

PROCESSO - A. I. Nº 269130.0002/20-6
RECORRENTE - MAURO FERREIRA BORGES & MARCUS DUARTE DO NASCIMENTO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 6ª JJF nº 0426-06/21-VD
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ OESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 29/12/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0386-12/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. Não houve arguição de mérito. Afastada a arguição de nulidade. Infração subsistente. 2. EFD. DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. Não houve arguição de mérito. De ofício, devido a verdade material, fica reduzida a multa 100% descrita nos autos para 60% referente à alteração de lei em relação ao percentual da multa aplicada, sendo reduzida a partir de abril de 2012. Afastada a arguição de nulidade. Infração subsistente. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. VALOR DO IMPOSTO APURADO/VALOR DO IMPOSTO RECOLHIDO. DIVERGÊNCIA. Não houve arguição de mérito. Afastada a arguição de nulidade. Infração subsistente. 4. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Não houve arguição de mérito. Afastada a arguição de nulidade. Infração subsistente. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES DE BENS. ATIVO IMOBILIZADO. MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Defesa não logrou mitigar a acusação fiscal. Afastada a arguição de nulidade. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Auto de Infração **Procedente em Parte**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão do Acórdão proferido pela 6ª JJF que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 03/01/2020, para exigir a cobrança de ICMS no valor de **R\$ 135.065,99** bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 01.02.41 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is). No valor de **R\$ 6.474,92**, referente ao período de janeiro a novembro de 2017; junho a dezembro de 2018;

Infração 02 - 02.01.02 – Deixou de recolher no prazo regulamentar ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. No valor de **R\$ 21.655,99**, referente ao período de janeiro de a dezembro de 2016; janeiro a maio de 2017;

Infração 03 - 03.01.04 – O contribuinte recolheu a menos ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos. No valor de **R\$ 20.586,32**, referente ao período de janeiro a dezembro de 2017; junho a dezembro de 2018.

Infração 04 - 03.02.02 – Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. No valor de **R\$ 4.172,60**, referente ao período de janeiro a dezembro de 2017; junho a dezembro de 2018.

Infração 05 - 06.05.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquotas, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. No valor de **R\$ 82.176,16**, referente ao período de março a junho, agosto a dezembro de 2015; janeiro a dezembro de 2016; janeiro a dezembro de 2017; janeiro a maio, julho a dezembro de 2018.

Autuada apresentou impugnação ao lançamento através dos documentos constantes às fls. 26 a 33.

O autuante presta informação fiscal às fls. 63 a 78.

A 6ª JJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transcrito, julgando Procedente o presente Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de processo administrativo inaugurado para impugnar o lançamento de crédito tributário realizado através do Auto de Infração n.º 269130.0002/20-6, que se refere exigência de ICMS haja vista a suposta apuração de cinco infrações:

“Infração 01 - 01.02.41 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no(s) documento(s) fiscal(is). No valor de R\$ 6.474,92, referente ao período de janeiro a maio de 2017;

Infração 02 - 02.01.02 – Deixou de recolher no prazo regulamentar ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. No valor de R\$ 21.655,99, referente ao período de janeiro de 2016 a maio, agosto a novembro de 2017; junho a dezembro de 2018.

Infração 03 - 03.01.04 – O contribuinte recolheu a menor ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos. No valor de R\$ 20.586,32, referente ao período de janeiro a dezembro de 2017; junho a dezembro de 2018.

Infração 04 - 03.02.02 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. No valor de R\$ 4.172,60, referente ao período de janeiro a dezembro de 2017; junho a dezembro de 2018.

Infração 05 - 06.05.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquotas, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. No valor de R\$ 82.176,16, referente ao período de março a junho, agosto a dezembro de 2015; janeiro a dezembro de 2016; janeiro a dezembro de 2017; janeiro a maio, julho a dezembro de 2018.

“

A defesa propõe a impugnação de todas as infrações de forma genérica sob alegação de que se baseiam na EFD, sem que a autuada tenha sido intimada para corrigir as inconsistências de sua escrituração fiscal digital, como disse determinar o artigo 247, § 4º do RICMS/BA. Trata-se de evocação de pressuposto de nulidade que reclama apreciação preliminar.

Nessa esteira, fazendo o enfrentamento preliminar da nulidade suscitada, cabe frisar que a inteligência dos dispositivos evocados pela defesa (artigo 247, § 4º do RICMS/BA), não se prestam ao desiderato em tela.

Em primeiro, porque não se encontrava em vigor por ocasião dos procedimentos da ação fiscal da qual resultou o presente Auto de Infração; E em segundo, porque ainda que estivesse vigente, sua proposta se referia aos casos de inconsistências que impediriam a realização da auditoria fiscal, e nunca a inconsistência que denotassem ocorrência de evasão fiscal, como foi o caso que se observa na matéria. Portanto, afasto esta arguição de nulidade.

Em seguida, cabe analisar a alegação de nulidade esboçada especificamente quanto à infração 02, sobre a qual arguiu a defesa que teria havido ofensa ao disposto no artigo 18, incisos II e IV, letra “a”, do RPAF/99, por insegurança na determinação da infração, e conseqüentemente, cerceamento à defesa, pois a Autuante teria feito uma acusação dúbia e confusa, que dificultou o exercício da defesa. Vejamos o teor da referida infração:

*“Infração 02 - 02.01.02 – Deixou de recolher no prazo regulamentar ICMS referente as **operações não escrituradas nos livros fiscais próprios**. No valor de R\$ 21.655,99, referente ao período de janeiro de 2016 a maio, agosto a novembro de 2017; junho a dezembro de 2018.” Grifei.*

Entendo estar devidamente demonstrado que o objeto da infração foi a apuração de notas fiscais não registradas como destaquei acima, que resultou em recolhimento a menos do ICMS. Verifica-se que o demonstrativo constante da folha 10, bem como as planilhas em Excel constante do arquivo no CD à fl. 13, intitulado “Notas de saída não escrituradas - Demonstrativo analítico 2016-2018”, discriminam todas as notas fiscais que não foram declaradas na ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFD da Impugnante. Portanto, não há falar em insegurança na determinação da infração, se trata de imputação absolutamente inteligível à prima facie, que dispões de todas informações necessária ao seu exame e respectivo exercício defesa, afasto a presente arguição de nulidade.

Preliminarmente, portanto, verifico que o presente lançamento de crédito tributário está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido a infração a multa e suas respectivas bases legais, evidenciadas de acordo com a infração imputada e demonstrativos detalhados do débito, com indicação clara

do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo.

Por fim, resta o enfrentamento e exame das arguições de mérito ofertadas pela defesa acerca da à infração 05. Cujo teor reitero a seguir:

*Infração 05 - 06.05.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da **diferença de alíquotas**, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação **destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento**. No valor de R\$ 82.176,16, referente ao período de março a junho, agosto a dezembro de 2015; janeiro a dezembro de 2016; janeiro a dezembro de 2017; janeiro a maio, julho a dezembro de 2018. “ Grifei.*

Consta que a defesa se insurgiu contra esta infração alegando em primeiro que o objeto da infração se baseou em mercadorias adquiridas para sua comercialização, e exemplificou: ‘açúcar, amendoim, ameixa, banana, castanha, bandeja de isopor, bota, bomba d’água, cacau, panetone, caramelo, martini, cereja, chocolate, coco ralado, doce de leite, rocambole, farinha de trigo, farofa, fermento em pó, folha de alumínio, frutas cristalizadas, geleia, margarina, mistura para bolo, pão de queijo, etc., “

Tendo afirmado que todas as indicadas acima constam das notas fiscais relacionadas no demonstrativo elaborado pela Autuante, e que a Autuante teria excluído apenas os itens com CFOP 6922.

*Da verificação realizada na planilha que o Autuante demonstra a memória de cálculo da exigência fiscal em tela denominada “_b_DIFALcalc15a18”, constante do CD à fl. 13, confirma o teor da informação fiscal a este respeito, que asseverou que a fiscalização identificou, dentre as compras da Impugnante, itens que, inequivocamente, são classificados numa das duas categorias objeto da acusação fiscal “**destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento**”. Pois, analisando as notas, é possível identificar compras de itens evidentemente relacionados ao ativo imobilizado da loja, tais como: expositores e suas partes, terminais PDV, ETIQ PDV GOND 105X35 COUC BRANCA, Servidor Dell PowerEdge T430, TV LED 32 POLEGADAS*, freezers verticais Fricon, conservadores verticais GELOPAR, EXP PDV METAL SM DOCILE, dentre outros itens, que indicam serem destinados ao uso e consumo, como: papel higiênico rolo 8X300 m branco ALVEFLOR, Sacola Imp. 40x50x0,026 Super Maraba, bobina filme PVC 38X10X1000 m UN, fecho plástico 8CM 1KG UN, bobina picotada PEAD 40X60X04 kg K-PACK, etiqueta gondola amarelo flúor 35X100X30 ADES ETIT.*

Sendo, ademais, observado que não constam do levantamento fiscal as mercadorias alegadas pela defesa, como: “açúcar, amendoim, ameixa, banana, castanha, bandeja de isopor, bota, bomba d’água, cacau, panetone, caramelo, martini, cereja, chocolate, coco ralado, doce de leite, rocambole, farinha de trigo, farofa, fermento em pó, folha de alumínio, frutas cristalizadas, geleia, margarina, mistura para bolo, pão de queijo, “ como sugere o contribuinte.

De maneira que afasto esta arguição da defesa.

Consta ainda quanto a infração 05 a alegação defensiva de que as mercadorias foram recebidas a título de remessa/bonificação/brinde, comodato, isenção e substituição tributária. Contudo, este Relator, não identificou na planilha de memória de cálculo da Autuante nenhum item que pudesse ser classificado dentro do escopo aventado pela defesa. De forma que, afasto a presente alegação.

Destarte, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

Inconformada com a decisão de piso, a recorrente interpôs Recurso Voluntário aduzindo as seguintes teses de defesa.

No que diz respeito às infrações 01 e 05, afirma que a nobre autoridade fiscal não se atentou a revogação do Decreto nº 14.213/2012, ao colacionar em seu demonstrativo fiscal, notas fiscais oriundas dos Estados de Pernambuco, Minas Gerais, Paraíba e Goiás, a exemplo das Notas Fiscais nºs 15628, 3749, 36678, 226, 9341, 10661, 10663, 1493, 3706, 553, 21269, 212190, 205154, 212190, 206885, 13501, 2830, 873092, 882159, 5576523, 5612092, 888100, 59698, 954167, 435844 e 66108, entre outras, e que, portanto, devem ser excluídas do seu demonstrativo, haja vista que tiveram a exigência do pagamento do ICMS revogada pelo Decreto nº 18.219/2017.

Diz que de acordo com a Cláusula oitava, do referido Convênio ICMS 190/2017 foram remidos e anistiados os créditos tributários do ICMS, constituídos ou não, decorrentes dos benefícios fiscais instituídos, por legislação estadual ou distrital publicada até 8 de agosto de 2017, em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal.

No que tange a infração 02, sinaliza para problemas operacionais na transmissão da Escrituração fiscal Digital. Todavia, requer seja acolhido o pedido de redução ou cancelamento da multa de acordo com o disposto no § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, diante da inexistência de dolo, fraude

ou simulação, bem como não tenha implicado em falta de recolhimento do imposto. Traz acórdãos do CONSEF para corroborar com sua tese.

Em análise da infração 04, aponta que a nobre autoridade fiscal imputou a alíquota de 18% em diversas mercadorias que caberiam o enquadramento em alíquotas inferiores, a exemplo de: “FEIJAO PRETO CALDO FORTE 1KG – Nota Fiscal nº 2563; ARROZ BCO TIO URBANO 5KG; ARROZ BCO TIO URBANO 5KG - Nota Fiscal nº 954; FLOCAO MILHO SUPER CORINGA 500G - Nota Fiscal nº 960; FLOCAO BONOMILHO 500G – Nota Fiscal nº 976; FLOCAO INCAMILHO 500G – Nota Fiscal nº 979; FLOCAO MILHO SUPER CORINGA 500G – Nota Fiscal nº 980; FLOCAO MILHO SUPER CORINGA 500G – Nota Fiscal nº 1005; FILTRO DE PAPEL 3 CORACOES - Nota Fiscal nº 1008; FLOCAO INCAMILHO 500G e FEIJAO PADIM TIPO 1 1KG – Nota Fiscal nº 1056; FLOCAO BONOMILHO 500G – Nota Fiscal nº 1294, FLOCAO CONFIANCA 400G e FLOCAO INCAMILHO 500G – Nota Fiscal nº 1297, FLOCAO MILHO SUPER CORINGA 500G – Nota Fiscal nº 1534, FLOCAO CORINGA 500G – Nota Fiscal nº 1535, FLOCAO MILHO SUPER CORINGA 500G – Nota Fiscal nº 1543, MACARRAO GALO PENA SEMOLADO 500G – Nota Fiscal nº 1616, entre outras (Doc. 01), uma vez que, a alíquota correta seria de 7%, conforme preceitua o Artigo 16, I, A da Lei nº 7.014/96.

No que tange a infração 05, diz que contraria a verdade material dos fatos, em razão das notas fiscais arroladas pela autuante no demonstrativo (Notas Fiscais nºs 20, 27, 32, 35, 37, 38, 39, 40, 41, 146, 150) dentre outras, encontram-se registradas no livro de registro de saída de mercadorias, (Doc. 02). Ademais, afirma que constam operações com mercadorias de revenda, ou seja, que não foram utilizadas para uso e consumo da empresa autuada.

Este é o relatório.

VOTO

O presente lançamento de ofício acusa o cometimento de 5 infrações, sendo certo, contudo, que a recorrente demonstra sua irresignação com a decisão recorrida, tão somente em relação às infrações 01, 02, 04 e 05.

De logo, sinalizo que o presente lançamento de ofício foi procedido com as cautelas da lei, sendo certo afirmar que a natureza da infração e a pessoa do infrator estão determinadas nos autos, e a relação processual devidamente estabelecida com a regular ciência do contribuinte. Dessa forma, não vislumbro qualquer vício no procedimento fiscal que ensejou a correlata autuação em apreço, seja pela observância do seu rito formal, seja pela ciência e oportunidade conferidas ao contribuinte para exercer o seu amplo e irrestrito direito à defesa.

Em suas razões recursais, sinaliza a recorrente que o autuante não observou a revogação do Decreto nº 14.213/2012, tendo colacionado em seu demonstrativo fiscal, notas fiscais oriundas dos Estados de Pernambuco, Minas Gerais, Paraíba e Goiás, com glosas de créditos, em razão do limite previsto no referido Decreto nº 14.213/2012.

Se observado, todavia, os demonstrativos inseridos em mídia relativos às infrações 01 e 05 é possível concluir que o autuante confrontou o valor do ICMS destacado no documento fiscal (alíquotas de 12% e 18%), com o valor declarado pelo autuado em sua escrita fiscal, a título de crédito fiscal. Na infração 5, o autuante exigiu o ICMS-Diferença de alíquota, com base no confronto da alíquota interna x alíquota interestadual, sem sinalizar para qualquer glosa de créditos.

Ressalto, inclusive, que em ambas as infrações os créditos interestaduais foram devidamente considerados, sem observância dos supostos limites inseridos no Decreto 14.213/2012, não havendo, portanto, em que se falar em remissão e/ou anistia de créditos previstos no Convênio 190/2017.

Na infração 02 requer a recorrente a redução da multa aplicada. Afirma que a infração 02 é decorrente de descumprimento de obrigação principal, todavia, solicita a redução da penalidade, justificando que houve falha operacional, em razão de problemas sistêmicos na transmissão do seu arquivo digital.

Sinalizo, todavia, que o presente processo não se amolda às circunstâncias previstas no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/1996, visto que à época da apresentação da impugnação da autuada, referido dispositivo já havia sido revogado.

Não obstante, importante salientar que a infração 02 exige imposto e multa, estando o percentual desta penalidade devidamente previsto de forma objetiva e expressa na Lei nº 7014/96. Com efeito, extrai-se de precedentes no CONSEF, em hipóteses similares às dos autos, que o dispositivo autorizativo (§ 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96) não é aplicável.

Quanto a infração 04, aponta que a nobre autoridade fiscal imputou a alíquota de 18% em diversas mercadorias que caberiam o enquadramento em alíquotas inferiores e traz exemplos de produtos com as respectivas notas fiscais.

Para a referida infração, o autuante confrontou o CFOP x UF de destino, observando a alíquota destacada em documento fiscal e exigindo a diferença do ICMS, em consonância com a operação realizada. Não subsiste, portanto, a alegação de que caberia o enquadramento dos produtos em alíquotas inferiores (7%), visto que todas as operações lançadas estão correlacionadas às operações interestaduais, registradas sob CFOP (6102 e 6929) cujas alíquotas interestaduais aplicáveis são, de fato, de 12%.

No que tange a infração 05, diz a recorrente que o lançamento contraria a verdade material dos fatos, em razão das notas fiscais arroladas pela autuante no demonstrativo (Notas Fiscais nºs 20, 27, 32, 35, 37, 38, 39, 40, 41, 146 e 150) dentre outras, encontrarem-se registradas no livro de registro de saída de mercadorias.

Da análise do demonstrativo elaborado pelo autuante, constato que as notas fiscais acima mencionadas não constam lançadas junto a infração 05. Ademais, importante esclarecer que todas as mercadorias lançadas na infração 05 e constantes nos demonstrativos fiscais apresentam, de fato, características de ativo fixo e/ou de bem de uso e consumo.

De ofício, devido a verdade material, na infração 2, fica reduzida a multa 100% descrita nos autos para 60% referente à alteração de lei em relação ao percentual da multa aplicada, sendo reduzida a partir de abril de 2012.

Pelo exposto, entendo que as razões recursais são insubsistentes. Voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, com redução da multa de 100% para 60% a infração 2.

Este é o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269130.0002/20-6**, lavrado contra **MAURO FERREIRA BORGES & MARCUS DUARTE DO NASCIMENTO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 135.065,99**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b” e “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO - REPR. DA PGE/PROFIS