que o imposto tenha sido pago posteriormente. Correto o procedimento fiscal. Infração mantida. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAIS DE USO OU CONSUMO. Ajustes feitos em sede de informação fiscal, reduzem o valor lançado. Infração parcialmente subsistente. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. Restou comprovado ter sido o imposto devidamente recolhido em sua inteireza. Infração improcedente. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. A legislação autoriza a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, que no caso concreto, corresponde a 1% (um por cento) do valor comercial das mercadorias adquiridas, que entraram no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Não foi comprovado o registro das notas fiscais listadas na autuação. Infrações mantidas. Não acolhidas as arguições preliminares.

Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 29 de março de 2018 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$918.492,57, além de multa de 60% e multa por descumprimento de obrigação acessória, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **02.04.03**. Deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, no total de R\$1.653,23, correspondente aos meses de agosto, setembro e dezembro de 2013, fevereiro, abril, junho, agosto a outubro e dezembro de 2014, abril, junho, agosto e setembro de 2015, multa de 60%.

Infração 02. **03.08.03**. Recolheu a menor o ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do estado da Bahia – Desenvolve, no período de julho de 2015, janeiro, março a julho, setembro a dezembro de 2016, janeiro e fevereiro de 2017, no montante de R\$886.554,98, multa de 60%.

Infração 03. **06.02.01**. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas a consumo do estabelecimento, no valor de R\$11.723,89, multa de 60%, para ocorrências nos meses de janeiro a dezembro de 2013, janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2014, fevereiro a dezembro de 2015.

Infração 04. **07.02.02**. Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste estado, na monta de R\$2.126,67, multa de 60%, sendo as ocorrências verificadas em março, abril e outubro de 2013, janeiro e fevereiro de 2014.

Infração 05. **16.01.01**. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada uma, no total de R\$14.735,45, correspondente a fatos ocorridos nos meses de fevereiro, junho e novembro de 2013, outubro e novembro de 2014, janeiro, fevereiro, outubro e novembro de 2015.

Infração 06. **16.01.02**. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro, junho a setembro, novembro e dezembro de 2013, janeiro a julho, outubro a dezembro de 2014, janeiro a setembro, novembro e dezembro de 2015, totalizando R\$ 1.698,36 a título de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Tempestivamente, a autuada, por sua procuradora, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 58 a 69, onde alega, após breve síntese fática, a nulidade da autuação por preterição do direito de defesa, uma vez que pelas descrições das infrações não há condições de se ter certeza dos motivos pelos quais o Fisco encontrou os valores recolhidos a menor, o que cerceia, nitidamente, o seu direito de defesa, como provará.

Constata, após breve análise, não ter a preposta fiscal imputado quais foram os elementos levados em consideração no momento da formatação dos demonstrativos, nem informa a metodologia utilizada para chegar aos valores encontrados.

Após reproduzir o teor do artigo 39 do RPAF/99, aduz que para se defender corretamente, seria necessário ter em mãos planilhas detalhadas contendo as quantidades de entradas e saídas, por item de mercadorias auditadas, e dos estoques iniciais e finais, além da demonstração de preço unitário médio, em formato de papel ou disco de armazenamento, números de notas fiscais e quaisquer outros elementos capazes de delimitar o fato gerador praticado pelo contribuinte que ensejou a ação fiscalizatória.

Aponta como clara a total ausência de precisão dos fatos apontados pela autuante, o que provoca evidente cerceamento de defesa, haja vista que para se defender, precisa entender com clareza qual infração lhe foi imputada.

Vê, pois, como imperiosa a necessidade de declaração de nulidade do lançamento, tendo em vista a preterição de requisito essencial da peça acusatória, qual seja, a descrição clara e inequívoca da infração supostamente incorrida, e ausência de informações, impossibilitando o exercício de seu direito de defesa.

No mérito, na infração 01, esclarece estar a operação de fornecimento de refeições, quando destinada a consumo dos seus funcionários, incluída no regime de diferimento, de acordo com o artigo 343, inciso XVIII do RICMS/97, reproduzido.

Para pagamento do imposto diferido, diz dever ser considerado o regime de apuração da empresa remetente, que estando sob regime de apuração do imposto em razão da receita bruta, o débito deveria ser apurado na forma do artigo 504 do RICMS, no percentual de 4%, conforme previsão no seu inciso IV.

Analizando o “Resumo da Apuração”, nota ter apurado o valor a título de ICMS, calculando os valores retidos com a alíquota de 4%, chegando a diferença de R\$ 6,03, em relação ao valor que deveria recolher.

Explicita não ter ideia de como foi calculado o débito lançado, diante do fato de que os cálculos do diferimento terem sido feitos de acordo com o mandamento legal, motivo pelo qual tem como insubsistente a infração.

Para a infração 02, inicialmente informa ter aderido ao Programa Desenvolve, no ano de 2008, com fruição de benefício no prazo de doze anos, conforme Resolução 44/2008 e artigo 20 do Decreto 8.205/02, a se extinguir apenas em 2020, ainda tendo dois anos, aproximadamente, de participação no aludido Programa, estando os seus benefícios em pleno vigor.

Menciona que dentre tais benefícios está prevista a dilação de prazo de setenta e dois meses para pagamento de até 90% do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão de investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo.

Ao estudar a planilha e outros documentos pertinentes, observou que todos os valores não abarcados pela dilação do Desenvolve foram devidamente pagos, restando apenas os montantes passíveis de pagamento *a posteriori*.

Portanto, entende que o prazo mínimo para que recolhesse os valores relativos ao ICMS seria o ano de 2021, seis anos contados a partir da ocorrência do fato gerador, ou seja, todo o período abarcado pelo Auto de Infração está dentro do prazo concedido pelo Programa para se efetuar o pagamento, não havendo que se falar em inadimplência.

Lembra que o Programa prevê a liquidação antecipada da parcela do imposto cujo prazo tenha sido dilatado, com desconto de até 90%, ou seja, em hipótese alguma o valor a ser pago alcançaria o montante de R\$886.554,98, em razão do grande desconto que lhe seria concedido.

Rememora estabelecer o Programa, como hipótese de perda do benefício, a ausência de recolhimento do ICMS, por três meses consecutivos, ou seis meses alternados, ou, ainda, a ocorrência de dolo, ou má fé na prestação de informações sobre o projeto ou sobre a empresa.

Pontua não se observar, no caso, nenhuma destas hipóteses, estando o benefício operando de forma normal, devendo a infração ser declarada nula, pelo seu não cometimento, além da generalidade da redação do Auto de Infração, que não especifica quais seriam as parcelas em atraso, dificultando, inclusive, o seu direito de defesa, consoante já exposto.

Quanto à infração 03, reconhece como devida a importância de R\$113,53, oriunda da diferença de valores de produtos para uso e consumo e pagos a menor, com valores de bens imobilizados e valores pagos a maior, inexistindo a possibilidade de dever o montante de R\$ 11.723,89, como demonstrará.

Alega que dos cento e sete produtos registrados na tabela, quarenta e oito se enquadram como se “uso e consumo”, produtos que não se agregam fisicamente ao produto final, pois utilizados nas atividades de apoio comercial, administrativo e operacional.

Ressalta que o artigo 33, inciso I, da Lei Complementar 87/96 possibilita o uso do crédito do ICMS relativo às mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2011, como no caso em comento, motivo pelo qual, somando-se este crédito com o montante pago a maior, se alcança a quantia de R\$113,53 tida como devida, a ser adimplida, não havendo que se falar em aplicação de sanção.

3 Em relação à infração 04, argumenta que após apuração, constatou que os valores foram informados na DMA de forma equivocada, já tendo sido alterados, conforme se observa no livro de Apuração que garante seguir apenso.

Frisa estar evidenciado ter incorrido em equívoco no momento de engendrar o pagamento, em erro de fato, passível de regularização a qualquer momento, independente da ocorrência de fiscalização, trazendo escólio de Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho, em seu auxílio.

Assevera que pelos documentos trazidos, recolheu aos cofres públicos a totalidade do débito de ICMS apontados na presente infração, dentro do prazo regulamentar, entretanto, dado a um erro no preenchimento da DMA, a fiscalização deveria, ao revés da autuação, ter considerado os valores pagos, ou, na pior das hipóteses, orientado acerca do correto procedimento para regularização da situação, e não compelindo a mesma a novo pagamento de valor já recolhido.

Por tais motivos, requer a anulação da infração.

Na infração 05, observa que na forma dos documentos que garante anexar, a grande maioria das notas fiscais geradas dizem respeito a produtos de amostra grátis, destinados ao seu uso e consumo, ou situações em que houve devolução dos produtos.

Após transcrever o artigo 6º do Decreto 24.569/97, argumenta que a tabela que traz demonstra valores irrisórios cobrados nas notas fiscais referentes a produtos de amostra grátis, além da diminuta quantidade de produtos, restando presentes as principais características do material tido como amostra grátis.

Reitera não haver cobrança de ICMS dos supracitados produtos, haja vista gozarem de isenção, de acordo com o disposto no “artigo 3º do Anexo I do RICMS”.

Quanto aos produtos tidos como de uso e consumo, fala não se agregarem fisicamente ao produto final, sendo meramente utilizados nas atividades de apoio administrativo, comercial e operacional, prevendo o artigo 33, inciso I, da Lei Complementar 87/96 o uso do crédito do ICMS relativo às mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2011, como no caso em comento.

Em relação às devoluções de produtos, ou ausência de saída dos mesmos, argumenta não ter havido fato gerador do imposto, pois a circulação da mercadoria a qual incide o tributo deve ser jurídica, isto é, deve haver mudança de domínio, de propriedade, e econômica, devendo gerar lucro, e quando a mercadoria é devolvida, e as partes voltam ao *status quo ante*, evidente não ter ocorrido circulação da mercadoria, e, consequentemente, incidência de ICMS.

Menciona o fato de existir nota fiscal cujos produtos não lhe foram entregues (nota fiscal 79.025), e nota fiscal cancelada, cujo cancelamento não foi informado à SEFAZ (nota fiscal 48.129).

Tece considerações acerca da nota fiscal 802, pelo fato de, em 07/01/2015, ter sido emitida a nota fiscal de saída em transferência de número 792, com valor equivocado de R\$1.336.000,00, e sendo tal equívoco percebido, em 15/01/2015 foi emitida a nota fiscal 802 de entrada (devolução), anulando esta operação de saída de cobrança do ICMS não ocorrida.

Considera comprovada que a rasa alegação de cometimento de infração por sua parte, não merece prosperar, pois agiu dentro da legalidade e respaldada em benefícios garantidos em lei.

Quanto à infração 06, firma ser a situação semelhante à descrita anteriormente, ou seja, a maioria dos produtos foram devolvidos ou caracterizados como “amostra grátis” e “uso e consumo”, não havendo incidência do ICMS.

Salienta, quanto aos registros, que os mesmos se encontram devidamente feitos, com as notas fiscais discriminando o tipo de produto e o serviço e a incidência ou não de tributação, e além disso, todas as operações registradas estão acompanhadas do seu correto CFOP, de modo que não há que se falar em ausência de registro.

Conclui, reiterando o pleito de nulidade, e caso este não seja aceito, a improcedência do lançamento.

Em 29/06/2018 a autuada atravessou requerimento (fls. 135 e 136), no qual requer a juntada de diversos documentos (fls. 139 a 274), ratificando os termos já apresentados anteriormente.

Informação fiscal prestada pela autuante às fls. 277 a 280, indica, após resumir os termos da autuação e defesa apresentadas, que em relação à infração 01, efetuou levantamento mensal de todas as notas relativas a fornecimento de refeições de acordo com o escriturado no arquivo digital, constatando ter a empresa autuada recolhido o imposto considerando uma nota fiscal no mês de apuração, e outra no mês subsequente, razão das diferenças apontadas.

Registra não ter havido prejuízo para o Erário, acatando as alegações defensivas apresentadas.

Na infração 02, aponta que a ação fiscal se fundamentou no Regulamento do Programa Desenvolve, aprovado pelo Decreto 8.205/02, artigo 18, *caput*, que de forma taxativa dispõe que a empresa habilitada que não recolher, na data regulamentar, a parcela de ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.

Ressalta não haver que se falar em perda do benefício, uma vez que o requisito para a fruição do mesmo é o pagamento na data regulamentar, das parcelas não sujeitas à dilação de prazo, o que significa dizer, que se o tributo não é pago, ou é pago fora do prazo, o requisito não é atendido, motivo pelo qual nos períodos em que a empresa recolheu intempestivamente o imposto, a parcela incentivada deixa de existir.

Frente ao argumento defensivo da generalidade da redação da infração, aponta o demonstrativo de fl. 14, no qual apresenta tabela onde discrimina os saldos devedores, as parcelas incentivadas e o imposto devido, de acordo com o mês e ano da ocorrência, sendo que na coluna pagamentos discriminou os valores pagos e as respectivas datas, sendo tais dados suficientes para o entendimento desta autuação, o que faz com que não aceite os argumentos defensivos postos.

Quanto à infração 03, rebate a afirmação defensiva de possuir direito ao crédito de produtos adquiridos para uso e consumo, diante das alterações promovidas na Lei Complementar 87/96, artigo 33, inciso I, através das Leis Complementares 138/2010 e 171/2019, cujo teor copia.

Aponta ter excluído a nota fiscal 8.341 do mês de abril de 2013, por se tratar de assinatura de publicação, tendo abatido os pagamentos efetuados, conforme discriminados no Registro de Apuração do ICMS, cabendo, quanto aos pagamentos a maior, pedido de restituição do mesmo pela empresa.

Observa, na infração 04, ter acatado as alegações da autuada.

Finalmente, para as infrações 05 e 06 aponta que a empresa está obrigada a registrar todas as movimentações econômico-financeiras, tributadas ou não, que ocorram no âmbito de suas obrigações, providenciando a emissão dos documentos fiscais de acordo com as operações realizadas.

Lembra estabelecer o RICMS que devem ser escriturados no livro Registro de Entradas: as entradas a qualquer título de mercadorias ou bens no estabelecimento; as aquisições de mercadorias ou bens que não transitem no estabelecimento e os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação tomados pelo contribuinte.

Fala que o assentamento no livro próprio garante a legalidade do transporte da mercadoria em situações como: compras, devolução de uma venda, devolução de um produto enviado para evento ou exposição e que retorna à empresa de origem, entrada de mercadoria importada diretamente do exterior e arrematação de bens em leilão, ainda que isenta ou não tributada.

Quanto a afirmação defensiva de que mercadorias não foram entregues, entende caber a produção da prova e manifestação de desconhecimento da operação, e as reputa como válidas no Portal da NF-e, motivo pelo qual mantém a autuação.

Cientificado do teor da informação fiscal, por meio de Aviso de Recebimento dos Correios (fls. 285 e 286), a autuada se manifesta (fls. 289 a 293), no sentido de que ao observar o novo demonstrativo de débito verificou ter a autuante cometido diversos equívocos no mesmo, como nomear a infração 02 como 01, e a infração 03 como 02, além de ter modificado a alíquota aplicada para 17%.

Aponta ter a mesma transformado uma atualização de débito inicial em nova autuação, requerendo seja desconsiderada a tabela de novo demonstrativo de débito apresentada, haja vista não corresponder aos termos do Auto de Infração.

Para a infração 02, aduz ter a autuante olvidado de considerar que as parcelas cobradas no Auto de Infração estão dentro do prazo regulamentar para pagamento, afinal, conforme Resolução 44/2008, possui direito a diferimento do lançamento e pagamento do ICMS de setenta e dois meses, para poder quitar suas pendências tributárias.

Deste modo, vê que todos os períodos abordados no Auto de Infração em sua infração 02 (2015, 2016 e 2017), ainda estão dentro do prazo de diferimento.

Raciocina no sentido de que se ainda há tempo para efetuar a quitação dos mesmos, incongruente se torna a cobrança, diante do fato de somente se poder cobrar o que venceu o prazo para pagamento sem que o mesmo tivesse sido feito voluntariamente, o que não é o caso em comento, vez a empresa poder honrar tais débitos, até, no mínimo, 2021.

Destaca a previsão do Programa Desenvolve, no “artigo 3º do aludido Decreto” de dilação de prazo de até setenta e dois meses para o pagamento de até 90% do saldo devedor mensal do ICMS relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo.

Reafirma que todos os valores não abarcados pela dilação de prazo do Desenvolve foram devidamente pagos, restando apenas os montantes passíveis de pagamento *a posteriori*, e que todo o período abarcado pelo Auto de Infração está dentro do prazo concedido pelo Programa para se efetuar os pagamentos, portanto, não há que se falar em inadimplência, tampouco em manutenção da infração 02.

Quanto à infração 03, aduz não merecer prosperar o saldo remanescente de R\$818,72, mas sim, R\$113,53, haja vista que a autuante desconsiderou alguns elementos trazidos quando da defesa.

Registra o acerto quanto a desconsideração da nota fiscal 8.341, de abril de 2013, porém o mesmo entendimento deveria ser aplicado à nota fiscal 614.655, pois a mesma também foi lançada com a CFOP incorreta, conforme demonstrado por documentos juntados.

Observa não ter a autuante se manifestado sobre a auditoria de DIFAL exemplificada na planilha trazida anteriormente, que comprova ser o valor devido R\$113,53, oriundo da diferença de valores de produtos para uso e consumo e pagos a menor, com valores de bens imobilizados e valores pagos a maior, devendo a autuação ser revista e as suas alegações aceitas em sua totalidade, pois condizem com a realidade.

Nas infrações 05 e 06, reitera não haver que se falar em ausência de registro das entradas e demais movimentações contábeis, pois o mesmo se encontra devidamente feito, com as notas fiscais discriminando o tipo de produto e serviço e a incidência ou não de tributação, bem como todas as operações registradas estão acompanhadas do correto CFOP.

Aduz que a grande maioria das notas fiscais geradas dizem respeito a produtos de amostra grátis, produtos destinados ao uso e consumo, ou situações em que houve a devolução de produtos, conforme documentos que alega ter apresentado.

Aponta omissão da autuante quanto à nota fiscal cujos produtos não lhe foram entregues (79.025), e nota fiscal cancelada, porém tal cancelamento não foi transmitido para a SEFAZ, tampouco quanto a nota fiscal 802, o que faz com que o entendimento da autuante esteja equivocado.

Pede a decretação da total improcedência da autuação, requerendo que as publicações ou intimações sejam feitas para as pessoas e endereços indicados.

Nova intervenção da autuante indica estar anexando novo demonstrativo de débito com a devida correção das infrações em seus números, e alíquota de imposto aplicada, observando que os valores dos créditos não sofreram alteração em função do ocorrido, não se constituindo em nova autuação.

No tocante às infrações 02, 05 e 06, diz não haver nada a acrescentar, além do que já foi apresentado anteriormente, pois nenhum fato novo foi trazido ao feito.

Conclui pela procedência parcial do lançamento, no valor de R\$3903.807,50.

Cientificada por meio de Aviso de Recebimento dos Correios acerca da nova manifestação da autuante (fls. 306 e 307), a empresa não se manifestou.

VOTO

O presente lançamento, constitui-se em seis infrações arroladas pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal, através da lavratura do Termo de Intimação em 30/01/2018 (fl. 12).

A memória de cálculo da autuação se encontra às fls. 13 a 31, tendo sido devidamente entregue ao sujeito passivo ao final da ação fiscal, através do recibo firmado à fl. 31.

A autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticada pelo contribuinte, e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

A empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou o aspecto das infrações que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam as mesmas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Em relação às questões preliminares a serem analisadas, esclareço que os argumentos da defesa de que *“não ter em mãos planilhas detalhadas contendo as quantidades de entradas e saídas, por item de mercadorias auditadas, e dos estoques iniciais e finais, além da demonstração de preço unitário médio, em formato de papel ou disco de armazenamento, números de notas fiscais e quaisquer outros elementos capazes de delimitar o fato gerador praticado pelo contribuinte que ensejou a ação fiscalizatória”* são totalmente estranhos aos relatados na autuação, vez se referirem a aplicação de Levantamento Quantitativo Por Espécie de Mercadorias em Exercício Fechado, que, como visto, não faz parte de nenhuma das infrações arroladas, não podendo ser considerado, portanto.

Quanto a alegada preterição do direito de defesa, em verdade não existiu. As infrações estão claramente descritas, os demonstrativos, de igual modo, claros e suficientes para a perfeita e completa compreensão dos fatos, sem quaisquer lacunas ou omissões, com os documentos respectivos listados em cada um daqueles elaborados, inclusive com as respectivas chaves de

acesso de cada nota fiscal, como se observa, por exemplo, nas fls. 15 a 17, possibilitando, como já firmado em momento anterior, o pleno exercício do contencioso e do direito de defesa, sendo o argumento apresentado destituído de qualquer fundamento, quer fático, quer de direito, razão do seu não acolhimento.

De igual modo, a autuante, quando produziu informação fiscal, elaborando novos demonstrativos, não fez nova fiscalização, e sim, apenas ajustou o lançamento aos elementos e documentos trazidos em sede de defesa pelo contribuinte, reduzindo o valor do lançamento em seu favor, não podendo tal arguição ser, pois, provida.

Esclareço, diante das colocações e menções feitas pela defesa na infração 01, especialmente, que à época dos fatos geradores, não mais vigorava o RICMS/97, substituído a partir de 01/04/2012 por novo Regulamento, aprovado pelo Decreto 13.780/12.

No mérito, para a infração 01, que trata de falta de recolhimento do imposto diferido por fornecimento de refeições aos empregados, a tese do autuado é de que houve equívoco da autuante ao desconsiderar para o cálculo do imposto devido, o fato de não ter considerado o fato de o fornecedor das refeições apurar o imposto pelo regime da receita bruta, o que importaria em alíquota de 4% do imposto.

Em verdade, a se observar pelo próprio lançamento, na fl. 01, a alíquota aplicada corretamente foi a de 4%. Entretanto, à vista da documentação acostada pelo contribuinte, onde se comprovou a quitação total dos valores lançados, inexistente débito, diante dos valores devidos terem sido pagos em dois momentos diversos, um dentro do mês, e outro no mês seguinte, fato reconhecido pela própria autuante, devendo a infração ser tida como improcedente.

Na infração 02, a questão se prende ao fato de, frente a inadimplência de parcelas do ICMS não sujeitas à dilação de prazo, ter sido exigido o imposto da parcela dilatada correspondente naquele mês. Se é certo que o benefício do Programa Desenvolve quanto ao diferimento do recolhimento de parcela do imposto apurado e devido, também o é que a empresa beneficiária deve atender ao disposto não somente na Resolução concessiva de tal benefício, em suas especificidades, como, de igual modo, ao quanto determinado na legislação.

No presente caso, para a resolução da matéria, deve ser observada a redação contida no artigo 18 do Decreto 8.205/2002, (Regulamento do Programa Desenvolve):

“Art. 18. A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês”.

De tal regramento, se infere facilmente que, caso o contribuinte não recolha no prazo regulamentar a parcela mensal não incentivada, perderá o benefício fiscal naquele mês, ainda que vigente o prazo decorrido para a fruição do benefício, o que invalida o argumento defensivo.

Dos documentos trazidos aos autos, bem como dos relatórios de arrecadação da SEFAZ, a impontualidade de recolhimento da parcela não incentivada se encontra devidamente caracterizada, e ainda, como aduz a autuada, não mais existam tais débitos relativos a tais parcelas não incentivadas, pois feito o recolhimento, ainda que intempestivo, há de se aplicar a legislação, consoante acima reproduzido.

Esta não se trata de matéria nova neste órgão, sendo a jurisprudência mansa e pacífica no entendimento de que atraso no recolhimento da parcela não incentivada, implica, não em perda do benefício como um todo, como entende a empresa, mas apenas em relação ao mês ou meses em que a impontualidade de recolhimento ocorreu, caso dos autos, com vencimento antecipado e sem qualquer desconto da parcela incentivada.

A empresa autuada não traz aos fólios qualquer elemento de prova que possa vir a elidir a acusação ou até mesmo reduzir o seu valor, sendo que apenas, de forma breve, reconhece como realmente recolhido fora do prazo regulamentar os valores devidos referente às parcelas não incentivadas, não havendo na legislação nenhum outro atenuante que não o determinado no

artigo 18, acima referenciado, alterado pelo Decreto nº 18.406/2018, posterior ao período da autuação, que concedeu o prazo de recolhimento sem a suspensão do benefício, até o final do mês de vencimento.

Assim, da planilha elaborada pela autuante, e inserida à fl. 14 dos autos, verifico, por exemplo, que no mês de março de 2016, tendo apurado imposto devido de R\$105.041,64, sendo dilatado (parcela incentivada) R\$82.253,87, e não dilatado R\$22.787,77, este último valor somente foi recolhido em 10/06/2016, ou seja, mais de dois meses após vencida.

O mesmo ocorreu para o mês de outubro de 2016, onde foi apurado o total de imposto de R\$106.962,16, sendo R\$77.993,51 o valor da parcela dilatada, e R\$28.968,65 o valor da parcela a ser recolhida de forma imediata, a qual, apesar de vencida em 09/11/2016 somente foi recolhida em 12/04/2017.

A suportar o entendimento ora esposado, posso, por exemplo, mencionar o teor de diversas decisões das Câmaras deste Conselho, a exemplo dos Acórdãos CJF 0251-11/15, CJF 0312-11/15, CJF 0327-11/18, CJF 0182-12/16 e CJF 0424-13/13 neste sentido.

De igual modo, reproduzo trechos de Parecer inserido nos fólios do Auto de Infração 295309.0091/12-3, da lavra do ilustre Procurador do Estado Dr. José Augusto Martins Júnior, ao qual me alinho integralmente em seu entendimento, reproduzindo os seguintes trechos:

“Ou seja, até o ano de 2008, possibilitava-se com amparo no Decreto Regulamentar do Desenvolve, uma espécie de purgação de mora, com efeitos semelhantes a um arrependimento eficaz ou denúncia espontânea, em que não se operaria a perda do benefício, após um período intermediário de suspensão da benesse.

Após o Decreto nº 11.167/08, efeitos a partir de 09/08/08, esta situação deixou de existir, sendo de consumação automática a infração e, de forma concomitante, o efeito da perda do benefício, benesse esta de índole condicionada.

Aliás, tem absoluta lógica a mudança da legislação, pois a possibilidade de purgação de mora outrora existente esvaziava completamente a eficácia do cumprimento dos requisitos para gozo do benefício.

Ademais, calha apontar, o benefício do desenvolve, por ser um incentivo de índole tributária/financeiro, não se amolda a ideia da denúncia espontânea, pois o pagamento na mesma, seria do imposto devido, que compreenderia o pagamento do 100% do imposto, ou seja, do imposto normal e postergado, pois o tributo dilatado e normal, fazem parte do termo ‘imposto devido’

Neste passo, o pagamento do imposto devido, a meu sentir, deveria ser não somente do imposto normal, mais do imposto total, sem a dilatação, por se tratar a postergação dum simples incentivo financeiro. (...)

Desta forma, mesmo que o sujeito passivo tenha recolhido o imposto da parcela não incentivada antes da ação fiscal, porém após a data regularmente prevista para o seu pagamento, a legislação determina a aplicação da sanção para a não fruição do benefício da dilação do prazo de pagamento da parcela incentivada no respectivo mês...”

Logo, a infração há de ser mantida, tal como originalmente lançada.

De relação à infração 03, a defesa aponta ser devido saldo diverso do indicado na autuação, pelo fato de ter direito ao crédito relativo às aquisições de materiais para uso e consumo, consoante determinação contida na Lei Complementar 87/96, artigo 33, além de ter recolhido a maior a parcela de imposto devido, enquanto a autuante não acolhe tal argumento, tendo excluído uma nota fiscal referente a assinatura de periódico, e ter considerado os recolhimentos efetuados de forma comprovada, reduzindo o valor da infração.

Com efeito, quanto ao argumento de direito ao uso do crédito, diante de disposição da Lei Complementar 87/96, incorre a autuada em equívoco, ao desconhecer que, embora previsto no

corpo daquele diploma legal, o direito ao uso do crédito advindo de aquisições de bens para uso e consumo se encontra suspenso até 1º de janeiro de 2033, por força de determinação contida na Lei Complementar 171/2019, motivo para o não acolhimento do mesmo.

Na hipótese de ter a empresa autuada recolhido imposto a maior, cabe, em procedimento apartado, dirigido ao órgão de sua jurisdição fiscal, solicitá-lo, atentando para o prazo decadencial.

Já a exclusão da nota fiscal realizada pela autuante possui a devida pertinência, bem como os ajustes em função da comprovação de recolhimento de parte do imposto devido, motivo pelo qual acolho o demonstrativo para a infração constante à fl. 297, sendo a infração reduzida para R\$818,72.

A infração 04 versa sobre falta de recolhimento do imposto devido a título de substituição tributária, e conforme explicita a defesa, de erro na informação contida na DMA, trazendo os documentos de arrecadação que comprovariam a insubsistência da acusação fiscal, com o que concorda a autuante.

Analizando os documentos coligidos aos autos, especialmente aqueles relacionados a comprovação de recolhimento de fls. 263 a 265, se comprova caber razão à autuada, estando presentes os elementos necessários para a comprovação da insubsistência da autuação. Infração improcedente.

Quanto às infrações 05 e 06, observo ser obrigação acessória da empresa, sendo o seu cumprimento de extrema importância, ao registrar em sua escrituração fiscal, todas as entradas de mercadorias, bens ou serviços, ocorridas no seu estabelecimento.

Contrariamente ao entendimento da defesa, esclareço que não se está cobrando imposto, mas apenas e tão somente multa por descumprimento de obrigação acessória, pouco importando a situação tributária da operação ou da mercadoria contida em cada nota fiscal.

Tal falta dos registros das notas fiscais de entradas no livro fiscal respectivo, regulado no artigo 217 do RICMS/12, ou no registro C100 da EFD, conforme previsto no artigo 247 do RICMS/12 autoriza, como já explicitado, a aplicação da penalidade por descumprimento de obrigação acessória estatuída no artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, como ocorrido no presente caso, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias adquiridas, que entraram no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, como descrito na autuação.

Constato que a lei não excepciona qualquer operação, pois a falta da escrituração regular dos documentos fiscais dificulta a fiscalização e a aplicação de diversos roteiros de auditoria, dentre outras implicações, sendo procedimento inaceitável para contribuintes, e irrelevante para a sua caracterização, o fato de as saídas de mercadorias serem ou não submetidas à incidência do ICMS, ou serem materiais de uso e consumo, ou para incorporação no ativo imobilizado.

Por tal motivo, contrariamente ao entendimento da autuada, existe, sim, prejuízo para o Fisco, o que autoriza a imposição da sanção tributária.

Quanto aos documentos fiscais elencados pela defesa, a matéria necessitaria da imprescindível prova, o que não veio aos autos, além do que, em se tratando de documentos fiscais emitidos de forma eletrônica, o cancelamento deve também ser realizado da mesma forma, em sistema próprio, tal como a emissão do documento fiscal, e, em não ocorrendo, a situação do mesmo, como verificado, continua na condição de “autorizado”, motivo para a desconsideração do argumento defensivo posto.

Ressalto que para caracterização da infração, não há de ser considerada a natureza da operação “amostra grátis” ou “bens de uso e consumo”, e sim, o fato de notas fiscais relativas a tais operações não estarem escrituradas na EFD do contribuinte, não tendo vindo aos autos prova de tal escrituração.

Diante do fato de não terem sido apresentados elementos consistentes capazes de alterar o lançamento efetuado, tenho tais infrações como caracterizadas, sendo, pois, ambas tidas como procedentes.

Assim, lastreado em tais argumentos, voto no sentido de ser o lançamento parcialmente procedente no valor de R\$903.807,50, de acordo com o seguinte demonstrativo sintético:

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 **120018.0001/18-1** lavrado contra **REBOFORT INDÚSTRIA DE ARGAMASSA EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$887.373,70**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, incisos II, alíneas “f” e “e” da Lei nº 7.014/96, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$16.433,82**, prevista no art. 42, IX e XI do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de setembro de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR