

PROCESSO - A. I. Nº 140780.0005/17-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS DOCE PREÇO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0012-05/20
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ SANTO ANTONIO DE JESUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/04/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0025-12/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DOCUMENTO FISCAL. Restou comprovado tratar-se de operação com destaque do imposto por contribuinte optante do Simples Nacional, cujo crédito fiscal é regular. Não comprovadas as alegações quanto à apropriação de créditos em valor superior ao destacado no documento fiscal. Infração procedente em parte. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Comprovado que as operações subsequentes foram tributadas pelo regime normal do imposto, mantém-se afastada a exigência do ICMS-ST. Conversão do lançamento para multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, c/c o disposto no § 1º, do mesmo artigo da Lei nº 7.014/96. Mantida a rejeição de compensação de débito por falta de previsão legal. Infração procedente em parte. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Mantida a multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Livros fiscais juntados ao processo comprovam o lançamento de parte das notas fiscais. Infrações 4 e 5 procedentes em parte. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF) em face do Acórdão em epígrafe, de sua própria lavra, que concluíra pela Parcial Procedência do Auto de Infração. Cumpre desde logo, para fixar o tema a ser debatido, transcrever a tabela presente na parte final do voto condutor do acórdão, que dá conta do resultado do julgamento em relação a cada Infração:

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, conforme demonstrativo resumo abaixo.

Infração	Valor Autuado	Julgado/Imposto	Julgado/Multa	Situação
1	1.940,57	1.770,36		Procedente em parte
2	19.789,13	19.789,13		Procedente
3	70.600,14	0,00	42.360,10	Procedente em parte
4	58.134,80	0,00	1.945,13	Procedente em parte
5	59.149,18	0,00	9.183,56	Procedente em parte
Total	209.613,82	21.559,49	53.488,79	

O Autuado, ora Recorrido, se viu com isso desonerado, ao tempo da prolação da decisão, do

montante de R\$258.628,52 (fl. 1.114).

O Auto de Infração, lavrado em 19/09/2017 e notificado ao sujeito passivo em 22/09/2017 (fl. 05) para exigir crédito tributário no valor de R\$209.613,82 distribuídos em lançamentos de ICMS e multas, aqueles agravados por multas percentuais de 60% do valor lançado, e mais acréscimos legais, contém a narrativa de cinco infrações.

Mesmo considerando que uma delas foi mantida, e que o Recurso Voluntário interposto pelo Sujeito Passivo foi havido por intempestivo (fls. 1.118 a 1.126) e não se encontra nos autos do PAF, convém transcrever o enunciado das cinco “infrações” (constatadas em períodos de apuração dos exercícios de 2012 a 2014):

INFRAÇÃO 01 – 01.02.40: *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is) [...] Enquadramento Legal: Artigos 29 e 31 da Lei 7.014/96 C/C art. 309, § 6º do RICMS, publicado pelo Decreto 13.780/2012. Multa Aplicada: Art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.*

INFRAÇÃO 02 – 03.01.01: *Recolheu a menor o ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto [...] Enquadramento Legal: Artigos 24 a 26 da Lei 7.014/96 C/C art. 305 do RICMS, publicado pelo Decreto 13.780/2012. Multa Aplicada: Art. 42, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96.*

INFRAÇÃO 03 – 07.01.01: *Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou exterior [...] Enquadramento Legal: Artigos 371, artigo 125, inciso II, alínea “b”, combinado com o artigo 61 do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97. Multa Aplicada: Art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96.*

INFRAÇÃO 04 – 16.01.01: *Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal [...] Enquadramento Legal: Artigos 217 e 247 do RICMS-BA, publicado pelo Decreto 13.780/2012. Multa Aplicada: Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96 - Multa reduzida retroativamente em obediência à Lei 13.461/2015 C/C a Alínea “c” do Inciso II, Art. 106 da Lei 5.172/66 (CTN).*

INFRAÇÃO 05 – 16.01.01: *Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(s) sem o devido registro na escrita fiscal [...] Enquadramento Legal: Artigos 217 e 247 do RICMS-BA, publicado pelo Decreto 13.780/2012. Multa Aplicada: Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.*

A 5ª JF acolheu em parte as alegações do sujeito passivo, consoante fundamentação a seguir transcrita:

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo estabelecimento autuado, sob alegação de incerteza da ocorrência de infrações (fl. 1062). O auto de infração faz-se acompanhar de demonstrativos que dão suporte às infrações, com descrição e indicação dos dispositivos infringidos e multa tipificada, o que possibilitou o exercício do contraditório. As questões suscitadas serão apreciadas no mérito.

Fica indeferido o pedido para realização de diligência fiscal, consoante o art. 147, inciso I, “a” do RPAF/BA, em razão dos elementos contidos nos autos, serem suficientes para a formação da convicção do julgador.

No mérito, a infração 1 acusa utilização indevida de crédito superior ao destacado em documento fiscal, sendo que o autuado alegou não ter sido considerado o crédito fiscal presumido relativo à aquisição de mercadorias de contribuintes industriais, optantes do Simples Nacional, o que foi reconhecido pelo autuante na primeira informação fiscal.

Pelo exposto, fica afastado o valor de R\$170,21, relativo à Nota Fiscal nº 7357, em conformidade com o disposto no art. 269, X, “a” do RICMS/BA.

Com relação ao argumento de que não foram considerados os demais documentos submetidos ao crivo do autor, observo que só foi juntado com a defesa, em relação a esta infração, a referida nota fiscal à fl. 458. Por sua vez, o autuante juntou cópia espelho das NF-e, a exemplo do nº 87767 (fl. 882, que indica no verso), valor do ICMS de R\$214,73, e foi creditado R\$224,95, o que implicou em crédito indevido de R\$10,22 (fl. 14). Por isso, considero que não foram apresentadas provas com relação a esta alegação.

Infração 1 procedente em parte com redução do débito de R\$1.940,57, para R\$1.770,36, conforme demonstrativo de fl. 880.

A infração 2 exige ICMS em razão do desencontro entre o valor recolhido e o escriturado.

Na defesa apresentada, o sujeito passivo não contestou os valores exigidos contidos no demonstrativo de fls. 19 a 21, com valor de R\$1.867,94. Fica mantida a exigência fiscal.

No tocante ao demonstrativo de fls. 24 a 29, com valor de R\$17.921,19, o defendente alega que se trata de notas fiscais emitidas em substituição ao cupom fiscal, com indicação do CFOP 5929, e que o imposto foi recolhido com base no que foi destacado no cupom fiscal.

O autuante contestou que o valor a ser lançado no livro RSM deveria ser o da NF-e, e não o do cupom fiscal, e que não foi lançado o ICMS destacado na nota fiscal, nem comprovado o pagamento relativo ao cupom fiscal, pois não há indicação dos números de cupons escriturados.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que:

- a. O demonstrativo inicial relaciona a nota fiscal, valor do ICMS destacado e não escriturado na EFD. Tomando por exemplo a Nota Fiscal nº 238, de 03/01/13 (fl. 603), foi destacado ICMS de R\$0,59, que não foi escriturado no EFD (fl. 25);*
- b. Na manifestação acerca da informação fiscal, o defendente juntou cópia de NF-e e cupom fiscal, para tentar provar que a operação foi tributada. Tomando por exemplo a NF-e 874, emitida em 14/10/13 (fl. 1064), indica tributação no valor de R\$1,42, relativa aos produtos fósforo e kolene. Entretanto, o cupom fiscal correspondente nº 12.869, emitido em 11/10/13 (fl. 1065), relaciona os mesmos produtos e valores. Embora a referida NF-e, indique nas informações complementares o número do cupom, não foi comprovado que a operação tenha sido tributada conforme indicado no demonstrativo de fl. 23.*

Pelo exposto, entendo que assiste razão à fiscalização, tendo em vista que o ICMS destacado nas notas fiscais emitidas com indicação do CFOP 5929, não foram oferecidas à tributação e os documentos juntados com a defesa e manifestações, não comprovam que os cupons fiscais correspondentes tenham sido escriturados com tributação do imposto, mesmo porque, no livro RSM da EFD não foi identificada a numeração inicial e final dos cupons fiscais (art. 259, IV do RICMS/BA), para comprovar que os valores indicados como tributados no livro RSM, englobam os valores dos cupons fiscais emitidos concomitantemente com a NF-e.

Fica mantida procedente integralmente a infração 2, com valor devido R\$19.789,13.

A infração 3 acusa falta de recolhimento do ICMS-ST por antecipação.

Na defesa apresentada, o sujeito passivo alegou que o produto objeto da autuação (jerked beef) foi comercializado com tributação normal, apresentou demonstrativo de saída de charques, totalizando débito sobre as saídas de R\$58.146,93, e requereu que fosse deduzido do valor autuado.

O autuante contestou afirmando que:

- A. A charque tem a mesma NCM 0210.20.00 do jerked beef, mas só a partir de 02/2012 o RICMS/BA passou a aplicar a ST ao produto, e a empresa não antecipou o pagamento.*
- B. No demonstrativo juntado com a manifestação (DVD), na comercialização do produto, foi reduzida a base de cálculo, de forma que a carga tributária equiparou a 7% ou 12%.*

De acordo com o exposto, restou comprovado que o produto jerked beef estava enquadrado no regime de substituição tributária (art. 8º da Lei nº 7.014/96/art. 289 do RICMS/BA), e o estabelecimento autuado não promoveu tempestivamente o recolhimento do ICMS-ST por antecipação.

Entretanto, não pode ser acolhido o pedido de compensação dos valores tributados na saída do produto, como solicitou a empresa, tendo em vista que a fiscalização apurou o ICMS-ST corretamente (valor da operação + MVA – créditos), e não cabe deduzir pagamento relativo a operações subsequentes, que foram tributadas indevidamente.

Porém, o demonstrativo de fls. 459 a 601, e demonstrativo contido no CD (fl. 1084), contendo relatório de 1986 páginas, comprovam que no período fiscalizado, as saídas do produto em questão - jerked beef - foram tributadas pelo regime normal.

Neste caso, mesmo que não tenha sido objeto de pedido pelo sujeito passivo, de ofício, fica afastada a exigência do ICMS-ST, e mantida apenas a multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, combinado com o §1º do citado artigo que estabelece:

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”.

Data Ocorr	Data Venc	Vl. Imposto	Multa 60%	Data Ocorr	Data Venc	Vl. Imposto	Multa 60%
28/02/12	09/03/12	1.752,66	1.051,60	31/03/13	09/04/13	2.392,87	1.435,72

31/03/12	09/04/12	1.599,66	959,80	31/07/13	09/08/13	3.348,60	2.009,16
30/04/12	09/05/12	2.259,01	1.355,41	31/08/13	09/09/13	6.771,71	4.063,03
31/05/12	09/06/12	1.703,99	1.022,39	30/09/13	09/10/13	3.239,77	1.943,86
30/06/12	09/07/12	2.259,01	1.355,41	31/10/13	09/11/13	3.641,60	2.184,96
31/07/12	09/08/12	1.550,99	930,59	30/11/13	09/12/13	5.418,67	3.251,20
31/08/12	09/09/12	3.060,23	1.836,14	31/01/14	09/02/14	996,03	597,62
30/09/12	09/10/12	5.411,01	3.246,61	28/02/14	09/03/14	1.245,04	747,02
31/10/12	09/11/12	3.477,53	2.086,52	30/04/14	09/05/14	2.522,66	1.513,60
30/11/12	09/12/12	2.169,97	1.301,98	31/07/14	09/08/14	939,73	563,84
31/12/12	09/01/13	2.385,58	1.431,35	31/08/14	09/09/14	7.961,57	4.776,94
31/01/13	09/02/13	2.531,63	1.518,98	31/11/14	09/12/14	1.960,62	1.176,37
Total						70.600,14	42.360,10

Pelo exposto, o valor do ICMS-ST exigido com valor de R\$70.600,14 fica afastado, convertendo em multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d" combinado com o seu §1º da Lei nº 7.014/96.

As infrações 4 e 5 aplicam multa de 1% sobre o valor das entradas de mercadorias no estabelecimento, que não foram registradas na escrita fiscal.

Na defesa apresentada, o sujeito passivo apresentou demonstrativo analítico (fls. 460/600), no qual indicou a escrituração de parte das notas fiscais relacionadas no demonstrativo de fls. 66 a 142.

Na primeira informação fiscal, o autuante acatou os demonstrativos apresentados e refez os demonstrativos originais, que implicou na redução do débito.

Na manifestação acerca dos demonstrativos refeitos, o sujeito passivo manifestou que o tempo foi exíguo para verificar a não escrituração das notas fiscais remanescentes.

Assim sendo, constato que as provas juntadas com a defesa, comprovam a escrituração da maioria das notas fiscais, e não foi apresentada qualquer outra prova contra os demonstrativos refeitos, que indicam as notas fiscais não escrituradas.

Dessa forma, acato os demonstrativos de débitos de fls. 1006 e 1027, ficando reduzido o débito da infração 4 de R\$58.134,80, para R\$1.945,13, e da infração 5 de R\$59.149,18, para R\$9.183,56.

Infrações 4 e 5 procedentes em parte.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, conforme demonstrativo resumo abaixo.

Infração	Valor Autuado	Julgado/Imposto	Julgado/Multa	Situação
1	1.940,57	1.770,36		Procedente em parte
2	19.789,13	19.789,13		Procedente
3	70.600,14	0,00	42.360,10	Procedente em parte
4	58.134,80	0,00	1.945,13	Procedente em parte
5	59.149,18	0,00	9.183,56	Procedente em parte
Total	209.613,82	21.559,49	53.488,79	

Foi interposto Recurso de Ofício.

Regularmente intimado (fl. 1.119), não consta dos autos cópia do Recurso Voluntário, e sim nova intimação para dar ciência da intempestividade do mesmo (fl. 1.121).

Recebidos os autos, foram a mim atribuídos em 16/09/2021, e por considerá-los devidamente instruídos solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta. Trago-os, pois, a esta sessão de 01/02/2022 para julgamento.

VOTO

O Recurso de Ofício é cabível e adequado (art. 169, inciso I, alínea "a" do Decreto nº 7.629, de 9.7.1999 em sua atual redação – RPAF/99), por isso dele conheço.

Deixo de apreciar qualquer questão acerca do Recurso Voluntário, que se supõe interposto dado o conteúdo da carta intimatória de fl. 1.121, porque suas razões não se encontram nos autos e porque vejo que a intimação do resultado do julgamento de primeiro grau foi regular (fl. 1.119 e 1.120).

O objeto do Recurso de Ofício se circunscreve às reduções do lançamento operadas pela 5ª JF nos créditos lançados por meio das Infrações 01, 03, 04 e 05.

Na Infração 01, foi acolhido o crédito atinente à Nota Fiscal nº 7357, com fundamento no art. 269, X, “a” do RICMS/BA, diante da capacidade de optante pelo SIMPLES, titulada pelo Sujeito Passivo, e diante da inconclusividade dos demais elementos probantes coligidos. Questão que se soluciona por meio da linguagem das provas, nada opor à decisão de primo grau.

Na Infração 03, a redução se deveu ao desconto, do valor lançado a título de ICMS-Antecipação não recolhido, daquele que foi lançado mediante tributação normal, na saída, evitando o locupletamento sem causa do Estado, tudo em conformidade, mais uma vez, com a linguagem das provas. Aplicou-se o disposto nos §§ 2º e 3º, do art. 151 do CTN.

Peço licença, apenas, para retificar o “Enquadramento” da Infração, já que no momento de sua ocorrência já não vigia o Ato Normativo aventado (o RICMS-BA/97). Assim, sem prejuízo da higidez da autuação, retifico na motivação do lançamento a indicação do dispositivo infringido, que deve ser o art. 352 RICMS-BA/12.

Nas Infrações 04 e 05, de multas percentuais (1%) pelo ingresso de mercadorias, tributadas ou não, sem registro, mais uma vez a redução se deu por meio da linguagem das provas, já que em sede de Defesa foi acostada prova de registro fiscal de parte das operações, com anuência do Autuante. Uma vez mais, sou pela manutenção do julgamento de primo grau.

Do exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, retificando de ofício a fundamentação (“Enquadramento Legal”) da Infração 03 nos termos acima, de modo a manter julgado PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **140780.0005/17-0**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS DOCE PREÇO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.559,49**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, incisos II, “b” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multas fixas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$11.128,69** e multa percentual no valor de **R\$42.360,10**, previstas nos incisos IX, XI e II, “d” da citada Lei e Artigo, com os acréscimos moratórios, de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 01 de fevereiro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS