

PROCESSO	- A. I. N° 298628.0034/20-8
ECORRENTE	- LDR COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF n° 0379-06/21-VD
ORIGEM	- DAT METRO / INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 28/07/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0169-11/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE A MAIOR NOS DOCUMENTOS FISCAIS. A recorrida não demonstrou ter atendido as condições legais para utilização do crédito. Acórdão mantido neste ponto. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. É nula a infração quando sua capitulação diverge completamente do fato que pretende sancionar. Reforma do acórdão. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto(s) em face do Acórdão n° 0379-06/21-VD proferido pela 6ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 18/12/2020 no valor histórico de R\$43.558,76, abordando a(s) seguinte(s) infração:

...
Infração 02 – 01.02.40: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. Período autuado janeiro a dezembro de 2019. Valor do débito: R\$ 12.774,09.

Enquadramento Legal: Artigo. 29 e art. 31 da Lei n° 7.014/96, c/c art.309 do RICMS, publicado pelo Decreto de no. 13.780/12. Multa prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei n° 7.014/96.

...
Infração 04 – 02.01.02: Deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Período autuado janeiro a dezembro de 2019. Valor do débito: R\$ 1.520,18.

Enquadramento Legal: Artigo. 2º, inciso I, e art. 32 da Lei n° 7.014/96, c/c art.332 do RICMS, publicado pelo Decreto de no. 13.780/12. Multa prevista no art. 42, inciso III, alínea “a”, da Lei n° 7.014/96.

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

VOTO

O presente Auto de Infração, em epígrafe, exige da Autuada ICMS no valor histórico de R\$ 43.558,76, acusando o cometimento de 05 (cinco) infrações, relativas ao período de apuração que se fez nos meses de janeiro a dezembro de 2019.

Examinando os autos constato estar o Auto de Infração consoante com o RICMS-BA/12 e com o RPAF-BA/99, o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade.

Em síntese a Autuada, inicialmente, descreve as infrações que lhe foram imputadas, reconhecendo a Procedência Parcial de algumas (Infrações 01, 02, 03 e 04), e Procedência Total da Infração 05 conforme quadro a seguir:

INFRAÇÃO 01	01.02.06	Procedência	R\$ 501,39
INFRAÇÃO 02	01.02.40	Procedência	R\$ 34,81
INFRAÇÃO 03	01.02.41	Procedência	R\$ 302,35
INFRAÇÃO 04	02.01.02	Procedência	R\$ 391,60

INFRAÇÃO 05	02.01.03	Procedência Total	R\$ 26.778,96
TOTAL			R\$ 28.009,11

A infração de nº 05 (02.01.03) de deixar de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas no valor do débito de R\$ 26.778,96, não foi contestada. Com fulcro no art. 140 do RPAF/99, não terá o mérito apreciado neste julgamento.

No que tange à Infração 01 (01.02.06) de utilizar-se indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária no valor do débito de R\$ 1.797,73, em sua defesa a Autuada asseverou o enquadramento errôneo das mercadorias GUARATHON, GUARAMIX, SAB PROTEX e LUVA SANTA LIMPEZA MUCAMBOLUVA LATE no regime de substituição tributária sendo estes enquadrados no regime de tributação normal, assim não há que se falar em créditos indevidos. Por seu turno o Autuante afirmou que após análise de toda documentação, e dos argumentos da Autuada, se confirmou as alegações defensivas e retirou-se esses itens do Auto de Infração no valor de R\$ 1.296,34.

Neste sentido, compulsando os autos em relação à documentação apostada pelo Autuante, às folhas 17 a 21, que embasaram a presente infração, verifico a prudência do Notificante em retirar os itens elencados pela Autuada uma vez que os mesmos não harmonizam com os produtos que estão na Substituição Tributária ou Antecipação Total no Estado da Bahia, constantes no Anexo I do RICMS/BA/12, em consulta para o Ano de 2019, restando-se a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, para os demais produtos constantes no referido anexo, os quais somam o montante de R\$ 501,39 reconhecido pela Autuada. Assim, concluo pela procedência parcial desta infração, nos termos lançados no demonstrativo a seguir:

INFRAÇÃO 01 – CÓDIGO DA INFRAÇÃO – 01.02.40		
DATA OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO (R\$)	VALOR JULGADO (R\$)
31.01.2019	241,53	66,60
28.02.2019	212,22	126,44
31.03.2019	122,83	123,91
30.04.2019	95,35	52,76
31.05.2019	306,77	155,58
30.06.2019	74,51	77,20
31.07.2019	61,48	101,05
31.08.2019	205,72	60,90
30.09.2019	118,66	65,70
31.10.2019	103,65	183,12
30.11.2019	151,54	80,58
31.12.2019	103,47	116,92
TOTAL	1.797,73	1.210,76

Infração 01 parcialmente elidida.

Em relação à Infração 02 (01.02.40) de utilizar-se indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais no período autuado de janeiro a dezembro de 2019 no valor de débito de R\$ 12.774,09, a Autuada apontou que não se considerou o crédito de 12% das mercadorias adquiridas de indústria, conforme previsão legal nos termos do art. 23 da LC 123/2006, e em conformidade com o art. 269, inciso X, alínea “a” item 2, do RICMS/BA/12. Acrescentou que não se atentou para o valor adicional com bebidas alcóolicas e cosmético de 2% do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza conforme destaque em dados adicionais/informações complementares informados nos DANFEs, e afirmou que creditou-se corretamente dos produtos de origens dos fornecedores optantes do Simples Nacional, conforme percentual destacado em cada DANFE nos termos do artigo 23 da LC 123/2006.

*No que lhe concerne, o Autuante esclareceu que após análise da fiscalização das justificativas apresentadas, acatou-se parcialmente os argumentos da Autuada, restando ainda o valor de R\$ 1.210,75, referentes às Notas Fiscais incluídas no Anexo Único dessa análise (fls. 127 a 131) que se encontravam em 03 situações: **Situação 1** – De acordo com o Inciso II, do parágrafo 4º, o emitente da nota e optante do simples nacional deve informar o percentual da alíquota do crédito e as notas nesta situação não possuem essa informação; **Situação 2** - A empresa vendedora não destacou o valor referente ao adicional de 2%; **Situação 3** – Tratam-se de mercadorias sem direito a crédito, CST 300 (imune) e CFOP 5910 (remessa em bonificação, doação ou brinde).*

À vista disso, compulsando os autos em relação à documentação apostada pelo Autuante, às folhas 127 a 131, em razão à análise das Notas Fiscais contestadas pela Autuada, verifico haver coesão na manutenção parcial da infração nos valores alcançados pelo Autuante no montante de R\$ 1.210,75, em detrimento do valor de R\$ 34,81 sustentado pela Autuada, restando os valores nos termos lançados no demonstrativo a seguir:

INFRAÇÃO 02 – CÓDIGO DA INFRAÇÃO – 01.02.06		
DATA OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO (R\$)	VALOR JULGADO (R\$)

31.01.2019	148,15	55,07
28.02.2019	19119	106,16
31.03.2019	6.658,88	0,00
30.04.2019	3.685,23	22,68
31.05.2019	408,20	179,50
30.06.2019	147,74	0,00
31.07.2019	136,41	0,00
31.08.2019	159,26	66,63
30.09.2019	267,14	0,00
31.10.2019	485,16	11,10
30.11.2019	269,17	56,79
31.12.2019	217,56	3,46
TOTAL	31.701,90	501,39

Infração 02 parcialmente elidida.

Relativamente à **Infração 03 (01.02.41)** de utilizar-se **indevidamente** crédito fiscal de ICMS em decorrência de **destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, no valor do débito de R\$ 687,80**, a Autuada salientou que o fisco atribuiu erroneamente o enquadramento de determinados produtos citando como exemplo **“BEBIDA MISTA GUARAN E BEBIDA CITRUS”**, (apresenta tabela às folhas 91 a 92 com todos os produtos contestados), para demonstrar não constarem no Anexo I do RICMS/BA/12, e serem produtos em aquisição no regime normal de tributação, não havendo em se falar de créditos indevidos. O Autuante, após análise da fiscalização e das justificativas apresentadas, acatou-se a argumentação da Autuada e retirou da autuação os itens contestados sendo eles: BEBIDA MISTA GUARAN UP 250 ML, BEBIDA CITRUS ACEROLA 330 ML, BEBIDA MISTA PICO FRUTAS CITRICAS 330 ML, BEBIDA MISTA DE FRUTAS CITRICAS 1,5 ML.

Destarte, compulsando os autos em relação à documentação apostada pelo Autuante, às folhas 34 a 38, verifico no demonstrativo o crédito indevido devido ao erro na aplicação da alíquota com o batimento do CFOP vs. UF, assim em razão à análise das mercadorias das Notas Fiscais contestadas pela Autuada, fls. 132 e 133, **verifico haver concordância** na retirada dos itens contestados, restando os valores nos termos lançados no demonstrativo a seguir:

INFRAÇÃO 03 – CÓDIGO DA INFRAÇÃO – 01.02.41		
DATA OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO (R\$)	VALOR JULGADO (R\$)
31.01.2019	89,41	6,73
28.02.2019	18,08	1,05
31.03.2019	58,37	3,09
30.04.2019	41,46	7,58
31.05.2019	57,74	18,79
30.06.2019	45,67	30,41
31.07.2019	30,62	13,53
31.08.2019	52,72	38,81
30.09.2019	63,59	51,26
31.10.2019	82,44	42,95
30.11.2019	82,81	52,93
31.12.2019	68,49	35,22
TOTAL	691,40	302,35

Infração 03 parcialmente elidida.

Relativamente à **Infração 04 (02.01.02)** de deixar de recolher no prazo regulamentar ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, a Auditada reconheceu o montante de **R\$ 391,60**, e contestou as Notas Fiscais do demonstrativo VII (fls. 92 a 96) que foram lançadas na escrituração fiscal digital (EFD CMS/IP) de janeiro/ 2020.

O Notificante acatou a defesa em relação às Notas Fiscais de nºs. 86387, 296973, 86289, 611257, 572 e 15446 por terem sido lançadas no mês de janeiro de 2020, período fora do escopo não restando comprovados os lançamentos das Notas Fiscais de nºs. 11034 e 53267, cujas multas respectivas foram de R\$ 901,83 e R\$ 1,05, totalizado o valor de **R\$ 902,88**.

Acolho as conclusões do Autuante, e a infração 04 é parcialmente subsistente, e remanescente o montante de **R\$ 1.294,48 (R\$ 391,60 + R\$ 902,88)**, nos termos lançados no demonstrativo a seguir:

INFRAÇÃO 04 – CÓDIGO DA INFRAÇÃO – 02.01.02		
DATA OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO (R\$)	VALOR JULGADO (R\$)
31.01.2019	23,41	23,41
28.02.2019	151,57	151,57
31.03.2019	9,93	9,93

30.04.2019	48,60	48,60
31.05.2019	4,07	4,07
30.06.2019	19,49	19,49
31.07.2019	11,99	11,99
31.08.2019	0,00	0,00
30.09.2019	5,76	5,76
31.10.2019	108,18	108,18
30.11.2019	8,60	8,60
31.12.2019	1.128,58	902,88
TOTAL	1.520,18	1.294,48

Infração 04 parcialmente elidida.

INFRAÇÃO 05 – CÓDIGO DA INFRAÇÃO – 01.02.41 - PROCEDENTE		
DATA OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO (R\$)	VALOR JULGADO (R\$)
31.01.2019	4.055,92	4.055,92
28.02.2019	1.131,97	1.131,97
31.03.2019	1.249,11	1.249,11
30.04.2019	1.807,91	1.807,91
31.05.2019	1.903,01	1.903,01
30.06.2019	3.604,97	3.604,97
31.07.2019	2.064,77	2.064,77
31.08.2019	2.075,11	2.075,11
30.09.2019	2.127,04	2.127,04
31.10.2019	2.146,43	2.146,43
30.11.2019	2.216,77	2.216,77
31.12.2019	2.359,55	2.359,55
TOTAL	26.779,16	26.779,16

Infração 05 mantida

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, conforme quadro abaixo, devendo ser homologados os valores recolhidos.

INFRAÇÕES	VALOR HISTÓRICO	VALOR JULGADO
1	1.797,73	1.210,76
2	12.774,09	501,39
3	687,80	302,35
4	1.520,18	1.294,48
5	26.778,96	26.778,96
TOTAL	43.558,76	30.087,94

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Em relação à infração 02, afirma que os créditos glosados remanescentes provêm de mercadorias adquiridas de indústria baiana optante pelo regime unificado de recolhimento, pelo fato de não constar a informação na observação do DANFE. Diz que a legislação permite o crédito presumido, não invalidando seu direito ao crédito, com base no art. 23 da LC 123/2006, e art. 269 do RICMS/BA.

Insiste que, embora a fiscalização não tenha considerado o valor adicionado a bebidas alcóolicas e cosméticos correspondente ao fundo de combate e erradicação da pobreza, conforme destaque em dados adicionais/informações complementares dos DANFES, a recorrente teria se creditado corretamente dos produtos adquiridos de fornecedores optantes do Simples Nacional, com base no percentual destacado em cada DANFE.

Sobre a infração 04, aponta que os dois DANFES remanescentes após o julgamento estão lançados regularmente em sua escrituração fiscal digital de janeiro/2020, conforme ANEXO VII e demonstrativo que reproduz.

Conclui requerendo a improcedência das infrações ora defendidas, nos termos da impugnação ou a sua nulidade, caso assim vislumbrado pelo colegiado.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

VOTO

Não havendo questões preliminares e/ou prejudiciais no recurso e nem sendo o caso de suscitá-las de ofício, aprecio diretamente o mérito.

Em relação à infração 02, a irresignação da recorrente não merece prosperar. O acórdão recorrido observou a análise do autuante que apontou três motivos específicos para não acolher o pedido de exclusão desses documentos fiscais, conforme reproduzo abaixo:

No que lhe concerne, o Autuante esclareceu que após análise da fiscalização das justificativas apresentadas, acatou-se parcialmente os argumentos da Autuada, restando ainda o valor de R\$ 1.210,75, referentes às Notas Fiscais incluídas no Anexo Único dessa análise (fls. 127 a 131) que se encontravam em 03 situações: Situação 1 – De acordo com o Inciso II, do parágrafo 4º, o emitente da nota e optante do simples nacional deve informar o percentual da alíquota do crédito e as notas nesta situação não possuem essa informação; Situação 2 – A empresa vendedora não destacou o valor referente ao adicional de 2%; Situação 3 – Tratam-se de mercadorias sem direito a crédito, CST 300 (imune) e CFOP 5910 (remessa em bonificação, doação ou brinde).

Com efeito, a possibilidade de apropriação do crédito não é irrestrita ou incondicionada. A Lei Complementar nº 123/2006, estabelece expressamente:

Art. 23. As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional.

§ 1º As pessoas jurídicas e aquelas a elas equiparadas pela legislação tributária não optantes pelo Simples Nacional terão direito a crédito correspondente ao ICMS incidente sobre as suas aquisições de mercadorias de microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, desde que destinadas à comercialização ou industrialização e observado, como limite, o ICMS efetivamente devido pelas optantes pelo Simples Nacional em relação a essas aquisições.

§ 2º A alíquota aplicável ao cálculo do crédito de que trata o § 1º deste artigo deverá ser informada no documento fiscal e corresponderá ao percentual de ICMS previsto nos Anexos I ou II desta Lei Complementar para a faixa de receita bruta a que a microempresa ou a empresa de pequeno porte estiver sujeita no mês anterior ao da operação.

§ 3º Na hipótese de a operação ocorrer no mês de início de atividades da microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, a alíquota aplicável ao cálculo do crédito de que trata o § 1º deste artigo corresponderá ao percentual de ICMS referente à menor alíquota prevista nos Anexos I ou II desta Lei Complementar.

§ 4º Não se aplica o disposto nos §§ 1º a 3º deste artigo quando:

*...
II - a microempresa ou a empresa de pequeno porte não informar a alíquota de que trata o § 2º deste artigo no documento fiscal; (grifamos)*

O recurso em nenhum momento se preocupa em demonstrar que foram atendidos os requisitos legais para apropriação do crédito, logo não há como prosperar o recurso, pois a decisão se pautou no descumprimento dos requisitos legais e não na inexistência do direito ao crédito. Assim, mantendo o acórdão recorrido neste ponto.

Quanto à infração 04, a irresignação da recorrente prospera, porém por outros motivos.

Na impugnação, a recorrente indicou que os DANFES que foram objeto da autuação correspondem ao período de 31/12/2019, e foram escriturados em janeiro de 2020, indicando na tabela as notas fiscais, chaves de acesso, data de lançamento na EFD e demais informações.

Ao prestar informação fiscal, o autuante observou que a recorrente teria reconhecido o montante de R\$391,60 e acatou a defesa “[...] em relação às notas fiscais nº 86387, 296973, 86289, 611257, 572 e 15446 por terem sido lançadas no mês de janeiro de 2020, período fora do escopo dessa fiscalização. Não restaram comprovados os lançamentos das notas fiscais nº 11034 e 53267, cujas multas respectivas foram de R\$ 901,83 e 1,05, totalizando o valor de R\$ 902,88” (fl. 134).

O recurso interposto aborda apenas esses documentos fiscais mencionados pelo autuante cuja escrituração não teria sido comprovada. Ao analisar os documentos contidos na mídia de fl. 116, que acompanhou a impugnação, este relator pode confirmar que as páginas da EFD reproduzidas nos arquivos “Anexo VII AI.pdf” e “Anexo VII AI 3.pdf”, referentes à infração 04, não possuem informação de registro das Notas Fiscais nºs 11034 e 53267 em 31/01/2020 e 14/01/2020,

respectivamente.

Pelo contrário, referidos arquivos somente apontam o registro de documentos de entradas nas seguintes datas: 02/01/2020, 03/01/2020, 27/01/2020 e 28/01/2020. Contudo, durante a sessão de julgamento realizada em 07/06/2022, os membros desta 1^a CJF confirmaram no sistema da SEFAZ/BA que as notas foram registradas na EFD nas datas informadas pela recorrente.

No entanto, observou-se também que, apesar do Auto de Infração indicar um enquadramento legal correspondente a uma operação de *saída de mercadorias* (art. 2º, I da Lei nº 7.014/96) o que também é deduzido da capituloção da infração (“*Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios*”), a qual, por sua vez, exige imposto e multa, o demonstrativo de fls. 39-49 que acompanhou o Auto de Infração revela que foram consideradas *notas fiscais de entrada de mercadorias*, o que é incompatível.

Trata-se, portanto, de nulidade da infração, quanto ao valor remanescente, haja vista que o erro de capituloção acima mencionado afeta a segurança da determinação da infração, nos termos do art. 18, IV, alínea “a” do RPAF/BA.

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, fixando o débito da recorrente conforme quadro abaixo:

INFRAÇÕES	VALOR JJF	VALOR CJF
1	1.210,76	1.210,76
2	501,39	501,39
3	302,35	302,35
4	1.294,48	0,00
5	26.778,96	26.778,96
TOTAL	30.087,94	28.793,46

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário interposto para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº 298628.0034/20-8, lavrado contra **LDR COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$28.793,46**, acrescido das multas 60% e 100%, previstas no art. 42, incisos VII, “a”, II “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de junho de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS