

A. I. Nº - 281521.0014/19-9
AUTUADO - JG EMPREENDIMENTOS IND., COM., EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - AUGUSTO CÉSAR CAMPOS DOS SANTOS
ORIGEM - DAT NORTE / INFRAZ VALE DO SÃO FRANCISCO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 05.04.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0038-05/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Excluída dessa exigência fiscal a operação de retorno de mercadorias para o estoque da empresa em decorrência de desfazimento de vendas, considerando que a saída originária foi tributada, situação em que o retorno dos produtos assegura o direito ao crédito. Não houve contestação das demais ocorrências. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração não contestada. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO. VALOR DECLARADO NA ESCRITA FISCAL. Comprovado nos autos que parte dos valores autuados já havia sido lançado em outro procedimento fiscal. Configurada a sobreposição de valores autuados. Infração reduzida. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração não contestada pelo autuado. Rejeitadas as arguições defensivas de nulidade do procedimento fiscal. Indeferido o pedido de conversão do feito em diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 27/09/2019, para exigir ICMS no valor principal de R\$ 107.808,59, contendo as seguintes imputações fiscais:

INFRAÇÃO 01 – 01.02.02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Valor exigido: R\$ 4.448,24. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96. Ocorrência verificada nos meses de maio de 2016 e agosto e dezembro de 2017.

INFRAÇÃO 02 – 02.01.01 - Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Valor exigido: R\$ 102.704,20. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96. Ocorrência verificada nos meses fev. mar, jul e ago de 2015; jan, fev, mai, jun, nov e dez de 2016; abr, mai, jun, set, out, nov e dez de 2017.

INFRAÇÃO 03 - 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 a consumo do estabelecimento. Valor exigido: R\$ 395,44. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96. Ocorrência verificada nos meses de agosto e dezembro de 2017.

INFRAÇÃO 04 – 07.15.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação adquiridas para fins de comercialização. Valor exigido: R\$ 260,71. Multa de 60%, prevista no

art. 42, inc. II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96. Ocorrência verificada nos meses de julho de 2015; maio e agosto de 2017.

Documentos que compõem a peça acusatória (fls. 06/39): Termo de Intimação para a correção dos arquivos da EFD com o apontamento das divergências entre a EFD e a NF-e; Demonstrativos da Infrações 01, 02, 03 e 04; Termo de Intimação do lançamento de ofício; e, mídia contendo os arquivos da autuação em formato eletrônico.

Contribuinte, após ser intimado do lançamento através dos Correios, com a entrega, em cópia reprográfica dos demonstrativos e mídia digital que serviram de lastro probatório da autuação, ingressa tempestivamente com defesa administrativa através da peça processual anexada aos autos entre as fls. 49 a 59, subscrita por advogado.

Suscitou, em razões preliminares, nulidade do procedimento fiscal por erro de tipificação das **infrações 01 a 04**. Afirmou que houve falta de adequação entre as descrições do Auto de Infração com a tipificação das penalidades.

Ainda no campo das nulidades discorreu que o lançamento não considerou os princípios da não cumulatividade, legalidade, razoabilidade e verdade material, recaindo em insegurança na determinação das infrações que é também causa de nulidade, nos termos art. 18, inc. IV, alínea “a”, do RPAF-Ba (Decreto nº 7.629/99). Acrescentou que a autoridade fiscal indicou múltiplas infrações em uma mesma ocorrência sem individualizar cada uma delas de forma clara e precisa, vício não passível de correção através de diligência.

Proseguiu afirmou que a **Infração 02** apresenta cobranças que já foram objeto de outros lançamentos de forma que essa ocorrência está em desconformidade com os demonstrativos elaborados pela Auditoria.

Além disso, na **Infração 04** os demonstrativos remetem tão somente ao valor apurado sem especificar as notas fiscais com a indicação dos produtos e correspondentes chaves eletrônicas para fins de conferência pela defesa.

Para os lançamentos efetuados em duplicidade, que se verificou o “*bis in idem*”, integrantes da **Infração 02**, apontou essa desconformidade para as ocorrências descritas na tabela abaixo, todas elas concentradas no exercício de 2017:

DATA DA OCORRÊNCIA	VALOR DO DÉBITO
30/04/2017	R\$ 2.893,59
31/05/2017	R\$ 7.358,69
30/06/2017	R\$ 3.139,96
30/09/2017	R\$ 4.262,63
31/10/2017	R\$ 6.254,63
30/11/2017	R\$ 5.251,49
31/12/2017	R\$ 2.106,07

Ao ingressar nas razões de mérito fez alusão às inconsistências a seguir descritas:

Infração 01 – para a ocorrência de 31/05/2016, valor do ICMS de R\$ 1.510,74, refere-se à Nota Fiscal nº 765 que acobertou operação de devolução de produto para o estoque da empresa, em razão do destinatário se encontrar com situação irregular perante o IBAMA. Acrescentou a defesa que no ato da emissão desse documento houve erro na especificação do CFOP. Afirmou que a cobrança do ICMS a título de crédito indevido por aquisição de material de uso e consumo não se aplica a essa operação. Juntou cópia da Nota Fiscal relativa a essa última operação (doc. fl. 70)

Infração 02 – Reiterou que nessa ocorrência houve cobrança de imposto em duplicidade pelas razões já retro expostas, de forma que pugna pela improcedência dos valores que foram objeto de outros lançamentos de ofício.

Finalizou a peça de defesa reiterando os pedidos formulados anteriormente de nulidade e, ou ao menos, de improcedência parcial das cobranças que compõem os itens 01 e 02 do Auto de Infração

Documentos juntados aos autos pela impugnante: Instrumento de Representação conferido ao advogado subscritor da inicial (Dr. Gileno Andrade de Almeida Junior, OAB-PE nº 32.616); contrato social da empresa autuada e posteriores alterações, cópia do A.I. e da NF-e/DANFE de Entrada nº 765.

No seu Informativo Fiscal (fls. 74/75), o autuante declarou inicialmente que a ação fiscal que resultou na lavratura do Auto de Infração abrangeu o período de 01/01/2015 a 31/12/2017.

Procedeu à revisão do valor lançado na **Infração 01** para excluir dessa ocorrência a NF-e 765, de 18/05/2016, no valor de R\$ 1.510,74, em razão desse documento se referir efetivamente à operação retorno de mercadoria ao estoque da empresa, cujo produto não foi entregue ao destinatário, expirado o prazo de 24 horas de emissão da NF originária de venda. Em decorrência dessa exclusão a **Infração 01** foi reduzida de **R\$ 4.448,24** para **R\$ 2.937,50**. Na sequência, contestou a alegação defensiva de que houve erro de tipificação para a conduta descrita neste item da autuação, considerando que a legislação de regência estabelece que o direito ao crédito de material de uso e consumo, nos termos da LC 171/2019 e art. 53, III, da Lei nº 7.014/96 é assegurado somente a partir de 01/01/2033. Entende que a tipificação da infração está correta.

No tocante à **Infração 02**, também procedeu à redução do débito desta ocorrência considerando que houve lançado anterior dos valores apontados na peça defensiva, através do PAF nº 850000.4541/19-2, nos meses de abril, maio, junho, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2017, totalizando a cifra de **R\$ 31.267,05**. Reduzida a **Infração 02** de **R\$ 102.704,20** para o valor histórico de **R\$ 71.437,15**.

Na **Infração 03** o autuante declarou não ter ficado claro e devidamente estabelecido o alcance da irresignação do sujeito passivo. Uma possível falta de documentos a comprovar a exigência fiscal está devidamente suprida com o Demonstrativo de Débito anexo ao A.I (fls. 24/25), cópia entre ao contribuinte, constam: o número das notas fiscais, data de emissão, unidade federada de origem da mercadoria e valores lançados, que totalizam **R\$ 395,44** lançados a título de falta de recolhimento de ICMS-DIFAL nas aquisições interestaduais de bens destinados a uso e consumo do estabelecimento.

Para a **Infração 04**, cuja cobrança recaiu sobre a falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, no valor histórico de **R\$ 260,71**, contestou os argumentos defensivos afirmando que nos Demonstrativos de Débito vinculados a essa ocorrência (fls. 27/33), cópia entregue ao contribuinte, foram detalhadas as informações relativas aos números das notas fiscais, data de emissão, unidade federada de origem das mercadorias; descrição dos produtos, base imponível e alíquotas.

Observou ainda que todas as notas fiscais objeto das cobranças se encontram na posse do autuado não procedendo os argumentos da defesa de que houve embaraço ao pleno exercício do direito de defesa e ao contraditório.

Remetido o PAF para o CONSEF e distribuído para a 5ª JJF, esta Relatoria, em 30/04/2021, procedeu a conversão do feito em diligência visando cientificar a empresa autuada e o seu defensor, constituído nos autos, do inteiro teor da Informação Fiscal e dos correspondentes Demonstrativos elaborados pelo autuante ao revisar as infrações 01 e 02, concedendo prazo de 10 (dez) dias para Manifestação escrita.

Adotadas as medidas saneadoras pelo órgão de preparo da Inspetoria, intimando o contribuinte via DTE (Domicílio Tributário Eletrônico), e transcorrido o prazo para a Manifestação defensiva sem o sujeito passivo ingressar com novas razões, os autos retornaram ao CONSEF visando a continuidade da instrução processual.

Em despacho exarado à fl. 277 do PAF, datado de 10/11/2022, após avaliação dos elementos existentes neste processo, conclui que o mesmo se encontra em condições de ser inserido na pauta de julgamento.

Apresento na sequência o meu voto.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em exame é composto de 04 (quatro) imputações fiscais, conforme foi minuciosamente descrito no relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Iniciamente cabe a esta Relatoria enfrentar as questões preliminares relacionadas a vícios insanáveis do procedimento fiscal suscitados na inicial defensiva.

1ª preliminar de nulidade: falta de elementos probantes no Auto de Infração (insegurança da acusação fiscal).

O pedido empresarial concentra-se basicamente na alegação de que a autoridade fiscal deixou de demonstrar a relação de pertinência das cobranças lançadas no A.I com os elementos de prova das ocorrências e correspondentes memórias de cálculo.

Compulsado os autos verifico, entretanto, que entre as fls. 15 a 32 consta, em formato papel, com reprodução eletrônica na mídia inserida à folha 33, Anexos contendo para cada infração: a data, número e chave do documento fiscal, código da mercadoria, descrição da mercadoria, base de cálculo, alíquota e imposto reclamado mensalmente. Os referidos elementos de prova foram segmentados por infração e fornecidos ao contribuinte, conforme a atesta o recibo de envio através do Correios, com aviso de recebimento (AR). A partir dessa base probatória pôde o contribuinte exercer o seu direito de defesa e enumerar as inconsistências do lançamento fiscal, conforme se verá mais à frente no exame das questões de mérito.

1ª preliminar de nulidade rejeitada.

Em outro tópico, ainda no campo dos vícios processuais, o contribuinte levantou uma segunda preliminar de nulidade: **violação aos princípios da não cumulatividade, verdade material, legalidade e razoabilidade, além de erro de tipificação das infrações.**

Argumentou a defesa que além do enquadramento legal do AI ter sido apontado **genericamente** pela Autoridade Administrativa, o ato lançamento foi realizado em discordância com a “verdade real dos fatos”, desatendendo normas do RPAF que regulam a atividade do fisco.

Tomando por base a descrição das infrações na peça acusatória verifico que as mesmas foram apresentadas com o devido detalhamento. Citadas, para todas as ocorrências, os dispositivos da Lei 7.014/96 (Lei do ICMS do Estado da Bahia) e do Regulamento do imposto (Decreto nº 13.780/2012 – RICMS-Ba), que a Auditoria considerou infringidos pelo contribuinte, conjugados com os dispositivos das multas pecuniárias previstas na norma legal, não se identificando aqui qualquer desconformidade que tenha comprometido o regular exercício do direito de defesa e contraditório.

Por sua vez, conforme já expusemos na análise da primeira nulidade, as ocorrências estão sustentadas em planilhas com todas as informações relacionadas aos cálculos realizados pela Auditoria. Além dos cálculos, foram listados os documentos e provas que respaldaram as 04 (quatro) acusações fiscais, que tem por base principal as notas retiradas dos arquivos eletrônicos, documentos que fazem parte da EFD (escrita fiscal digital), enviados pela empresa para a SEFAZ-Ba.

Se esses elementos de prova dão ou não sustentação às acusações fiscais é questão a ser apreciada quando do exame de mérito, quando serão confrontadas as alegações e documentos da defesa com aqueles que fazem parte do lançamento.

Rejeitada também a 2ª preliminar de nulidade, considerando que o Auto de Infração se encontra estruturado na forma acima descrita, com menção dos dispositivos da legislação considerados infringidos, a descrição dos fatos apurado na ação fiscal, e, a demonstração analítica e quantitativa das quatro ocorrências, por documento fiscal, que possibilitou o contribuinte exercer, na plenitude, o contraditório e o direito à ampla defesa, apresentando ao longo do “iter” processual, os argumentos que no seu entender elidiriam a acusações fiscais.

O valor probante dos documentos apresentados pelo fisco e pela defesa será objeto de análise no exame de mérito.

Arguiu o contribuinte ainda a **nulidade de Infração 04** ao argumento de que nesta ocorrência houve cobrança de tributo que já havia sido lançado em procedimento fiscal anterior. Examinaremos essa questão mais à frente quando estivermos avaliando de forma específica a acusação que integra a quarta infração.

Também de plano, não avaliação feita por essa Relatoria, revela-se desnecessária a remessa do PAF em **diligência** visto que todos os elementos de prova do lançamento se encontram disponíveis nos autos. Importante destacar neste tópico, que a Auditoria, na primeira Informação Fiscal, a partir da base documental colacionada na peça defensiva, reduziu valores lançados no Auto de Infração, não se revelando nesta fase processual a necessidade de conversão do feito em nova revisão.

Passaremos doravante a abordar e decidir as questões de **mérito** trazidas à apreciação desta JJF pelas partes.

Infração 01 – Nesta ocorrência a cobrança recaiu sobre a utilização indevida de crédito fiscal por aquisições de materiais destinados a uso e consumo do estabelecimento.

A irresignação empresarial de mérito para essa Infração está concentrada exclusivamente na operação acobertada pela NF-e de entrada nº 765, de 18/05/2016, no valor de R\$ 1.510,74.

Foi comprovado nos autos, pela defesa, que o citado documento fiscal – cópia reprográfica à fl. 70 - se refere à operação de retorno de mercadoria ao estoque da empresa, cujos produtos não foram entregues ao destinatário, sendo que a emissão da NF-e se deu em razão de ter o contribuinte extrapolado o prazo de 24 horas após emitir o documento originário de venda. Portanto, a nota fiscal de entrada visou tão somente cancelar a operação de venda tributada, desfeita pela emitente, de forma que é legítimo o lançamento do crédito de ICMS dessa operação na escrita fiscal.

Para as demais ocorrências não houve contestação defensiva, razão pela qual ficam inalteradas as cobranças para os fatos geradores de 31/08/2017 e 31/12/2017. Infração 01, PROCEDENTE EM PARTE, reduzida de **R\$ 4.448,24** para a quantia de **R\$ 2.937,50**.

Infração 02 – A acusação fiscal é de falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares em relação a operações levadas a registro nos livros que compõem a escrita fiscal da empresa.

O contribuinte suscitou a nulidade dessa infração e requereu, na sequência, a improcedência de parte das cobranças lançadas neste item da autuação ao argumento de que há períodos mensais que já haviam sido objeto de outro lançamento de ofício. Nessas circunstâncias a Auditoria teria incorrido em duplicidade de cobranças, incidindo em “*bis in idem*” ou sobreposição de exigências fiscais.

Após pronunciamento do autuante, no informativo fiscal, restou comprovado que efetivamente houve duplicidade de lançamentos fiscais. O fisco estadual, através do PAF nº 850000.4541/19-2, já havia lançado em momento anterior os valores que integram os meses de abril, maio, junho, setembro, outubro, novembro e dezembro do exercício de 2017. Demonstrada, portanto a indevida cobrança, neste Auto de Infração, das ocorrências descritas na tabela abaixo, cujas cifras foram arroladas na peça de defesa e confirmadas pelo autuante no informativo fiscal:

DATA DA OCORRÊNCIA	VALOR DO DÉBITO
30/04/2017	R\$ 2.893,59
31/05/2017	R\$ 7.358,69
30/06/2017	R\$ 3.139,96
30/09/2017	R\$ 4.262,63
31/10/2017	R\$ 6.254,63
30/11/2017	R\$ 5.251,49

31/12/2017	R\$ 2.106,07
TOTAL	R\$ 31.267,06

No caso específico, considerando que a sobreposição de cobranças invalida o ato de lançamento posterior tão somente em relação aos períodos em que houve a duplicitude de exigências fiscais, devem ser excluídos do Auto de Infração em exame os fatos geradores dos meses de abril, maio, junho, setembro, outubro, novembro e dezembro do exercício de 2017. Dessa forma a **Infração 02** fica reduzida de R\$ 102.704,20 para R\$ 71.437,15, considerando que, no mérito, o contribuinte não contestou os valores que compõem as incidências de ICMS dos meses de fevereiro, março, julho e agosto de 2015 e dos meses de janeiro, fevereiro, maio, junho, novembro e dezembro de 2016.

Infração 02, parcialmente procedente.

As **Infrações 03 e 04**, não foram objeto de contestação defensiva de mérito. A cobrança da **Infração 03** se refere ao ICMS-DIFAL por aquisições de mercadorias em outras Unidades da Federação para uso e consumo do estabelecimento. Na **Infração 04** deixou o contribuinte de recolher o imposto devido a título de antecipação parcial, nas entradas de mercadorias originárias de outros Estados para fins de comercialização.

Ficam mantidas sem alterações os valores das **Infrações 03 e 04** considerando que essas exigências fiscais estão devidamente comprovadas, com a juntada ao PAF dos Demonstrativos de Débito (fls. 24/25 e fls. 27/33), respectivamente, cujas cópias foram entregues ao contribuinte, onde constam: o número das notas fiscais, data de emissão, unidade federada de origem das mercadorias, descrição dos produtos, base imponível e alíquotas, totalizando os débitos de R\$ 395,44 e R\$ 260,71.

Ante o acima exposto nosso voto é pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do Auto de Infração, que passa a ter a configuração descrita na tabela abaixo:

Infração 01	R\$ 2.937,50 – Proc. em parte
Infração 02	R\$ 71.437,15 – Proc. em parte
Infração 03	R\$ 395,44 – Procedente
Infração 04	R\$ 260,71 - Procedente

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281521.0014/19-9, lavrado contra **JG EMPREENDIMENTOS, INDÚSTRIA, COMÉRCIO, EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 75.030,80, acrescido das multas de 60%, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “d” e “f” e inc. VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos demais consectários legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, em 20 de março de 2023.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR