

A. I. Nº - 207158.0001/17-2
AUTUADO - INBRANDS S.A.
AUTUANTE - MÔNICA MARIA COSTA FERREIRA
INFAZ - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 30/06/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0105-04/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. i) MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Comprovado pela autuante que parte do imposto exigido se encontrava devidamente recolhido. **Infração parcialmente subsistente. ii) BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO.** Comprovado pela autuante que o imposto exigido se encontrava devidamente recolhido. **Infração parcialmente subsistente. b) MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** Comprovado parte do recolhimento do imposto pelo substituto tributário, porém, com a indicação do código de receita incorreto. **Infração parcialmente subsistente. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** **Infração parcialmente subsistente.** Excluído valor que se encontrava devidamente recolhido. **Infração parcialmente subsistente. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. MULTA PERCENTUAL DE 60% SOBRE O IMPOSTO. FALTA DE RECOLHIMENTO TEMPESTIVO DO IMPOSTO. NULIDADE.** Falta de nexo entre o fulcro da autuação e os fatos. Os papéis de trabalho indicam que o lançamento fiscal diz respeito à antecipação parcial prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96. Ou seja, o fato é outro, e envolve discussão de aspectos que nada têm a ver com a presente acusação. Não se admite no julgamento a mudança da materialidade do fato. Nulidade por falta de certeza e por inobservância do devido procedimento legal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/05/2017, refere-se à cobrança de ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$ 40.766,70, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 06.01.01 - *“Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no valor de R\$ 12.862,25”.*

Infração 02 - 06.02.01 - *“Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, no valor de R\$ 5.964,14”.*

Infração 03 - 07.01.01 - *“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, no valor de R\$ 14.614,45”.*

Infração 04 - 07.01.02 – *“Efetuiu recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, no valor de R\$ 450,16”.*

Infração 05 - 07.01.03 – *“Multa percentual sobre a parcela do imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no valor de R\$ 6.875,70”.*

O autuado, através do seu representante legalmente habilitado, apresenta impugnação, fls. 147 a 155, e inicialmente fala sobre a tempestividade de sua apresentação.

Transcreve o teor das infrações para em seguida afirmar ser essencial que os elementos contidos no Auto de Infração não gerem dúvidas e/ou obscuridades acerca da imposição fiscal, para que, uma vez precisamente identificados, o autuado exerça a sua defesa, sob pena de afronta aos princípios constitucionais inseridos no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Aduz que no tocante à descrição das infrações supostamente cometidas, chega à conclusão de que no relato fiscal não consta o mínimo de informações necessárias à defesa, uma vez ser sabido que o Auto de Infração deve conter requisitos básicos de validade, dentre os quais se insere a correta capitulação do fato, pois, se assim não fosse, poderia a autoridade fiscal lançar mão da infração mais esdrúxula e imputá-la ao particular sem qualquer base legal.

Diz merecer atenção especial a infração 05, por meio da qual é aplicada a penalidade constante no artigo 42, II, “d” combinada com o § 1º da Lei Estadual nº 7.014/96, em razão de suposta falta de pagamento antecipado do ICMS.

Informa que juntamente com o relatório da infração foi anexada a memória de cálculo utilizada pelo autuante. Porém, não apresentou qualquer justificativa quanto a utilização de alíquota interestadual menor que a devida, o que resultou na apuração de crédito em valores menores que o ICMS destacado nas Notas Fiscais objeto da autuação, culminando na aplicação da multa de 60%.

Cita a título exemplificativo, que, para as operações com origem nos estados do Ceará, Pernambuco e Rio Grande do Norte, a fiscalização calculou o crédito apurado pela Impugnante aplicando alíquotas interestaduais de 4% e 9%, desconsiderando injustificadamente o ICMS destacado nas Notas Fiscais.

Entende que não cabe ao contribuinte “adivinhar” as motivações da autuação. Compete sim, e tão somente, ao Fisco fazê-lo, posto que sua atividade é plenamente vinculada. A esse respeito transcreve ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, e Alberto Xavier. Sendo assim, impõe-se o reconhecimento da nulidade do auto de infração sub examine, por implicar em evidente cerceamento ao direito de defesa da Impugnante.

Em relação às infrações 01, 02 e 04, ainda que não seja declarado nulo o auto de infração em tela, o que se admite a título de argumentação, no mérito também não pode prosperar. Afinal, é evidente o equívoco cometido pelo Fiscal ao tentar imputar à Impugnante suposto não recolhimento ou recolhimento a menor de ICMS referente a agosto de 2013 e setembro de 2014.

As Infrações 01 e 02 foram lavradas por ter a fiscalização identificado suposta ausência de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais referentes às aquisições de mercadorias advindas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo e ao consumo do estabelecimento, respectivamente.

De plano, a Impugnante esclarece que, ao contrário do que aduz a fiscalização, não há de se falar em ausência de recolhimento do imposto estadual para os períodos de agosto de 2013 e setembro de 2014. Isso porque, ao revisar seu Resumo CFOP (Código Fiscal de Operações e Prestações) (Doc. 04) referente a agosto de 2013, a Impugnante verificou que os débitos apontados nas infrações 01 e 02 foram devidamente recolhidos, inclusive, em valor acima do devido.

O débito em cobrança referente ao mês de agosto, em verdade, decorre da desconsideração, pela fiscalização, do ICMS devido e recolhido oriundo da Nota Fiscal nº 000190 (CFOPs 2406 e 2407), (Doc. 05):

Conforme demonstra o anexo Registro de Apuração do ICMS (Doc. 06), inequívoco que houve recolhimento do ICMS referente ao mês de agosto de 2013, pelo qual a cobrança desses valores não merece subsistir.

Dessa forma, o erro formal na identificação do recolhimento não pode jamais operar quaisquer efeitos. Dessa forma, o erro formal na identificação do recolhimento não pode jamais operar quaisquer efeitos 2014 também não pode prosperar, eis que, conforme atesta o anexo comprovante de pagamento (Doc. 07), o ICMS-ST por antecipação, referente às aquisições de mercadorias provenientes de São Paulo, foi devidamente recolhido aos cofres do Estado da Bahia, sendo desnecessárias, portanto, maiores delongas acerca do assunto.

A respeito da Infração 03, a Impugnante esclarece que o ICMS referente ao mês de outubro de 2013 também foi efetivamente recolhido antes da lavratura deste Auto de Infração.

De fato, a Impugnante efetuou o pagamento do imposto no Código de Receita nº 2175 ("Antecipação Parcial"), conforme demonstram os anexos comprovantes de pagamento (Doc. 08), quando o correto era o de nº 1145 ("Antecipação Tributária"). Para facilitar a compreensão, a Impugnante apresenta planilha descritiva dos recolhimentos efetuados no período reclamado (Doc. 09).

Ainda que tenha efetuado o recolhimento com o Código de Receita equivocado, certo é que os valores ingressaram nos cofres públicos estaduais dentro do prazo legal, não podendo se aceitar que o mero erro de identificação do Código de Receita seja suficiente para gerar obrigação de recolher imposto já pago.

Entende que qualquer agente fiscal que visse a situação narrada acima com olhos republicanos, não com a lógica automática de um computador, notaria que houve um erro no Código de Receita. Dessa forma, o erro formal na identificação do recolhimento não pode jamais operar quaisquer efeitos. Isto porque, por força do princípio da busca pela verdade material, sobre o qual se baseia o processo administrativo, não se pode admitir a cobrança de tributo indevido decorrente de equivocada identificação do Código de Receita, como já decidido pelas Câmaras de Julgamento Fiscal deste Estado, cujas Ementas copiou.

É dizer: o erro na identificação do Código de Receita relativo ao montante dos créditos apurados no período de outubro de 2013 não é bastante para que o Fisco ignore os outros elementos que revelam manifestamente a inexistência do débito impugnado.

Frisa que é dever da Administração Pública, em prol da legalidade de sua atuação, investigar e valorar corretamente os fatos que dão ensejo a uma cobrança, ou seja, se a Administração possui dados para identificar os fatos, não pode ela cobrar valores que efetivamente ingressaram em seus cofres.

Nessa esteira de pensamento, sendo assente na doutrina e jurisprudência que o processo tributário deve buscar sempre a verdade material dos fatos em detrimento do mero formalismo, é possível deduzir que, se um contribuinte se utiliza de documentação idônea para afastar a cobrança de um tributo, deve-se reconhecer a sua legitimidade, ainda que, eventualmente, houvesse algum erro de forma.

Aduz que a Administração deve se ater ao princípio da formalidade moderada em favor do contribuinte. Isto significa que o formalismo estrito deve ser seguido pelo Poder Público, contudo, precisa ser sopesado quando se tratar de exigências impostas aos administrados.

O referido princípio apresenta-se como decorrência do caráter democrático da Administração Pública, para que não se suprima direitos dos administrados por força de meras formalidades. A obediência a este princípio é ainda mais reforçada em contraposição à grande burocratização dos

órgãos administrativos.

Assim, deve ser reconhecida a insubsistência cobrança referente ao mês de outubro de 2013, eis que o ICM5 foi devidamente recolhido, ainda que tenha ocorrido erro na identificação do Código de Receita.

Em relação a infração 05 diz que conforme já exposto, a Impugnante é pessoa jurídica de direito privado, cuja atuação está voltada para o ramo do comércio varejista de artigos de vestuário e acessórios. No desenvolvimento de suas atividades, está sujeita à incidência de diversos tributos e, dentre os estaduais, destaca-se o ICMS.

Como é cediço, o ICMS sujeita-se ao princípio da não cumulatividade, cuja previsão tem amparo no art. 155, § 22, I da Constituição Federal.

Por meio do princípio da não cumulatividade, cria-se um mecanismo de débito e crédito, pelo qual em cada operação realizada é assegurada ao contribuinte uma dedução (abatimento) correspondente aos montantes cobrados nas operações anteriores. Em síntese, o princípio da não cumulatividade nada mais é que, na escrituração fiscal, o contribuinte utilizar-se do sistema de débito (montante devido) menos o crédito (montante a compensar).

No caso em análise, válido pontar que a Impugnante figura como substituta tributária nas operações interestaduais fiscalizadas, que têm origem no Ceará, Distrito Federal, Espírito Santo, Pernambuco, Paraná, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Santa Catarina e São Paulo.

Nesse caso, certo é que, nos moldes do Convênio ICMS nº 81/1993, o imposto devido por substituição tributária corresponde à diferença entre o valor do imposto calculado, mediante aplicação da alíquota interna vigente no Estado destinatário sobre a base de cálculo da substituição tributária e o valor resultante da aplicação da alíquota interestadual de 1% ou 12%, conforme o caso, sobre o valor da operação do remetente.

De acordo com o relatório fiscal, a Infração 05 foi lavrada para cobrança de multa de 60% sobre “o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente”

Para justificar a autuação, a Fiscal Atuar limitou-se a acostar a memória dos cálculos por ela elaborados, fazendo constar que, para algumas operações, foi aplicada alíquota interestadual em patamar abaixo da devida - a qual, como é de conhecimento, é de 12% para as operações provenientes dos Estados do Centro-Oeste, Nordeste e Espírito Santo e 7% para aquelas advindas das Regiões Sudeste (exceto ES) e Sul.

Ocorre, contudo, que o imposto foi antecipado, não havendo de se falar em cobrança de ICMS, em razão da diferença apurada pela fiscalização, muito menos na aplicação da penalidade prevista no art. 42, II, “d” da Lei Estadual nº 7.014/96.

Afinal, como se infere das Notas Fiscais envolvidas (Doc. 10), bem como dos anexos comprovantes de pagamento de DAE e planilhas de controle interno (Doc. 11), para a antecipação do ICMS no Estado da Bahia, a Impugnante corretamente procedeu à fórmula de cálculo abaixo descrita:

$$Y = [\text{Alíquota Interna} \times \text{valor da operação}] - \text{Imposto Destacado na N}$$

Na ânsia de entender a autuação - que, reitera-se, não trouxe elementos mínimos e insuficientes para a exata compreensão da infração imputada -, a Impugnante conclui (na verdade, presume!), que houve glosa de crédito em razão de suposta utilização de benefício fiscal utilizado pelos estabelecimentos remetentes.

Abram-se parênteses para ressaltar, que conforme já elucidado no tópico de nulidade, a fiscalização não aponta qualquer justificativa para a aplicação de alíquotas em patamares reduzidos, o que impossibilita à Impugnante a compreensão do real motivo da lavratura da

Infração.

Caso a fiscalização tenha de fato verificado utilização de benefício fiscal, o que supostamente ensejou a redução das alíquotas interestaduais, a Impugnante chama atenção ao fato de que os estabelecimentos a que se referem os CNPJs constantes nas Notas Fiscais analisadas são lojas comerciais.

Apresenta a relação dos CNPJs envolvidos e as suas respectivas atividades principais e isso dizer que as mercadorias recebidas pelo estabelecimento autuado são decorrentes de mera transferência de estoque entre empresas do mesmo grupo, não havendo de se falar em utilização de benefício fiscal redutor da carga tributária, ainda que a Impugnante assim desejasse.

Ressalta que a infração apontada pela Fiscal Autuante desobedece o pacto federativo, na medida em que não é possível permitir que um Estado da Federação, ao se sentir lesado pela lei de outro Estado, julgue tal lei como inconstitucional (por descumprimento da forma exigida para a concessão do benefício ou incentivo fiscal) e, a partir de tal julgamento, passe a adotar postura de retaliação em relação a ele (não aceitando créditos oriundos de aquisições feitas de estabelecimentos localizados no Estado que concedeu o benefício fiscal e exigindo, por via indireta, tributos por ele não cobrados).

A esse respeito, transcreve o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça e trecho de voto do relator do julgado da referida ementa proferido pelo Ministro Castro Meira, assim como decisão da Ministra Ellen Gracie proferida na Ação Cautelar nº 2611/MT, referida pelo Ministro Castro Meira.

Arremata que a jurisprudência pátria impõe a observância, pelo Estado de destino, do crédito de ICMS tomado pelo contribuinte sediado em seu território, decorrente de aquisição de mercadorias de empresa sediada em outra Unidade da Federação, mesmo que tal empresa goze de benefício fiscal que não foi submetido à aprovação do CONFAZ.

Ressalta, mais uma vez, que a tese exposta cuida de adivinhação da Impugnante, uma vez que, conforme exaustivamente exposto, não há qualquer justificativa nestes autos capaz de fundamentar a utilização de alíquotas interestaduais reduzidas para a apuração, pela fiscalização, do ICMS.

Diante de todo o exposto, o cancelamento da Infração 05 é a única medida que se impõe.

Finaliza pedindo que seja decretada a nulidade do presente Auto, eis que não há elementos que permitam a identificação mínima da suposta Infração 05, impedindo o exercício do direito de defesa da Impugnante, entretanto, caso superada a preliminar de nulidade suscitada seja o presente Auto de Infração julgado improcedente, pelos fatos acima expostos, e alternativamente, caso este Órgão Julgador necessite esclarecer algum dos fatos/documentos acostados nesta peça de defesa, seja o julgamento convertido em diligência, em respeito ao princípio da verdade material. Informa que receberá todas as intimações pertinentes ao presente feito no endereço dos representantes que subscrevem a peça apresentada, cujo endereço profissional indica.

A autuante presta a Informação Fiscal, fls. 230 237, fazendo um resumo dos argumentos defensivos e em seguida o seu entendimento como a seguir:

Em relação à nulidade assim se posiciona:

“Conforme Notas Fiscais e planilhas anexas, fica demonstrado que as alíquotas de crédito no percentual de 4%, independente da unidade da federação, decorreram do Código de Situação Tributária (CST) ser 100, isto é, “Estrangeira - Importação direta”, exceto a indicada no código 6 –” Tributada integralmente”.

Conforme Notas Fiscais e planilhas anexas, as alíquotas de crédito no percentual de 9%, originadas no Estado de Pernambuco, decorreram do item 5, do Anexo Único, do Decreto nº 14.213, de 22/11/2012, que vedava créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou

protocolo, nos termos da lei Complementar Federal nº 24, de 07/01/1975 que concedia apenas aquele crédito. No entanto reconhecemos que as mercadorias originadas no Estado de Pernambuco foram provenientes de um estabelecimento varejista, o que nos levou a alterar a alíquota de crédito de 9% para 12%.

Observando o que prevê o Art. 18, do RPAF, podemos afirmar que o Auto de Infração não é nulo uma vez que os atos foram praticados por autoridade competente, não houve preterição do direito de defesa, as decisões foram fundamentadas e o lançamento de crédito não foi de ofício, não houve erro na menção ao dispositivo de lei”.

No mérito em relação à infração 01 diz que: “na conta corrente do contribuinte constante da Escrituração Fiscal Digital não foram apurados os lançamentos de compras de ativo fixo e material de consumo para os meses de maio e agosto de 2013, conforme cópia daquele documento anexo.

No entanto vamos acatar o pedido solicitado, cujo termo de deferimento, em seus detalhes, está definido na informação fiscal da infração 02, inclusive porque a própria Defesa apensou àquela.

Infração 02: “MAIO DE 2013

Sobre a Nota fiscal nº 174550, cuja natureza da operação foi Compra de Material de Consumo, CFOP 2257, observamos que no livro fiscal de apuração, em particular na conta corrente, não há qualquer lançamento, razão pela qual as alegações feitas pelo contribuinte são desprovidas de provas materiais.

AGOSTO DE 2013

Sobre as Notas Fiscais 14.261, 13.943, 242, 377, 165, 14.397, 15.079, 382, 381 e 312, foi observado que o contribuinte, no livro fiscal de apuração de ICMS, não fez qualquer registro no Débito Ajustado e nos demais registros, exceto um crédito de entradas no valor de R\$ 1.770,93; entretanto o contribuinte recolheu, no mês em foco, o valor de R\$ 23.772,21.

Como o valor autuado referente ao diferencial de alíquota de ativo permanente foi da ordem de R\$ 12.862,25 e em relação ao material de consumo foi na importância de R\$ 5.736,14, que somados atingem a cifra de R\$ 18.598,39, portanto, abaixo do valor recolhido pelo requerente, ou seja, R\$ 23.772,21, achamos por bem deferir o pedido do contribuinte.

CONCLUSÃO: dos valores autuados, isto é, de R\$ 12.862,25, para a infração 01, e de R\$ 5.964,14, para infração 02, declaramos que não reconhecemos a demanda do peticionante no que tange apenas ao valor R\$ 228,00 referente ao mês de maio, pois não houve comprovação conforme análise de livros e documentos fiscais acima indicados.

Infração 03: “A Lei nº 7014, de 04/12/1996, que trata do ICMS e dá outras providências, prevê no Art. 33, da Seção III, do Capítulo II, que “serão restituídas, no todo ou em parte, as quantias relativas ao imposto, multas e demais acréscimos legais recolhidos indevidamente, consoante à forma estabelecida em regulamento, observados os prazos de prescrição e decadência”.

E os procedimentos para a restituição, diante da afirmativa do contribuinte de que teria, por equívoco, recolhido o tributo estadual com código de receita trocado, seriam adotados conforme prevê o Art. 73, em sua Seção I, “Do Direito à Restituição”, Capítulo II, que trata “Da Restituição de Indébitos”, do RPAF que afirma que” serão restituídos, no todo ou em parte, a quem provar haver assumido o encargo financeiro do tributo ..., as quantias pagas indevidamente relativas a tributo ou penalidade, observados os prazos de prescrição e decadência”.

Para orientar ainda o Impugnante no que tange aos procedimentos para solicitar a restituição, o mesmo deve acompanhar o que prevê o Art. 75, Seção II, o qual trata “das Formas de Efetivação da Restituição”, que diz que “A restituição do indébito será feita”. Já o Art. 79, da Seção III, trata “da Competência para Autorizar a restituição”.

A despeito disso, o valor do crédito constituído foi reduzido de R\$ 975,14 para R\$ 955,50 (vide planilha anexa) pelo fato de reconhecermos que as mercadorias oriundas do Estado de Pernambuco foram de contribuinte com atividade de varejo, o que não permite a aplicação da alíquota prevista no Decreto nº 14.213, de 22/11/2012, do Estado da Bahia.

CONCLUSÃO: uma vez que o auditor não tem a competência para compensar recolhimento de tributo em função da troca no código de receita, orientamos o contribuinte a seguir a legislação conforme já descrito acima e assim mantemos na íntegra a infração 03, apenas abatendo o valor

de R\$ 19,64, por conta do descrito no parágrafo anterior. O valor autuado passou de R\$ 14.614,45 para R\$ 14.594,81.

Infração 04: conforme se pode observar nos elementos da defesa, não houve questionamento a respeito da autuação no valor de R\$ 165,25, referente ao mês de novembro de 2013, razão pela qual a ratificamos.

No que tange à autuação do mês de setembro de 2014, que o contribuinte não reconheceu, baseados no DAE apresentado à fl. 187, temos a informar que efetivamente o impugnante tem razão, motivo pelo qual aqui a retiramos.

CONCLUSÃO: *acatamos os termos da Defesa parcialmente, isto é, no que se refere ao mês de setembro de 2014, no valor de R\$ 284,91.*

Infração 05: “Conforme Notas Fiscais e planilhas anexas, esclarecemos que mercadoria cuja alíquota de crédito foi no percentual de 4%, independente da unidade de federação, decorreu do código de situação tributária (CST) do item ser 100, isto é, a mercadoria ser “Estrangeira - Importação direta, exceto a indicada no código 6 - Tributada integralmente”.

Quanto às mercadorias cuja alíquota de crédito foi no percentual de 9%, originada no Estado de Pernambuco, esclarecemos que o mesmo se ampara no item 5, do Anexo Único, do Decreto nº 14.213, de 22/11/2012, que vedava créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo, nos termos da lei Complementar Federal nº 24, de 07/01/1975 concedia apenas aquele crédito.

Quanto ao fato do requerente ter citado que as origens das mercadorias foram de lojas comerciais e ter apontado 25 CNPJs, às fls. 153, verso, e 154, informaremos apenas sobre aqueles contemplados na autuação, conforme segue:

Sobre o CNPJ 09.054.385/0206-84, cuja unidade da federação é o Estado de Pernambuco, foi observado que a autuada indicou que a atividade daquele estabelecimento, cujo CNAE é 47.81-4-00, é o de “Comércio varejista de artigos de vestuário e acessórios, exceto profissionais e de segurança”, conforme consta à fl. 154. As notas fiscais constantes no PAF, para esse estabelecimento foram nos 333 e 963.

Consultando à internet pelo CNPJ do contribuinte fornecedor, foi verificado que a atividade econômica para o mesmo (CNPJ 09.054.385/0206-84) efetivamente é de comércio varejista, motivo pelo qual reconhecemos a procedência da alegação do contribuinte. Com isso, modificamos os cálculos referentes a essa unidade da federação.

Na infração em foco reconhecemos que alíquota de crédito nas Notas Fiscais 333 e 963 é de 12% e não de 9%. Com isso, o valor autuado passa a ser de R\$ 955,50 em vez de R\$ 975,14 (folhas 17 e 18), reduzindo em R\$ 19,64.

No que se refere aos CNPJs de estabelecimentos originados do Estado do Espírito Santo, cito 09.054.385/0057-07 e 09.054.385/0204/12, segundo o próprio autuado, à fl. 153, verso, os mesmos têm como atividades o comércio atacadista, CNAE 46.42-7-01. Como o item 4.2, do Decreto nº 14.213, de 22/11/2012, prevê que mercadorias oriundas dessa unidade da federação, cujos fornecedores tenham como atividades as acima citadas, teriam a vedação de créditos, não deferimos à solicitação do requerente.

Conclusão: *os elementos apresentados pelo requerente elidiram em parte a autuação. Diante disso, mantemos todos os termos da infração 05, com exceção da questão referente ao Estado de Pernambuco, resultando a infração 05 no valor histórico total de R\$ 6.665,61 (conforme planilhas anexas)”.*

Apresenta demonstrativos analíticos, fls. 238 a 276 e de débito, fl. 237, alterando o valor do Auto de infração de R\$ 40.766,70 para R\$ 21.653,67.

O autuado ao ser cientificado se pronuncia às fls. 282 a 290 dizendo que o fiscal confeccionou novas informações fiscais reduzindo a cobrança perpetrada pelo Fisco Estadual de R\$ 40.766,70 (quarenta mil, setecentos e sessenta e seis reais, e setenta centavos) para R\$ 21.653,67 (vinte e um mil, seiscentos e cinquenta e três reais, e sessenta e sete centavos). Diz perceber que no entender do fiscal, as Infrações 01, 02 e 04 deveriam ser majoritariamente canceladas, em razão da

procedência dos argumentos levantados pela Impugnante, enquanto as Infrações 03 e 05 deveriam ser mantidas em quase sua totalidade.

Em relação à Infração 03, o Fiscal afirmou que “não tem competência para compensar recolhimento de tributo em função da troca do código de receita”, de modo que a Impugnante deveria ter procedido com o pagamento do referido montante através do código de receita correto e procedido posteriormente com um pedido de restituição dos valores pagos equivocadamente.

Quanto à Infração 05, entendeu que as alegações da Impugnante elidiriam em parte a cobrança, restando um montante considerável a ser pago a título de ICMS por antecipação. Ocorre que, em que pese as informações fiscais apresentadas terem diminuído consideravelmente o valor cobrado inicialmente, o valor residual da autuação também não merece prosperar, pelos motivos que passa a expor.

Em relação a infração 03 afirma que a premissa adotada pelo ilustre fiscal se mostra absolutamente irrazoável. Se o recolhimento foi efetuado, embora em código distinto, é evidente que não pode manter a cobrança e obrigar que a Impugnante realize pedido de restituição para recuperar o valor já recolhido e reitera os seus argumentos da inicial.

Quanto à Infração 05, a Impugnante ressalta novamente que, até o presente momento, não foi esclarecido a questão da redução correspondente à alíquota interestadual e o respectivo creditamento, e reitera os seus argumentos defensivos.

Enfatiza que a Fiscalização continua sem apresentar qualquer justificativa quanto à utilização de alíquota interestadual menor que a devida, o que resultou na apuração de crédito em valores menores que o ICMS destacado nas Notas Fiscais objeto da autuação, culminando na aplicação da multa de 60%. Motivo que, por si só, já impõe o reconhecimento da nulidade do auto de infração sub examine, por implicar em evidente cerceamento ao direito de defesa da Impugnante.

Mesmo que não seja reconhecida a nulidade da autuação vinculada à Infração 05, fato é que, conforme exaustivamente exposto em sua Impugnação, as mercadorias recebidas pelo estabelecimento autuado são decorrentes de mera transferência de estoque entre empresas do mesmo grupo, não havendo de se falar em utilização de benefício fiscal redutor da carga tributária, ainda que a Impugnante assim desejasse.

Finaliza solicitando a nulidade do presente Auto, quanto à Infração 05, eis que não há elementos que permitam a identificação mínima da suposta cobrança; e/ou a improcedência das Infrações 03 e 05, pelos fatos e fundamentos de direitos já apresentados em sua Impugnação.

Em virtude da aposentadoria da autuante nova Informação foi prestada por auditor estranho ao feito às fls. 300 a 311, que após fazer um resumo de todas as manifestações do autuado e autuante se pronuncia no sentido de acompanhar as conclusões do autuante em relação ao pedido de nulidade, uma vez que se basearam nas regras contidas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, no seu artigo 18. Lá, fez a análise das normas que fundamentam a nulidade em comparação com o que ocorreu na autuação. Assim, reitera que o “Auto de Infração em foco não é nulo uma vez que os atos foram praticados por autoridade competente, não houve preterição do direito de defesa, as decisões foram fundamentadas e o lançamento de crédito não foi de ofício, não houve erro na menção ao dispositivo de lei”.

No mérito passa a se manifestar em relação a infração 01 dizendo que, considerando que os elementos trazidos pelo fiscal autuante estão fundamentados em documentos mantém a sua decisão, ou seja, retira a autuação para a infração em lide.

Na infração 02 o autuante reconheceu o pedido feito pelo autuado em relação às Notas Fiscais 14.261, 13.943, 242, 377, 165, 14.397, 15.079, 382, 381 e 312, as quais acobertaram a compra de material de uso e consumo de outras unidades da federação por parte do contribuinte, uma vez que houve um recolhimento no mês em agosto de 2013, inclusive o pagamento do imposto foi a maior. Entretanto o contribuinte não comprovou que houvera pago o imposto referente à

diferença de alíquota para o mês de maio de 2013, e manteve a autuação para o valor de R\$ 228,00, com o qual concorda, pois os elementos trazidos pelo fiscal autuante referentes ao mês de maio de 2013 estão fundamentados em documentos e planilha (sendo esta apresentada à fl. 07 deste PAF), além do fato de que o defendente não elidiu a autuação através de provas materiais,

Quanto à infração 03 também concorda com o entendimento do autuante de não acatar a alegação defensiva de que não se pode manter a cobrança se o recolhimento já foi realizado, ainda que o código de receita esteja errado, já que deveria ser 1145 e não 2175, conforme registrou no Documento de Arrecadação Estadual (DAE), uma vez que não conseguiu provar que os Artigos 73, 75 e 79 não devem ser considerados pelo Auditor Fiscal na sua fiscalização, ou seja, que, muito embora aquelas normas exijam que a competência para tal operação (o indébito) seja realizada apenas, e tão somente, pelo Inspetor, o requerente admite que o Auditor Fiscal, no trabalho de fiscalização, deve ser moderado nas suas decisões.

Entende que o contribuinte deve recolher aos cofres públicos o valor autuado, uma vez que a natureza da operação foi de Antecipação Tributária e, em seguida, pedir restituição à Secretaria da Fazenda do valor recolhido com código de receita de Antecipação Parcial! E no que tange ao mês de janeiro de 2014, o crédito constituído passou de R\$ 975,15 para R\$ 955,50 (conforme planilha anexa), haja vista que a legislação contida no Decreto nº 14.213, de 22/11/2012, do Estado da Bahia, não poderia ser aplicada na Nota Fiscal nº 333, datada de 13/01/2014, registrada na planilha à fl. 17, deste PAF, uma vez que o fornecedor, da subunidade federativa Pernambuco, tinha como atividade econômica o comércio varejista e não o comércio atacadista.

No respeitante à infração 04 conforme se pode verificar no posicionamento do fiscal autuante em relação à primeira Defesa, a mesma considera que o contribuinte não contestou a autuação do mês de novembro de 2013. Na segunda defesa também não há elementos importantes a serem analisados.

Como o crédito constituído pelo fiscal autuante se baseou em planilha, na qual consta o registro de documentos fiscais, conforme fls. 19 a 28 deste PAF, opina pela manutenção da autuação do valor referente à R\$ 165,25 referente ao mês de novembro de 2013.

Quanto à infração 05 -Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, após fazer um resumo das argumentações da autuada e considerações do autuante e considerando que as retificações realizadas pelo fiscal autuante foram suficientes (já que reduziu o valor original de R\$ 6.875,70 para R\$ 6.665,61, conforme planilha acostada em CD à Informação Fiscal), opina pela manutenção da constituição do crédito no valor de R\$ 6.665,61.

VOTO

O presente Auto de infração, lavrado em 21/05/2017, diz respeito à exigência de ICMS mais multa no valor total de R\$ 40.766,70, em face das seguintes acusações:

Infração 01 – 06.01.01 - *“Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no valor de R\$ 12862,25”.*

Infração 02 - 06.02.01 - *“Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, no valor de R\$ 5.964,14”.*

Infração 03 - 07.01.01 – *“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, no valor de R\$ 14.614,45”.*

Infração 04 – 07.01.02 – *“Efetuou recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da*

Federação, no valor de R\$ 450,16.”.

Infração 05 - 07.01.03 - “Multa percentual sobre a parcela do imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no valor de R\$ 6.875,70”.

O impugnante requer a nulidade do lançamento fiscal como um todo, com ênfase na infração 05, calcado no princípio da verdade material, asseverando que as fundamentações das infrações não expressam clareza e precisão quanto aos fatos a ele imputados, cerceando o seu direito de defesa, garantido constitucionalmente.

Para melhor discussão da matéria ora posta, iniciarei apreciando a infração 05, que de acordo com a descrição contida no auto de infração, trata de *“Multa percentual sobre a parcela do imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente”.*

Os fatos descritos foram enquadrados no artigo 8º, inciso II e § 3º, art. 23 da Lei 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS.

Por outro lado, verifico que nos demonstrativos elaborados e que serviram como embasamento para o lançamento, fls. 33 a 141, a autuante indicou todas as notas fiscais autuadas, calculou o **ICMS - Antecipação Tributária Parcial**, e ao final exigiu no presente lançamento a multa no percentual de 60%.

Ou seja, a situação fática constatada pela fiscalização não havia sido aquela motivadora da autuação, pois estava exigindo a multa por falta de recolhimento do ICMS-Antecipação Parcial, que diz respeito a mercadorias tributadas normalmente, está prevista no art. 12-A da Lei 7.014/96, e não a multa percentual, conforme descrito no auto de infração, referente a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Diante desta situação, tem total pertinência a alegação de defesa de que não existiu clareza na autuação, bem como, falta de materialidade da acusação, pois não consta dos autos a prova de que as mercadorias foram vendidas sem o pagamento do imposto ora em discussão.

E diante desta falta de clareza e falta de materialidade, caminhou ele (impugnante) para se defender da falta de recolhimento do imposto, como substituto tributário nas operações interestaduais ora autuada, inclusive citando o Convênio ICMS 81/1993, que estabelece normas gerais a serem aplicadas a regimes de substituição tributária, instituídos por Convênios ou Protocolos firmados entre os Estados e o Distrito Federal.

É, portanto, flagrante a falta de nexo entre o fulcro da acusação e os fatos, não se podendo admitir mudança do fulcro da autuação ao longo do processo, ou mesmo acusação dúbia. O § 1º do art. 18 do RPAF somente admite o saneamento de “eventuais” incorreções ou omissões, ou a inobservância de exigências meramente formais.

Por tudo quanto exposto, a infração 05 é nula diante das determinações do art. 18, II e IV, “a” do RPAF/BA.

Em relação às demais infrações, observo que toda a fundamentação do lançamento se encontra devidamente demonstrada em cada infração, de per si, não somente com o dispositivo da Lei 7.014/96, reguladora do ICMS, mas também, quando possível e cabível, da disposição no Regulamento do ICMS do Estado.

Ademais, verifico que foram elaborados e anexados aos autos, para cada acusação, os respectivos demonstrativos analíticos, que comprovadamente foram entregues ao sujeito passivo, tanto que na defesa apresentada, quanto na manifestação posteriormente trazida, foram rebatidos os argumentos da acusação fiscal, com clareza e objetividade, o que demonstra o pleno entendimento da acusação.

No que concerne ao pedido de realização de diligência, considero que os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação de meu convencimento, na qualidade de julgadora deste processo administrativo fiscal, razão pela qual, tal pleito fica indeferido, com base no art. 147, inciso I do RPAF/99.

No mérito, as infrações 01 e 02 tratam da falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais referentes a aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação destinadas ao ativo fixo (infração 01), e ao consumo do estabelecimento (infração 02).

O defendente nega o cometimento das infrações, asseverando que os valores ora exigidos foram devidamente recolhidos, inclusive em valor superior ao exigido.

A autuante, ao prestar a informação fiscal, concorda inteiramente com os argumentos defensivos relacionados à infração 01, com o que concordo, razão pela qual, essa infração é totalmente insubsistente.

Quanto à infração 02, após as devidas análises das provas apresentadas a fiscalização conclui pela aceitação total referente ao mês de maio de 2013. Acatou parcialmente as argumentações relativas ao mês de agosto, remanescendo o valor de R\$ 228,00, pela falta de apresentação de provas.

Concordo com tais conclusões, até porque o contribuinte foi cientificado desta conclusão e não mais se manifestou a respeito. Infração subsistente parcialmente, no valor de R\$ 228,00.

A infração 03 exige o recolhimento *do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação*.

O sujeito passivo alega que o valor exigido no mês de outubro de 2013 foi efetivamente recolhido antes da lavratura do Auto de Infração, porém, o fez com o código de Receita nº 2175 que se relaciona a “Antecipação Parcial”, quando o correto seria nº 1145 “Antecipação Tributária”.

A autuante, ao prestar a Informação Fiscal, de início reconhece que no mês de janeiro de 2014 incorreu em equívoco ao exigir o valor de R\$ 975,14, quando o correto seria de R\$ 955,50, em razão de se tratar de mercadorias oriundas do estado de Pernambuco, cujos emitentes foram contribuintes com atividade de varejo, não sendo permitido a aplicação de alíquota prevista no Decreto 14.213, de 22/12/2012.

Rechaça a argumentação defensiva relativa ao mês de outubro de 2013, externando o entendimento de que o contribuinte deveria seguir o rito previsto no art. 75, seção II do RICMS, que trata da “restituição do indébito”.

Da análise dos documentos anexados aos autos, constato que o sujeito passivo anexou aos autos, fl. 189v e 191 Documentos de Arrecadação Estadual, acompanhados dos respectivos comprovantes de pagamentos emitidos por instituição financeira, neles indicando as notas fiscais relacionadas no demonstrativo que deu respaldo a presente exigência, no mês de outubro/2013, fls. 08 a 16. Contudo, incorreu em equívoco ao consignar como código de receita 5709 – ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL quando deveria ter consignado o código correto, no caso 1145 – ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.

Entendo que o autuado cumpriu a obrigação tributária principal de recolher o imposto devido. O fato de indicar o código de receita incorreto, não pode justificar a exigência de cumprimento de uma obrigação já adimplida. No caso, há de prevalecer à verdade material, no sentido de que restou comprovado que o imposto exigido neste item da autuação foi devidamente recolhido. Recomenda-se que o contribuinte providencie junto à repartição fazendária a devida regularização.

Assim sendo, deve ser excluído da presente exigência o valor de R\$ 13.489,72, referente ao mês de outubro de 2013, remanescendo para a infração 03 o valor de R\$ 1.105,09, conforme a seguir:

Data Ocorr. A. Infração		Vlr julgado
ago/13	149,59	149,59
out/13	13.489,72	0,00
jan/14	975,14	955,50
Total da infração 03	14.614,45	1.105,09

Por fim, quanto à infração 04, que se relaciona ao recolhimento a menos do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições provenientes de outras Unidades da Federação o sujeito passivo se insurge exclusivamente contra a exigência relativa ao mês de setembro de 2014, asseverando que o valor exigido fora devidamente recolhido, conforme comprovantes de pagamento que anexou, fato acatado pela autuante, com o qual concordo.

Assim, deve ser excluída a exigência relativa ao referido mês, no valor de R\$ 284,91, restando o valor de R\$ 165,25, relativo ao mês de novembro de 2013. Infração parcialmente subsistente.

Quanto ao pedido do representante legal da empresa de que cópias das notificações referentes à presente lide sejam encaminhadas ao escritório de advocacia situado no Estado do Rio de Janeiro, entendo que nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade da intimação, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela PPROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 1.498,34, conforme a seguir:

Infração	A. Infração	Total
01	12.862,25	0,00
02	5.964,14	228,00
03	14.614,45	1.105,09
04	450,00	165,25
05	6.875,70	0,00
Totais	40.766,54	1.498,34

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ªJunta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207158.0001/17-2, lavrado contra **INBRANDS S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar do recolhimento do imposto de **R\$ 1.498,34**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “f”, e “d”, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR