

A. I. Nº - 299430.0005/23-3
AUTUADO - SUPER PREMIUM SUPERMERCADO LTDA.
AUTUANTE - JORGE LUIZ SANTOS DA COSTA
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 07/05/2024

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0071-04/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AJUSTES DE CRÉDITOS. Ficou caracterizado e comprovado que o autuado processou lançamentos a título de “*outros créditos*”, porém, sem apresentação de documentos que justificassem tais procedimentos. Infração subsistente. 2. ESTORNO DE DÉBITOS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. Apesar de intimado em duas oportunidades, o autuado não apresentou documentos comprobatórios que justificassem os estornos de débito realizados. Acusação mantida. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Acusação não elidida, ante argumentos não condizentes com os fatos apurados. Infração mantida. 4. MULTA. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE VENDAS À CONSUMIDOR FINAL. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Fato comprovado. Acusação não elidida. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi expedido em 27/06/2023 para exigir crédito tributário no montante de R\$ 158.600,35 em decorrência das seguintes imputações com repercussão no ICMS:

- **Infração 01 – 001.002.069:** “*Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias junto à microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante. De acordo com histórico nos ajustes de apuração do ICMS, o contribuinte utilizou-se indevidamente de crédito na aquisição de mercadorias enquadradas no Simples Nacional, conforme demonstrativos anexos*”. Valor lançado R\$ 24.216,12. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

- **Infração 02 – 001.006.001:** “*Efetuiu estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Contribuinte efetuou estorno de débito, porém não apresentou documentação comprobatória, embora intimado por duas vezes, conforme demonstrativos anexos*”. Valor lançado R\$ 97.210,19. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

- **Infração 03 – 002.001.001:** “*Deixou de recolher, no prazo (s) regulamentar (es), ICMS referente as operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Contribuinte deixou de recolher ICMS apurado na EFD, conforme demonstrativos anexos*”. Valor lançado R\$ 14.781,27. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

- **Infração 04 – 002.001.002:** “*Deixou de recolher, no prazo (s) regulamentar (es), ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Contribuinte deixou de lançar na EFD notas fiscais de consumidor eletrônicas, conforme demonstrativos anexos*”. Valor lançado R\$ 22.292,77. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

O autuado, através de seu Representante Legal, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 56 a 58, onde, em relação a infração 01, utilização indevida de créditos fiscais em aquisições

oriundas de empresas optantes pelo Simples Nacional, disse que o autuante apresentou dois demonstrativos, um analítico e outro sintético, reproduzindo o quadro relacionado ao demonstrativo sintético.

Citou que observou que realizou ajuste a crédito na sua apuração, enquanto que o autuante considerou como sendo estorno de débito sem comprovação, afirmando que os lançamentos a crédito estão amparados pelo Art. 269, X, “a”, 2, do RICMS/BA, portanto, improcede a autuação.

Ao se reportar a infração 02, que trata de estorno de débito efetuado sem a devida comprovação, reproduziu, inicialmente, o quadro elaborado pelo autuante, conforme abaixo:

Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia			
DAT/METRO - INFAZ ATACADO			
Super Premium Supermercado Ltda - IE nº 145.633.387			
Estorno de débito sem comprovação			
MesAno	DescrComplementar	VILanc	
ago/20	VENDAS DE PRODUTOS ISENTOS TRIBUTAÇÃO ERRADA	20.534,98	
out/20	VENDAS PRODUTOS ISENTOS TRIBUTADOS ERRADOS	10.522,98	
dez/20	VENDA DE PRODUTOS ISENTOS TRIBUTAÇÃO ERRADA	6.850,48	
jan/21	VENDA PRODUTOS ISENTOS COM TRIBUTAÇÃO ERRADA PARA CONSUMIDOR	8.000,37	
jul/21	ICMS USBSTITUIDO COM TRIBUTAÇÃO ERRADA	3.933,37	
set/21	SAIDA TRIBUTAÇÃO ERRADA	7.298,22	
out/21	VENDAS PRODUTOS ISENTOS COM TRIBUTA ERRADA	26.134,86	
nov/21	VENDA PRODUTOS ISENTOS . TRIBUTAÇÃO ERRADA	13.934,93	
		97.210,19	

Citou que os estornos realizados se referem a vedas de produtos isentos como se fossem tributados e de produtos sujeitos à substituição tributária como se fossem tributados nas saídas subsequentes, tendo apresentado os quadros abaixo para justificar os lançamentos:

Exercício de 2020:

PERÍODO	ITEM	CAMPO	VL_AJUSTE	VL_APURADO
01082020 31082020	9	VL_ESTORNOS_DEB		20.534,98
01082020 31082020	9.1	VENDAS DE PRODUTOS ISENTOS TRIBUTACAO ERRADA	20.534,98	
01102020 31102020	9	VL_ESTORNOS_DEB		10.522,98
01102020 31102020	9.1	VENDA PRODUTOS ISENTOS TRIBUTADOS ERRADOS	10.522,98	
01122020 31122020	9	VL_ESTORNOS_DEB		6.850,48
01122020 31122020	9.1	VENDA DE PRODUTOS ISENTOS TRIBUTACAO ERRADA	6.850,48	

Exercício de 2021:

PERÍODO	ITEM	CAMPO	VL_AJUSTE	VL_APURADO
01012021 31012021	9	VL_ESTORNOS_DEB		8.000,37
01012021 31012021	9.1	VENDA PRODUTOS ISENTOS COM TRIBUTACAO ERRADA PARA CONSUMIDOR	8.000,37	
01072021 31072021	9	VL_ESTORNOS_DEB		3.933,37
01072021 31072021	9.1	ICMS USBSTITUIDO COM TRIBUTACAO ERRADA	3.933,37	
01092021 30092021	9	VL_ESTORNOS_DEB		7.298,22
01092021 30092021	9.1	SAIDA TRIBUTACAO ERRADA	7.298,22	
01102021 31102021	9	VL_ESTORNOS_DEB		26.134,86
01102021 31102021	9.1	VENDAS PRODUTOS ISENTOS COM TRIBUTA ERRADA	26.134,86	
01112021 30112021	9	VL_ESTORNOS_DEB		13.934,93
01112021 30112021	9.1	VENDA PRODUTOS ISENTOS , TRIBUTACAO ERRADA	13.934,93	

Mencionou em seguida que, da mesma forma que no Auto de Infração nº 299430.0006/23-0 (Infração 01 – 003.002.002), o fisco baiano exige ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, realizou ajuste na apuração para estornar o débito lançado indevidamente nas vendas registradas em NFC-e, razão pela qual disse acreditar ser seu direito realizar os ajustes na apuração na forma de garantir a real carga tributária aplicada a cada operação.

Naquilo que se relaciona a infração 03, falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar, devidamente escriturado, citou que o lançamento é indevido, pontuando que o auto de infração tem a função de lançar de ofício aquilo que se deixou de ser lançado pelo contribuinte, destacando que, se o débito foi devidamente lançado e declarado, porém não foi efetuado o recolhimento no prazo regulamentar, cabe ao fisco realizar a cobrança por meio da PGE, sendo

que, para isso o débito declarado e não recolhido é inscrito em dívida ativa e iniciada sua cobrança, não podendo o fisco lançar de ofício aquilo que já foi lançado e declarado, sob pena de bitributação.

No que tange a infração 04, disse reconhecer que as NFC-e deixaram de ser escrituradas, porém entende que o cadastro de produtos da empresa contém erros na tributação do ICMS, citando como prova outro auto de infração.

Observou que para melhor análise dos valores do imposto que deixou de ser lançado é necessário análise dos itens comercializados pelas NFC-e, indicadas no demonstrativo do auto de infração, requerendo a apresentação de novo demonstrativo com indicação dos itens.

Em conclusão requereu a improcedência das infrações 01, 02 e 03 e apresentação de novo demonstrativo relacionado a infração 04.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 65 a 67, contestando os argumentos defensivos, onde, em relação a infração 01, disse que a infração é clara e que não vislumbra motivo para uma contestação sem qualquer fundamento.

Explicou que o autuado se creditou de valores supostamente tendo como origem aquisições de mercadorias junto a indústrias enquadradas no Simples Nacional, conforme extratos de apuração na EFD juntados aos autos.

Destacou que o autuado foi intimado em duas oportunidades, fls. 06/07 e 10/11, para justificar a utilização dos créditos objeto da autuação, porém não atendeu as intimações, acrescentando que, mesmo assim, realizou levantamento na EFD do autuado para verificar se realmente existiam créditos desta espécie sem aproveitamento, só encontrando os valores indicados à fl. 15, no total de R\$ 1.052,61, considerado na autuação.

Quanto ao argumento de “*estorno de débito*”, citado pelo autuado, disse que é objeto da infração seguinte.

Ao adentrar à infração 02, observou que o autuado alegou que se tratam de estornos de débitos realizados referentes a vendas de produtos isentos e/ou sujeitos a substituição tributária, entretanto, mesmo intimado em duas oportunidades para apresentar as notas fiscais resultantes de tais fatos, não houve atendimento, pontuando que mesmo assim, realizou rastreamento na EFD e não localizou nenhuma situação que comprove que isto tenha ocorrido.

Destacou que os demonstrativos apresentados pelo autuado à fl. 57 nada acrescentam, pois se referem aos próprios estornos efetuados, enquanto que as demais alegações não merecem qualquer avaliação pois se tratam de ilações que sugerem protelação para pagamento do imposto.

Naquilo que pertine a infração 03, relacionada a imposto apurado e não recolhido, observou que os valores do imposto apurados pelo autuado em suas DMA não são iguais as da EFD, sendo que, em duas delas, 12/2020 e 12/2021, consta informação de saldos credores.

Citou que foi arguido pela defesa que o auto de infração tem a função de lançar de ofício aquilo que deixou de ser lançado pelo contribuinte e que se o débito foi lançado e declarado pelo contribuinte, mas não foi recolhido, cabe ao fisco efetuar a cobrança através da PGE.

Neste sentido disse que, de fato, o autuado efetuou o lançamento em sua EFD mas não pagou o imposto correspondente, indagando como se proceder a cobrança judicial se não houver a cobrança administrativa e a consequente inscrição na Dívida Ativa, ao tempo em que, mesmo que fosse lançado esse débito em sua DMA, o que não foi feito, e não efetuasse o pagamento, a Fazenda Pública teria que inscrever administrativamente os “Débitos Declarados” e não pagos, para, posteriormente, adotar as medidas pertinentes.

Concluiu considerando descabidas as alegações defensivas.

Por último, quanto a quarta infração, NFCes não lançadas, disse que o autuado declarou reconhecer a infração, porém, após argui que o “*cadastro de produtos da empresa contém erros*

de tributação”, sendo que a prova é o AI 299430.0006/23-0, acrescentando que, por conta disto, é necessária análise dos itens comercializados através das NFCe abarcadas na autuação, pleiteando apresentação de novo demonstrativo com indicação dos itens.

Observou que, de fato, o cadastro do autuado contém erros e que o motivo da emissão do referido auto de infração, haja vista que as alíquotas aplicadas para inúmeros produtos comercializados estavam menores que as previstas na legislação, enquanto que nesta infração o que se está exigindo é o imposto incidente sobre as notas fiscais não escrituradas, diferentemente do outro auto de infração.

Mencionou que um dos demonstrativos, fls. 38 a 46, e íntegra do CD de fl. 47, entregues ao autuado, contém a chave de acesso de todas as NFC-es não lançadas, que se encontram em poder do autuado e que, além disso, efetuou um rastreamento na EFD do autuado e não localizou nenhuma situação em que produtos isentos ou enquadrados na substituição tributária tiveram saída com tributação.

Concluiu afirmando que as alegações defensivas carecem de fundamentação lógica.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. Ednilton Meireles de Oliveira Santos, OAB/BA nº 26.397, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

O Auto de Infração sob análise abarca quatro imputações, assim postas:

- **Infração 01 – 001.002.069:** *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias junto à microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante. De acordo com histórico nos ajustes de apuração do ICMS, o contribuinte utilizou-se indevidamente de crédito na aquisição de mercadorias enquadradas no Simples Nacional, conforme demonstrativos anexos”*. Valor lançado R\$ 24.216,12. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

- **Infração 02 – 001.006.001:** *“Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Contribuinte efetuou estorno de débito, porém não apresentou documentação comprobatória, embora intimado por duas vezes, conforme demonstrativos anexos”*. Valor lançado R\$ 97.210,19. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

- **Infração 03 – 002.001.001:** *“Deixou de recolher, no prazo (s) regulamentar (es), ICMS referente as operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Contribuinte deixou de recolher ICMS apurado na EFD, conforme demonstrativos anexos”*. Valor lançado R\$ 14.781,27. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

- **Infração 04 – 002.001.002:** *“Deixou de recolher, no prazo (s) regulamentar (es), ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Contribuinte deixou de lançar na EFD notas fiscais de consumidor eletrônicas, conforme demonstrativos anexos”*. Valor lançado R\$ 22.292,77. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Em relação a primeira infração, foi alegado pela defesa que realizou ajuste de crédito na sua apuração e que o autuante considerou como sendo estorno de débito sem comprovação, estando seu procedimento amparado pelo disposto no art. 269, X, “a”, 2, do RICMS/BA.

Não assiste razão ao autuado em seu argumento. Isto porque, a motivação para o lançamento foi o fato, incontestado, de que o autuado lançou em sua EFD, a título de “outros créditos”, valores não comprovados, apesar de intimado pelo autuante para efeito de indicação da origem desses lançamentos, em duas oportunidades, o que não ocorreu. Portanto, nada tem a ver com estorno de débito conforme assinalado pela defesa.

Quanto ao argumento defensivo de que seu procedimento encontra amparo no Art. 269, X, “a” 2 do

RICMS/BA, também não se sustenta na medida em que o aludido dispositivo regulamentar trata especificamente de aquisições internas de mercadorias junto a microempresas e empresas de pequeno porte, conforme abaixo transcrito, enquanto que o autuado, apesar das oportunidades que teve, não apresentou justificativas e documentos que dessem respaldo aos lançamentos efetuados, restando sem a devida comprovação da origem dos lançamentos.

Art. 269. Ficam concedidos os seguintes créditos presumidos do ICMS para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subseqüentes e de apuração do imposto a recolher.

(...)

X - aos contribuintes sujeitos ao regime de conta-corrente fiscal de apuração do imposto, nas aquisições internas de mercadorias junto a microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional, desde que por elas produzidas, em opção ao crédito fiscal informado no documento fiscal nos termos do art. 57, observados os seguintes critérios:

a) serão concedidos os créditos nos percentuais a seguir indicados, aplicáveis sobre o valor da operação:

2 - 12% (doze por cento) nas aquisições junto aos demais segmentos de indústrias;

Ante a falta de comprovação pelo autuado de documentos que respaldassem os lançamentos efetuados, a Infração 01 é subsistente.

Naquilo que concerne à infração 02, se reveste em situação semelhante a infração anterior, na medida em que, neste caso, o autuado processou estornos de débitos em sua EFD, também sem apresentação dos documentos que comprovassem a origem e embasamento dos lançamentos, o que não é permitido.

A citação relacionada ao Auto de Infração nº 299430.0006/23-0, onde se exigiu imposto em face da aplicação incorreta da alíquota, em nada se relaciona ao presente lançamento, posto que caberia ao autuado apresentar os documentos que originaram os alegados ajustes efetuados, já que não é possível se efetuar lançamentos fiscais com a ausência dos elementos que deem sustentação aos mesmos.

Considero a acusação plenamente justificada e comprovada, enquanto que o autuado, mais uma vez, nada apresentou que justificasse tais lançamentos, sendo, desta maneira, desnecessários maiores comentários.

Mantenho subsistente a infração 02.

Naquilo que diz respeito infração 03, relacionada a imposto apurado/lançado e não recolhido, foi constatado pelo autuante que os valores do imposto apurados pelo autuado em suas DMA não são iguais as da EFD, sendo importante aqui destacar que, em dois dos períodos alcançados pela autuação, ou sejam, 12/2020 e 12/2021, o autuado, apesar de possuir imposto a recolher, informou como se apresentasse saldo credor, conforme asseverado pelo autuante.

As alegações defensivas foram no sentido de que em se tratando de imposto declarado, mas não recolhido, caberia a Procuradoria Geral do Estado efetuar a cobrança, o que não é o caso.

A autuação abarca três períodos: Ago/20 onde declarou o valor devido de R\$ 15.356,64, porém recolheu a quantia de R\$ 14.356,64, portanto, exatamente R\$ 1.000,00 recolhido a menos, corretamente exigido pela fiscalização.

O mês 12/20 apesar de ter apurado o valor devido de R\$ 9.178,26 nada recolheu e, em relação ao mês 12/21, apurou o valor devido de R\$ 13.206,99, porém recolheu apenas R\$ 8.603,98 restando a quantia de R\$ 4.603,91 recolhida a menos que, corretamente foi exigida na autuação. Destaco que, em relação a estes dois períodos, conforme pontuado pelo autuante, foram informados saldos credores nas DMA, portanto, nenhum débito declarado, logo, nenhuma providência neste sentido caberá à PGE e, sim, ao fisco, que agiu corretamente ao processar o lançamento.

Infração 03 subsistente.

Em relação a quarta infração, que se relaciona a exigência de imposto no valor de R\$ 22.392,77

referente a operações efetuadas através de NFCes não lançadas, apesar de o autuado ter reconhecido que não efetuou a escrituração das notas fiscais constantes dos demonstrativos fls. 38 a 46, e do CD de fl. 47, do seu pleno conhecimento, que o *“cadastro de produtos da empresa contém erros de tributação”*, sendo que a prova é o AI 299430.0006/23-0, acrescentando que, por conta disto, é necessária análise dos itens comercializados através das NFCE abarcadas na autuação, pleiteando apresentação de novo demonstrativo com indicação dos itens por parte do autuante.

Tal argumento não foi acolhido pelo autuante que apesar de reconhecer que o cadastro do autuado contém erros, o motivo da emissão do referido auto de infração foi decorrente de alíquotas aplicadas para inúmeros produtos comercializados em percentuais menores que as previstas na legislação, enquanto que nesta infração que se está exigindo é o imposto incidente sobre notas fiscais não escrituradas, diferentemente do outro auto de infração.

O fato concreto é simples, o autuado deixou de escriturar notas fiscais de vendas em sua EFD, estando todas indicadas nos demonstrativos, fls. 38 a 46, e CD de fl. 47, de pleno conhecimento do autuado, com indicação das respectivas chaves das NFCE não lançadas. Caberia, nesta situação, o autuado comprovar que tais documentos fiscais, apesar de não escriturados, não resultaram em prejuízo ao erário, com as justificativas que fossem necessárias a confirmação das possíveis exigências, o que não ocorreu. Correta a exigência fiscal, sendo subsistente a infração 04.

Em conclusão voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299430.0005/23-3**, lavrado contra **SUPER PREMIUM SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 158.600,35**, acrescido de multa de 60% com previsão no Art. 42, incisos VII, “a” e II, “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2024.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR