

PROCESSO	- A. I. N° 279266.0009/20-7
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- MACAM COMÉRCIO ATACADISTA DE ALIMENTOS EIRELI
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0167-05/22-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP SERVIÇOS

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0071-11/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Excluídas da cobrança as operações de aquisição de mercadorias para revenda. Exigência fiscal convertida em multa pecuniária em razão da ausência de repercussão financeira na conta corrente do imposto dos valores remanescentes desse item da autuação; **b)** AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Excluídos desse item da autuação os valores relacionados às operações não sujeitas ao regime da S.T. Parte dos valores cobrados é devida a título de imposto e parte foi convertida em multa pecuniária em razão da ausência de repercussão financeira na conta corrente do imposto; **c)** DOCUMENTOS FALSOS OU INIDÔNEOS. Infração caracterizada e admitida pelo contribuinte. Exigência fiscal convertida em multa pecuniária em razão da ausência de repercussão financeira na conta corrente do imposto; **d)** DESTAQUE A MAIOR DO IMPOSTO E APROPRIAÇÃO EM VALOR SUPERIOR CONSIGNADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Constatada a existência de cobranças em duplicidade nestes itens da autuação. Parte dos valores cobrados é devido a título de imposto e parte foi convertida em multa pecuniária em razão da ausência de repercussão financeira na conta corrente do imposto. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O INFORMADO PELO CONTRIBUINTE NA ESCRITA FISCAL. Incompatibilidade entre a descrição do fato apurado e o correspondente enquadramento legal em confronto com os demonstrativos em que se fundamentou a cobrança. Nesta situação, não pode o órgão julgador sanear a infração, sob pena de alterar o fulcro da acusação fiscal, o que lhe é vedado pela legislação do processo administrativo fiscal. A Infração deveria ter outra descrição, relacionada ao imposto que foi apurado a partir de notas fiscais emitidas pelo contribuinte em que foi destacado a menor ou não destacado o ICMS em operações de saídas tributadas. Caracterizado também o cerceamento do direito de defesa. Nulidade formal; **b)** ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. Não cabível a cobrança do imposto a título do adicional de 2% para o Fundo de Combate à Pobreza, no período objeto da autuação, para algumas mercadorias. Mantida em parte a cobrança do imposto; **c)** ERRO NA DETERMINAÇÃO

DA BASE DE CÁLCULO. Excluídas da cobrança as operações de transferências internas entre estabelecimentos da empresa autuada. Não incidência do ICMS. Item parcialmente mantido. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em relação à Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração lavrado em 30/09/2020 para exigir ICMS no valor principal de R\$190.125,78, contendo as seguintes imputações fiscais:

INFRAÇÃO 01 - 01.02.02 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento. Valor exigido: R\$ 1.506,97, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96. Ocorrência verificada nos meses de janeiro e março de 2017.

INFRAÇÃO 02 - 01.02.06 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária. Valor exigido: R\$ 61.710,63, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96. Ocorrência verificada nos meses de janeiro a dezembro dos exercícios de 2016 e 2017.

INFRAÇÃO 03 - 01.02.11 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos. Valor exigido: R\$ 624,71, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inc. IV, alínea “j” da Lei nº 7.014/96. Ocorrência verificada no mês de maio de 2016.

INFRAÇÃO 04 - 01.02.40 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. Valor exigido: R\$ 8.057,17, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96. Ocorrência verificada nos meses de junho e agosto de 2016 e março e setembro de 2017.

INFRAÇÃO 05 - 01.02.41 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque do imposto a maior nos documentos fiscais. Valor exigido: R\$ 7.054,28, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96. Ocorrência verificada nos meses de novembro e dezembro de 2016 e janeiro de 2017.

INFRAÇÃO 06 - 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. Valor exigido: R\$ 88.977,86, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “b” da Lei nº 7.014/96. Ocorrência verificada nos meses de março, junho e setembro de 2016; abril, maio, junho, julho e novembro de 2017.

INFRAÇÃO 07 - 03.02.02 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor exigido: R\$ 3.008,41, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96. Ocorrência verificada nos meses de janeiro a dezembro dos exercícios de 2016 e 2017.

INFRAÇÃO 08 - 03.02.05 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor exigido: R\$ 19.185,75, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96. Ocorrência verificada nos meses de janeiro a dezembro de 2016 e meses de janeiro e fevereiro de 2017.

Após as deliberadas, a JJF proferiu o seguinte voto condutor:

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 08 (oito) imputações fiscais, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Inicialmente cabe consignar que o presente processo foi convertido em diligência por esta 5ª Junta de Julgamento, conforme Termo lavrado às fls. 105 a 109 dos autos. Através deste procedimento revisional foram resolvidas as questões processuais passíveis de saneamento, não se mostrando necessária mais nenhuma medida adicional, conforme será melhor detalhado no exame de cada uma das 08 (oito) infrações que compõem o presente lançamento de ofício.

Passaremos doravante ao exame de mérito das infrações onde não foram suscitadas pela defesa nulidades do procedimento fiscal. Para essas ocorrências não foram identificadas, na fase de instrução processual, vícios formais que pudesse conduzir à anulação do ato de lançamento.

Nas infrações 01 a 05 as acusações fiscais estão relacionadas ao creditamento indevido do ICMS na conta corrente fiscal em razões de diversas irregularidades.

Na Infração 01 o crédito indevido se refere à aquisição de mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento.

A irresignação empresarial recaiu sobre a operação acobertada pela NF-e nº 1098472, relacionada à aquisição de mercadorias destinadas à posterior comercialização, com direito a crédito do ICMS na entrada, conforme lançamento escritural efetuado no livro de apuração do imposto – fato gerador de 31/01/2017, no valor de R\$ 17,07. De acordo com o que foi documentado nos autos, à fl. 68, a referida nota fiscal diz respeito a aquisição de vassouras e rodos em outra Unidade da Federação para fins de revenda. O Autuante reconheceu, na fase de informação fiscal, o acerto da alegação defensiva, procedendo à exclusão da cobrança em relação à referida NF-e. Remanesceu neste item da autuação o valor R\$ 1.489,90, pertinente ao fato gerador de 31/03/2017.

Em relação ao valor remanescente do item 01, ocorrência do mês de março/2017, a defesa reconheceu que o lançamento escritural dos créditos é indevido, porém, argumentou, que não houve repercussão financeira da escrituração indevida em desfavor da Fazenda Pública Estadual, visto que neste período possuía na conta corrente fiscal créditos em valor que superam o débito apurado no Auto de Infração. Foi evidenciado nos autos após diligência determinada por esta 5ª JJF, executada pelo próprio autuante, que no mês de março/17 o contribuinte possuía na conta corrente fiscal saldo credor no valor de R\$ 714.054,92, suficiente a absorver o débito remanescente da infração 01, no importe de R\$ R\$ 1.489,90. Nessas circunstâncias, cabível tão somente a multa de 60% do valor do crédito escriturado indevidamente, prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, conjugado com a obrigação de o contribuinte proceder ao estorno dos valores indevidamente lançados na escrita fiscal.

Infração 01, PROCEDENTE EM PARTE, reduzida para a multa de 60% de R\$ 1.489,90, totalizando a quantia de **R\$ 893,94** - fato gerador do mês de março/2017.

Na infração 02 o crédito indevido decorreu do lançamento escritural de créditos nas aquisições de mercadorias enquadradas no regime da Substituição Tributária, ou seja, sobre entradas de produtos cujo imposto já se encontrava recolhido antecipadamente, sem lançamento a débito do ICMS nas saídas subsequentes. Valor lançado: R\$ 61.710,63.

O contribuinte, na fase defesa, apontou que a referida cobrança recaiu sobre diversas mercadorias não enquadradas no regime da ST, listadas entre as fls. 68/69 dos autos.

Na fase de informação fiscal, o ponto de discórdia entre a fiscalização e o contribuinte concentrou-se no produto “Chocolate Pó Solúvel FLESCHMANN 24X200gr”, que no entendimento do fisco é tributado antecipadamente, por enquadramento da referida mercadoria no subitem 11.2., do Anexo I, do RICMS-Ba, com a seguinte nomenclatura: “chocolates a base de cacau, em embalagens de conteúdo inferior ou igual a 1kg”. Na revisão efetuada pelo fisco a proposição foi no sentido da redução desse item da autuação para o valor de R\$ 11.918,74.

A defesa afirmou ainda que o valor remanescente dessa infração 02 não gerou repercussão financeira em desfavor da Fazenda Pública Estadual, visto que neste período a empresa autuada possuía na conta corrente fiscal créditos em valor que superam o débito de imposto apurado no Auto de Infração. Postula que seja aplicada ao caso a multa de 60% do valor do imposto residual creditado indevidamente.

No que se refere à mercadoria “Chocolate Pó Solúvel FLESCHMANN 24X200gr”, enquadrada na NCM sob o código 1806.1000 (Cacau em pó, com adição de açúcar ou de outros edulcorantes), trata-se de produto que a época das ocorrências fiscais lançadas no A.I. (exercícios de 2016 e 2017) não estava enquadrado no regime da ST. Não consta no Anexo I do RICMS-Ba o código NCM 1806.1000.

Portanto, com razão o contribuinte em relação à exclusão desse produto da autuação.

Ficou também evidenciado nos autos, após diligência determinada por esta 5ª JJF, executada pelo próprio autuante, que nos meses janeiro, fevereiro, março, abril, junho, setembro, outubro e novembro e dezembro de 2016, o contribuinte possuía na conta corrente fiscal saldos credores de ICMS suficientes a absorver os débitos remanescentes da infração 02, conforme planilha juntada à fl. 114 dos autos. Somente no mês de agosto/2016, houve saldo devedor, resultando na cobrança de imposto no valor de R\$ 301,46.

No exercício de 2017 os saldos credores superaram os débitos apurados no A.I. nos meses janeiro a outubro de 2017. Nos meses de novembro de dezembro de 2017, apurou-se saldo devedor na conta corrente fiscal, devendo ser mantida a exigência do imposto a título, de crédito indevido, nos valores respectivamente de R\$ 1.555,40 e R\$ 1.217,87, conforme apurado na revisão do autuante.

Dessa forma, o demonstrativo de débito da Infração 02 passa a ter a configuração aritmética descrita na tabela abaixo, conforme revisão efetuada pelo autuante, com a exclusão da cobrança dos produtos não submetidos ao pagamento do imposto pelo regime da ST, abrangendo inclusive o produto “Chocolate Pó Solúvel FLESCHMANN 24X200gr”:

[...]

Infração 02 PROCEDENTE EM PARTE.

Na Infração 03, o crédito indevido tem origem na utilização de documento falso ou inidôneo, cuja ocorrência foi apurada no mês de maio de 2016, no valor de R\$ 624,71.

O contribuinte, na fase de defesa, reconheceu a procedência dessa cobrança, por se referir a documento fiscal que foi cancelado pelo emitente, erroneamente lançado pela empresa na sua EFD (escrituração fiscal digital). Porém, o contribuinte alegou que o crédito indevidamente escriturado, gerador do débito lançado neste item do A.I., é inferior ao saldo credor existente na conta corrente fiscal da empresa. Conforme já evidenciamos linhas acima, neste caso, só é cabível a multa de 60% do valor do imposto, conforme norma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, conjugado com a obrigação do contribuinte proceder ao estorno dos valores indevidamente lançados na escrita fiscal.

Infração 03, PROCEDENTE EM PARTE, reduzida para a multa de 60% de R\$ 624,71, totalizando a quantia de R\$ 374,83 – fato gerador de maio de 2016.

Na Infração 04, o crédito indevido de ICMS decorreu de lançamento na EFD de valor superior ao que foi destacado nos documentos fiscais. A exigência fiscal totalizou a importância principal de R\$ 8.057,17, com ocorrências verificadas nos meses de junho e agosto de 2016 e março e setembro de 2017.

O contribuinte, na peça defensiva, apontou a existência de duplicidades dessa cobrança com a infração 01, em relação as notas fiscais registradas nos meses de março - NF-e nº 27459 e NF-e nº 3141. Para a NF-e de entrada nº 101, registrada no mês setembro/17, discorreu que se trata de devolução realizada por empresa optante do Simples Nacional e o crédito foi apropriado com base nos dados constantes do campo informações complementares do documento fiscal. Na fase de informação fiscal as alegações defensivas foram acolhidas, remanescedo as cobranças lançadas nos meses de junho e agosto de 2016.

Para o mês de agosto de 2016 fica mantida a cobrança do imposto, no valor R\$ 1.412,25, fato que foi reconhecido pelo contribuinte na etapa de defesa. Para a ocorrência do mês de junho de 2016, que totalizou o imposto a cifra de R\$ 6.057,50, restou comprovado na diligência determinada por esta Junta de Julgamento que o contribuinte dispunha de créditos de ICMS na sua conta corrente fiscal em valores superiores ao crédito indevidamente lançado na escrita. Nessa circunstância só é cabível a multa de 60% do valor do imposto, conforme norma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, conjugado com a obrigação do contribuinte proceder ao estorno dos valores indevidamente lançados na escrita fiscal.

Infração 04, PROCEDENTE EM PARTE, que passa a ter a seguinte configuração:

[...]

Na Infração 05 a cobrança de crédito indevido tem origem no destaque a maior do imposto nos documentos fiscais. Ocorrência verificada nos meses de novembro e dezembro de 2016 e janeiro de 2017, totalizando a importância principal de R\$ 7.054,28.

Na Manifestação defensiva de fls. 90 a 93, apresentada após a juntada aos autos do Demonstrativo Analítico dessa infração (doc. fl. 84), e da subsequente conversão do feito em diligência, determinada por esta Junta de Julgamento, restou comprovado o lançamento em duplicidade das NF-e nº 452644 e nº 67366, em dezembro/2016; e, da NF-e nº 332796, em janeiro de 2017. Dessa forma as alegações empresariais restaram comprovadas quanto às suscitadas cobranças em duplicidade. Remanesceu na cobrança de crédito indevido em relação às NF-e nº 67366 e nº 452644, escrituradas em novembro de 2016 e a NF-e 332796, escriturada em dezembro de 2016.

Os valores remanescentes dessa infração, em relação ao imposto lançado, ficam afastados visto que restou comprovado na diligência determinada por esta Junta de Julgamento que o contribuinte dispunha de créditos de ICMS na sua conta corrente fiscal em valores superiores ao crédito indevidamente lançado na escrita. Nessa circunstância só é cabível a multa de 60% do valor do imposto, conforme norma do art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, conjugado com a obrigação do contribuinte proceder ao estorno dos valores indevidamente lançados na escrita fiscal.

Infração 05, PROCEDENTE EM PARTE, que passa a ter a seguinte configuração:

[...]

Infração 07 – Neste item a exigência fiscal decorreu de recolhimento a menor do imposto em razão de erro na aplicação das alíquotas incidentes nas operações de saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor lançado: R\$ 3.008,41.

O contribuinte argumentou, em sua defesa, que o art. 16-A, da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 13.461/2015, somente produziu efeitos a partir de 10/03/2016, de forma que as exigências constantes do Demonstrativo de Débito deste item da autuação com a aplicação de alíquota de 20% até 09/03/2016 devem ser excluídas da cobrança. Acrescentou ainda que produto codificado sob o nº 36927.0 (Sidra Cereser Maça s/ álcool), não é bebida alcoólica, devendo ser excluída dessa exigência fiscal.

A defesa apresentou, na tabela inserida à fl. 73 dos autos, que totaliza a importância de R\$ 2.802,71, os valores que sustenta serem devidos para essa infração. Porém, nos meses indicados no seu demonstrativo a empresa sustenta que houve saldo credor na sua conta corrente do ICMS, não havendo repercussão geradora de débito fiscal. Requer que essa infração seja declarada improcedente nos meses em que não houve repercussão financeira.

O autuante, na fase de informação fiscal, reconheceu a procedência dos argumentos defensivos quanto às exclusões requeridas pelo contribuinte, reduzindo a infração 07 de R\$ 3.008,41 para R\$ 2.802,71, em conformidade com o Demonstrativo reproduzido à fl. 73 dos autos.

Passaremos, doravante, a decidir a questão.

A alíquota adicional de 2%, prevista na Lei nº 13.461/2015 somente passou a produzir efeitos a partir 10/03/2016 e o produto Sidra Cereser Maçã sem álcool não é produto enquadrado na alíquota adicional, por não ser bebida alcoólica. Com razão o contribuinte em relação às exclusões requeridas na peça defesa. No que se refere ao pedido de improcedência da cobrança residual em razão da empresa possuir na conta corrente fiscal saldo em valor superior ao débito fiscal apurado, trata-se de pedido que não tem amparo na legislação de ICMS do Estado da Bahia.

A denominada falta de repercussão somente é aplicável nas infrações de crédito indevido, com conversão da cobrança do imposto em multa pecuniária, nos termos do art. 42, inc. VII, da Lei nº 7.014/96.

Infração 07 fica mantida em parte, no valor principal de R\$ 2.802,71, acrescida da multa de 60%, conforme demonstrativo de débito a seguir reproduzido:

[...]

Infração 08 – Neste item da autuação a cobrança se refere a recolhimento a menor do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

A defesa afirmou que no Demonstrativo de Débito desta ocorrência existem operações lançadas com o CFOP 5152, que corresponde às transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, quantificadas na tabela inserida à fl. 74 dos autos.

Acrescentou, na sequência, que para os meses indicados nesta Infração a autuada apresentou saldo credor no livro de Apuração do ICMS, não havendo repercussão econômica a gerar débito do imposto.

Pede que esta Infração seja declarada improcedente nos períodos mensais em que não houve repercussão em desfavor do Estado.

O autuante, na fase de informação, procedeu a exclusão das operações de transferências, reduzindo o débito da infração 08, de R\$ 19.185,75 para R\$ 17.619,95.

Correta a exclusão processada pelo autuante considerando que as operações de transferências internas de mercadorias não são tributadas pelo ICMS, de acordo com o entendimento consolidado neste CONSEF em sua jurisprudência, a partir do Incidente de Uniformização PGE nº 2016.169506-0 e da Súmula nº 08, que apresenta o seguinte verbete: “Não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens e mercadorias entre estabelecimentos de mesmo titular”.

A alegação defensiva de falta de repercussão econômica da exigência de ICMS somente é aplicável nas infrações de crédito indevido, com conversão da cobrança do imposto em multa pecuniária, nos termos do art. 42, inc. VII, da Lei nº 7.014/96. Pedido do contribuinte sem respaldo na lei de regência do imposto.

Infração 08 mantida em parte, no valor principal de R\$ 17.619,95, acrescida da multa de 60%, conforme demonstrativo de débito a seguir reproduzido, que está em conformidade com a revisão fiscal efetuada pelo autuante:

[...]

Passaremos doravante a analisar a infração em que o contribuinte suscitou a nulidade do procedimento fiscal, questão concentrada no item 06 da autuação.

Na Infração 06 é imputado ao contribuinte o recolhimento a menor do ICMS em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado nos livros, documentos fiscais ou declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos. Essa ocorrência totalizou a cifra principal de R\$ 88.977,86, e os fatos geradores referem-se aos meses de março, junho e setembro de 2016; e, abril, maio, junho, julho e novembro de 2017.

O contribuinte suscitou nulidade dessa infração, considerando que a descrição do fato infracional não está compatível com o Demonstrativo de Débito dessa ocorrência. A tipificação da infração demandaria a demonstração de que o valor recolhido (pago através de DAE para o respectivo mês de competência), é menor que o apurado na escrita fiscal. Porém, o Demonstrativo não apresenta essa situação. A defesa enquadrou essa desconformidade nas disposições do art. 18, inc. II, do RPAF/99 e na Súmula 01 do CONSEF que estabelece ser “... nulo o procedimento fiscal que não contenha de forma clara e comprehensiva, a demonstração da base de

cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo”.

O autuante, na peça informativa, rebateu os argumentos defensivos, sustentando que a descrição da infração e a tipificação estão corretos, pois se trata de imposto devido e não recolhido cujas operações não foram levadas a registro na EFD.

Examinando o Demonstrativo Analítico em que se fundamenta a cobrança do imposto lançada no item 06 do Auto de Infração, inserido nos autos entre as fls. 14 a 18, percebe-se, sem maior esforço, que o lançamento fiscal tem origem em notas fiscais eletrônicas emitidas pela empresa autuada com destaque a menor ou sem destaque do ICMS. A apuração se deu nota a nota, operação a operação, sem qualquer menção ou confronto com os valores escriturados e os recolhimentos mensais registrados na EFD do contribuinte.

No cenário acima descrito a incompatibilidade da acusação fiscal está claramente evidenciada, pois o descriptivo da infração aponta divergência entre o recolhido e o apurado na escrita fiscal, porém, os demonstrativos revelam outra situação: apuração do imposto foi feita diretamente nas notas fiscais em que houve destaque a menor ou falta de destaque do ICMS em operações de saídas de mercadorias.

Consequentemente, a tipificação da infração nos dispositivos relacionados à escrituração fiscal digital (EFD), e a correspondente descrição na peça acusatória, estão incorretos, visto que o próprio autuante, na fase de informação fiscal, declarou que as notas fiscais objeto da cobrança não foram levadas a registro naquela escrita. Até mesmo a tipificação da multa seria outra, caracterizada a falta de registro das notas fiscais.

A infração em exame deveria, portanto, ter outra descrição, relacionada ao imposto que foi apurado a partir de notas fiscais emitidas pelo contribuinte em que foi destacado a menor ou não destacado o ICMS em operações de saídas tributadas.

A **infração 06, é nula**, considerando a total incompatibilidade entre a descrição do fato apurado e o correspondente enquadramento legal com os demonstrativos em que se fundamentou a cobrança. Nesta situação, não pode o órgão julgador sanear a infração, sob pena de alterar o fulcro da acusação fiscal, o que lhe é vedado pela legislação do processo administrativo fiscal.

Dessa forma, restou caracterizado o vício formal do procedimento fiscal, situação enquadrável no art. 18, inc. II do RPAF (Decreto nº 7.629). Considerando que o ato praticado pelo autuante além de incorrer em preterição do direito de defesa, violou as disposições do art. 39 do mesmo regulamento, no que se refere aos requisitos formais para a validade do Auto de Infração, especialmente a incompatibilidade entre o Demonstrativo de Débito e o descriptivo da imputação fiscal.

Ante o acima exposto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, que passa a ter a seguinte composição:

Infração 01 – Procedente em parte; Multa Pecuniária de 60%: R\$ 893,94;
Infração 02 – Procedente em parte - ICMS: R\$ 3.074,73; Multa Pecuniária de 60%: 5.203,89
Infração 03 – Procedente em parte - Multa Pecuniária de 60%: 374,83;
Infração 04 – Procedente em parte – ICMS: R\$ 1.412,25; Multa Pecuniária de 60%: R\$ 3.634,50;
Infração 05 – Procedente em parte - Multa Pecuniária de 60% no valor R\$ 1.924,28;
Infração 06 – Nula, por vício formal;
Infração 07 – Procedente em parte - ICMS no valor de R\$ 2.802,71;
Infração 08 - Procedente em parte - ICMS no valor de R\$ 17.619,95.

Os valores recolhidos pelo contribuinte, na fase de defesa, conforme historiado às fls. 100 e 101 dos autos e no Relatório de pagamento extraído dos sistemas internos da SEFAZ-Ba, deverão ser homologados pela autoridade fiscal competente.

A JJF, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício, por ter a Decisão recorrida exonerado parcialmente o sujeito passivo dos débitos originalmente exigidos, relativo às infrações, em montante superior ao valor de R\$200.000,00, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, portanto cabível.

Quanto ao mérito, as razões do Recurso de Ofício referem-se a 8 infrações que passarei a analisar individualmente, como segue:

Infração 01: o contribuinte utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento. Valor exigido: R\$1.506,97, o qual foi reduzido para

60% de R\$1489,90, que totalizou R\$893,94, após o diligente reconhecer que o valor cobrado na competência 01/2017, referente a Nota Fiscal nº 1098472, se referia a compra para comercialização e não para material de consumo, no entanto o valor cobrado referente a 03/2017 foi devidamente reconhecido pelo autuado. O autuante, por sua vez, ao verificar que contribuinte possuía na conta corrente fiscal saldo credor no valor de R\$14.054,92, suficiente a absorver o débito remanescente da infração, manteve apenas a multa.

Infração 02: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária. Valor exigido: R\$61.710,63. Em sua defesa o contribuinte comprovou que diversas mercadorias lançadas na autuação não se tratavam de itens incluídos na Substituição Tributária, o autuante reconheceu o quanto alegado e reduziu a infração para R\$11.918,74, como restou comprovado que, em alguns meses, a infração não gerou repercussão financeira em desfavor do estado, aplicou a multa de 60% do valor do imposto residual creditado indevidamente nesse período, no caso R\$5.203,89 e remanesceu o imposto nos meses de 08/2016, 11/2017 e 12/2017 totalizando o valor de R\$3.074,73.

Infração 03: - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos. Valor exigido: R\$624,71, a qual foi reduzida para a multa de 60%, no valor de R\$374,83 em função do saldo credor no período, fato este atestado pelo autuante.

Infração 04: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. Valor exigido: R\$ 8.057,17. Em sua defesa a autuada comprovou duplicidades dessa cobrança com a infração 01, em relação as notas fiscais registradas nos meses de março - Nota Fiscal-e nº 27459 e Nota Fiscal-e nº 3141. Para a Nota Fiscal-e de Entrada nº 101, registrada no mês setembro/17, discorreu que se trata de devolução realizada por empresa optante do Simples Nacional e o crédito foi apropriado com base nos dados constantes do campo informações complementares do documento fiscal, fatos estes, acatado pelo autuante. Infração reduzida para R\$ 1.412,25 e 60% de multa no valor de R\$ 3.634,50, visto que na competência 06/2016 o contribuinte possuía créditos de ICMS na sua conta corrente fiscal em valores superiores ao crédito indevidamente lançado na escrita fiscal, o que não gerou repercussão financeira ao Estado.

Infração 05: - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque do imposto a maior nos documentos fiscais. Valor exigido: R\$ 7.054,28. Em diligencia restou comprovado o lançamento em duplicidade das Notas Fiscais-e nºs 452644 e 67366, em dezembro/2016; e, da Nota Fiscal-e nº 332796, em janeiro de 2017. Remanesceu apenas a cobrança de crédito indevido em relação às Notas Fiscais-e nºs 67366 e 452644, escrituradas em novembro de 2016 e a Nota Fiscal-e nº 332796, escriturada em dezembro de 2016. Também nessa infração, apenas restou a multa de 60% totalizando R\$ 1.924,28, pois o crédito acumulado no período autuado era em valores superiores ao crédito indevidamente lançado na escrita.

Infração 06: 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. Valor exigido: R\$ 88.977,86. Infração NULA, como bem esclareceu o julgador de piso ao qual me alinho:

“Examinando o Demonstrativo Analítico em que se fundamenta a cobrança do imposto lançada no item 06 do Auto de Infração, inserido nos autos entre as fls. 14 a 18, percebe-se, sem maior esforço, que o lançamento fiscal tem origem em notas fiscais eletrônicas emitidas pela empresa autuada com destaque a menor ou sem destaque do ICMS. A apuração se deu nota a nota, operação a operação, sem qualquer menção ou confronto com os valores escriturados e os recolhimentos mensais registrados na EFD do contribuinte.

No cenário acima descrito a incompatibilidade da acusação fiscal está claramente evidenciada, pois o descriptivo da infração aponta divergência entre o recolhido e o apurado na escrita fiscal, porém, os demonstrativos revelam outra situação: apuração do imposto foi feita diretamente nas notas fiscais em que houve destaque a menor ou falta de destaque do ICMS em operações de saídas de mercadorias.

Consequentemente, a tipificação da infração nos dispositivos relacionados à escrituração fiscal digital (EFD), e a correspondente descrição na peça acusatória, estão incorretos, visto que o próprio autuante, na fase de informação fiscal, declarou que as notas fiscais objeto da cobrança não foram levadas a registro naquela

escrita. Até mesmo a tipificação da multa seria outra, caracterizada a falta de registro das notas fiscais.

A infração em exame deveria, portanto, ter outra descrição, relacionada ao imposto que foi apurado a partir de notas fiscais emitidas pelo contribuinte em que foi destacado a menor ou não destacado o ICMS em operações de saídas tributadas.

A infração 06, é nula, considerando a total incompatibilidade entre a descrição do fato apurado e o correspondente enquadramento legal com os demonstrativos em que se fundamentou a cobrança. Nesta situação, não pode o órgão julgador sanear a infração, sob pena de alterar o fulcro da acusação fiscal, o que lhe é vedado pela legislação do processo administrativo fiscal.

Dessa forma, restou caracterizado o vício formal do procedimento fiscal, situação enquadrável no art. 18, inc. II do RPAF (Decreto nº 7.629). Considerando que o ato praticado pelo autuante além de incorrer em preterição do direito de defesa, violou as disposições do art. 39 do mesmo regulamento, no que se refere aos requisitos formais para a validade do Auto de Infração, especialmente a incompatibilidade entre o Demonstrativo de Débito e o descriptivo da imputação fiscal.”

Infração 07: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor exigido: R\$ 3.008,41. Essa infração foi reduzida para R\$ 2.802,71, após o autuante acatar as razões da autuada no sentido de que o produto codificado sob o nº 36927.0-Sidra Cereser Maça s/álcool, não seria bebida alcoólica e não teria o adicional de 2% de alíquota prevista na Lei nº 13.461/15, e devia ser excluído da autuação, como de fato o foi.

Infração 08: Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor exigido: R\$ 19.185,75 que foi reduzido para R\$ 17.619,95 tendo em vista a exclusão das operações de transferências feita pelo autuante, seguindo o Incidente de Uniformização PGE nº 2016.169506-0 e da Súmula nº 08, que apresenta o seguinte verbete: “*Não cabe a exigência do ICMS nas operações internas de transferência de bens e mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular*”.

De todo o exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279266.0009/20-7, lavrado contra **MACAM COMÉRCIO ATACADISTA DE ALIMENTOS EIRELI.**, devendo ser intimado o recorrido, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.909,64**, acrescido da multa de 60%, prevista art. 42, incisos II, alíneas “a” e “b”, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa da penalidade pecuniária no valor de **R\$12.031,44**, prevista no inciso VII, “a” do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05. Os valores recolhidos pelo contribuinte, deverão ser homologados pela autoridade fiscal competente.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA