

A. I. Nº - 299430.0009/23-9  
AUTUADO - SUPERMERCADO OGUNJÁ LTDA.  
AUTUANTE - JORGE LUIZ SANTOS DA COSTA  
ORIGEM - DAT METRO / INFAS ATACADO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/12/2024

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF Nº 0272-04/24-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL: UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAIS DE USO/CONSUMO. Registro de Entrada no SPED comprova exação; **b)** EM DUPLICIDADE. Idem, item anterior; **c)** AQUISIÇÃO À MICROEMPRESA OU EPP. Crédito presumido ICMS para fins de compensação nas operações subsequentes. Acolhida razões de defesa. Item subsistente em parte. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS E NÃO RECOLHIDAS. Dispensa notificação fiscal não impede o lançamento via Auto de Infração, desde que inexista duplicidade da exação. Razões defesa incapazes à elisão da infração. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS MATERIAIS DE USO/CONSUMO OU ATIVO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 20/09/2023, para exigir o débito no total de valor histórico de R\$ 227.954,90, decorrente da constatação de cinco irregularidades, a saber:

**Infração 01 - 001.002.002** - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no valor de R\$ 59.659,29, nos meses de julho a setembro de 2019, conforme demonstrado às fls. 16 a 21 dos autos.

**Infração 02 - 001.002.020** - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento (s) fiscal (is) em duplicidade, no valor de R\$ 3.275,83, nos meses de outubro a dezembro de 2019 e fevereiro de 2020, conforme demonstrado à fl. 22 dos autos.

**Infração 03 - 001.002.069** - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 33.781,58, referente à aquisição de mercadorias junto à microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, conforme histórico nos ajustes de intimação, tendo sido intimado duas vezes e não informou, nos meses de janeiro de 2020; fevereiro, julho, setembro, outubro e dezembro de 2021, conforme demonstrado à fl. 24 dos autos.

**Infração 04 - 002.001.001** - Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$ 53.632,05, nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de setembro e dezembro de 2020, conforme demonstrado às fls. 38 e 39 dos autos.

**Infração 05 - 006.005.001** - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, no valor de R\$ 77.606,15, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de dezembro de 2019; janeiro, março a maio, agosto e setembro de 2020; janeiro e agosto de 2021, conforme demonstrado às fls. 40 e 41 dos autos.

O autuado, através de representante habilitado, apresentou defesa, às fls. 49/50v do PAF, onde diz:

*i)* Infração 1, relativa ao crédito indevido de material de uso ou consumo, que os produtos

listados no demonstrativo não estão inseridos nos arquivos da EFD-ICMS/IPI da empresa.

*ii) Infração 2, relativa ao crédito indevido por lançamento em duplicidade, que:*

*"A NF-e nº 364293 não foi lançada em 2019-09. Foi lançada inicialmente em 2019-10 e sem utilização de crédito. Em 2019-12 foi novamente lançada e com aproveitamento de crédito. Apesar da duplicidade de lançamento do documento fiscal, não ocorreu duplicidade de aproveitamento de crédito fiscal.*

*As NF-e de números 5321, 5331, 5332, 5333, 353483, 353486, 353487 e 353488 não foram lançadas em 2019-09. Somente houve lançamento em 2019-10. Não existe duplicidade de lançamento.*

*Concordamos com o aproveitamento de crédito fiscal em duplicidade referentes às NF-e nº 113483 em 2020-02 e NF-e nº 44552 em 2019-12."*

*iii) Infração 3, as empresas fornecedoras indicadas são de pequeno porte que apuraram tributos pelo regime do Simples Nacional e exercem atividade industrial, aplicando-se o art. 269, X, do RICMS, que prevê crédito presumido do ICMS para fins de compensação nas operações subsequentes.*

*iv) Infração 4, sustenta que o lançamento na DMA já tem o condão de débito declarado e sua cobrança por inadimplência tem procedimento próprio, nos termos do art. 129-A do COTEB, dispensando da emissão de notificação fiscal para a sua exigência, importando em confissão de dívida e tornando constituído o crédito tributário, cuja exigência através de Auto de Infração enseja bitributação, sendo a infração nula.*

*v) Infração 5, reconhece o ICMS por diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo permanente ou aquisições de mercadorias para uso ou consumo.*

Assim, diante de tais considerações, requer a procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante, às fls. 57 a 60 dos autos, na qual, em relação à infração 1, após síntese das alegações de defesa, ressalta que no demonstrativo (fls. 16 a 24) há todos os elementos de identificação das NFE, a exemplo de data lançamento, número, chave de acesso e CFOP utilizado na EFD do contribuinte. Assim, diante da negação do autuado, junta planilha com relação dessas NFE lançadas no livro de entradas do contribuinte, inclusive demonstrando que ele lançou mais de uma vez a maioria das NFE, sendo uma com o CFOP próprio para aquisição de material de uso e consumo, portanto sem crédito, e a outra indevidamente como mercadoria, objeto desta infração, do que junta também extrato do livro de entrada do autuado, extraído através sistema público de escrituração digital, nos quais constam o lançamento das NFE de maior valor, a saber: 10035, 24670, 24671, 60310, 151658, 151766 e 109560, para concluir inaceitável a argumentação da defesa.

Quanto à infração 2, diz que o autuado nega lançamento em duplicidade de determinadas NFE e concorda somente com a infração referente às NFE nºs 113483 e 44552. Diz que para a nota fiscal de número 364293, o defensor afirma que não houve lançamento no mês 09/2019 e que esta NFE foi lançada no mês 10/2019 sem utilização de crédito. Para as demais, simplesmente diz que não foram lançadas em outubro/2019.

Com relação à de número 364293, o autuante afirma que ela foi lançada em três oportunidades, nos meses de setembro, outubro e dezembro/2019 e que as demais também foram lançadas em duplicidade, do que, como prova, junta planilha extraídas do livro de Entradas do contribuinte do lançamento destas NFE, como também junta o extrato do livro de entrada do contribuinte, extraído através sistema público de escrituração digital, nos quais constam o lançamento em duplicidade de todas as NFE arguidas pelo contribuinte.

Assim, concluiu que nada que o contribuinte alegou elide a infração.

Inerente à infração 3, diz que o contribuinte foi intimado por duas vezes para detalhar os créditos relativos a aquisição do “Simples Nacional” (fls. 6 a 13), não prestando nenhum esclarecimento, o que resultou na planilha de fls. 32 a 36, cujos valores foram abatidos da infração (fl. 24).

Diz que, em sua defesa, resume-se a listar empresas cuja atividade é de fabricação, sem, sequer, verificar se já constam do levantamento e do percentual de ICMS aproveitado, a exemplo dos

CNPJ 34.281.939/0001-93; 37.094.541/0001-36 e 31.435.758/0001-86 que já constam o crédito com base da alíquota de 12%. Para os demais, fez os ajustes necessários, resultando na redução da infração de R\$ 33.781,58 para R\$ 32.961,30.

No tocante à infração 4, informa que o ICMS apurado na EFD pelo contribuinte, mas não pago, e que os valores do imposto apurado nas DMAs do contribuinte não estão iguais às da EFD, sendo que a do mês de setembro/2020 está sem nenhuma informação e a do mês de dezembro/2020 há um saldo credor fictício de R\$ 1.406,06.

Sendo assim, indaga: onde está o “lançamento” feito pelo contribuinte, se sua DMA contém informações inverídicas? Onde está a cobrança do Estado do suposto lançamento efetuado pelo contribuinte?

Concluiu que o contribuinte, de fato, fez o lançamento do débito, mas somente na sua EFD, e não pagou o ICMS correspondente, cabendo à fiscalização exigir o que devido ao Estado, razão para considerar descabidas as alegações do apelante, do que anexa documentos às fls. 61/89 dos autos.

Este Processo Administrativo Fiscal, inicialmente pautado para julgamento na sessão de 22/11/2024, teve o julgamento adiado para a sessão de 26/11/2024 “*TENDO EM VISTA NÃO CONSTAR NA PAUTA DE JULGAMENTO O PATRONO DO AUTUADO. EFETUADO CONTATO TELEFÔNICO COM O PATRONO DR. EDNILTON MEIRELES DE OLIVEIRA SANTOS, OAB/BA 26.397, O MESMO CONCORDOU COM O ADIAMENTO E PARTICIPAÇÃO NA SESSÃO DO DIA 26/11/2024*”, nos termos consignado em Ata da Sessão.

Na sessão da 4ª JJF, ocorrida em 26/11/2024, o patrono do autuado, em sustentação oral, alegou não ter tido ciência dos documentos anexados pelo autuante na informação fiscal, tendo este colegiado avaliada a alegação e concluído com o prosseguimento do julgamento.

É o relatório.

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

## VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito no total de valor histórico de R\$ 227.954,90 em razão da constatação de cinco irregularidades, demonstradas em papéis de trabalho e mídia às fls. 16 a 42 dos autos, nos quais constam dados extraídos da própria escrita do contribuinte para a fundamentação das acusações, estando o lançamento de ofício abarcado de todos os elementos necessários e suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

De início, em relação à alegação posta pelo patrono do autuado, quando da sua sustentação oral, de não ter tido ciência dos documentos anexados pelo autuante na informação fiscal, este colegiado concluiu em prosseguir o julgamento por vislumbrar inexistir qualquer prejuízo ao defensor, pois se tratam de extratos da Escrita Fiscal Digital produzida pelo próprio contribuinte e enviada à SEFAZ, não se tratando de documentos ou fatos novos, como previsto no § 7º do art. 127 do RPAF/99. Já o demonstrativo decorrente do acolhimento das próprias alegações do apelante, relativo à infração 03, a ciência ao sujeito passivo é dispensada nos termos do § 8º do art. 127 do RPAF/99.

Da análise das razões de mérito ínsitas na peça de defesa, verifica-se:

Quanto à infração 1, pela qual acusa o autuado de utilizar crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 59.659,29, referente a aquisição de material para uso ou consumo do estabelecimento, nos meses de julho a setembro de 2019, o defensor sustenta que “*Os produtos listados no demonstrativo não estão inseridos nos arquivos da EFD-ICMS/IPI da empresa*”, do que se insurgiu o autuante, quando da informação fiscal, anexando, às fls. 61 a 65 e 66 a 69 dos autos, relação e extrato do Livro Registro de Entrada do autuado, extraído do SPED (Sistema Público de Escrituração Digital),

para comprovar, de modo inofismável, o crédito utilizado indevidamente relativo ao lançamento das NFE de maior valor, a saber: 10035, 24670, 24671, 60310, 151658, 151766 e 109560, cujos documentos são de pleno conhecimento do contribuinte, por se tratar de sua própria EFD, por ele produzida.

Diante de tais considerações, incapazes as razões defesa à elisão da infração 1. Item procedente.

Em relação à infração 2, sob acusação de utilização de crédito fiscal de ICMS em duplicidade, no valor de R\$ 3.275,83, nos meses de outubro a dezembro de 2019 e fevereiro de 2020, relativa às notas fiscais de nºs: 353483, 353486, 353487, 353488, 5321, 5331, 5332, 5333, 44552, 364293 e 1136483, conforme demonstrado à fl. 22 dos autos:

1. O defensor sustenta que “*A NF-e nº 364293 não foi lançada em 2019-09. Foi lançada inicialmente em 2019-10 e sem utilização de crédito. Em 2019-12 foi novamente lançada e com aproveitamento de crédito. Apesar da duplicidade de lançamento do documento fiscal, não ocorreu duplicidade de aproveitamento de crédito fiscal*”.

Já o autuante afirma que ela foi lançada em três oportunidades, nos meses de setembro, outubro e dezembro/2019.

De fato, da análise do extrato do Livro Registro de Entrada do autuado, extraído do SPED, às fls. 71 a 74 dos autos, verifica-se que a referida NF-e nº 364293 foi lançada: em 20/09/2019 com crédito do imposto (fls. 72/73); em 03/10/2019 sem crédito do imposto (fl. 71) e em 01/12/2019 com crédito do imposto (fls. 72/73), comprovando a acusação de crédito em duplicidade.

2. O defensor sustenta que “*As NF-e de números 5321, 5331, 5332, 5333, 353483, 353486, 353487 e 353488 não foram lançadas em 2019-09. Somente houve lançamento em 2019-10. Não existe duplicidade de lançamento*”.

Já o autuante afirma que o autuado “*Para as demais, simplesmente diz que não foram lançadas em outubro/2019*”.

De fato, da análise do extrato do Livro Registro de Entrada do autuado, extraído do SPED, às fls. 71 a 74 dos autos, verifica-se que a referida:

NF-e nº 5321 foi lançada em 30/09/2019 com crédito do imposto (fl. 75) e em 02/10/2019 com crédito do imposto (fl. 71), comprovando a acusação de crédito em duplicidade.

NF-e nº 5331 foi lançada em 30/09/2019 com crédito do imposto (fls. 75/76) e em 02/10/2019 com crédito do imposto (fl. 71), comprovando a acusação de crédito em duplicidade;

NF-e nº 5332 foi lançada em 30/09/2019 com crédito do imposto (fl. 76) e em 02/10/2019 com crédito do imposto (fl. 71), comprovando a acusação de crédito em duplicidade;

NF-e nº 5333 foi lançada em 30/09/2019 com crédito do imposto (fl. 76) e em 05/10/2019 com crédito do imposto (fl. 79), comprovando a acusação de crédito em duplicidade;

NF-e nº 353483 foi lançada em 30/09/2019 com crédito do imposto (fl. 76) e em 06/10/2019 com crédito do imposto (fl. 80), comprovando a acusação de crédito em duplicidade;

NF-e nº 353486 foi lançada em 30/09/2019 com crédito do imposto (fl. 76) e em 03/10/2019 com crédito do imposto (fl. 77), comprovando a acusação de crédito em duplicidade;

NF-e nº 353487 foi lançada em 30/09/2019 com crédito do imposto (fl. 76) e em 03/10/2019 com crédito do imposto (fl. 77), comprovando a acusação de crédito em duplicidade;

NF-e nº 353488 foi lançada em 30/09/2019 com crédito do imposto (fl. 76) e em 03/10/2019 com crédito do imposto (fl. 77), comprovando a acusação de crédito em duplicidade.

3. O defensor reconhece o crédito fiscal em duplicidade referentes às NF-e nº 113483 e nº 44552.

Diante de tais considerações, incapazes as razões defesa à elisão da infração 2. Item procedente.

Inerente à infração 3, sob acusação de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 33.781,58, referente à aquisição de mercadorias junto à microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, o defensor sustenta que oito fornecedores indicados são de pequeno porte que apuraram tributos pelo regime do Simples Nacional e exercem atividade industrial, aplicando-se o art. 269, X, do RICMS, que prevê crédito presumido do ICMS para fins de compensação nas operações subsequentes.

Já o autuante aduz que, dos oito fornecedores indicados, três já constam do levantamento com crédito fiscal com base da alíquota de 12%, a saber: CNPJ 34.281.939/0001-93; 37.094.541/0001-36 e 31.435.758/0001-86 e, para os demais fornecedores enquadrados, reconhece a alegação de defesa e fez os ajustes necessários, conforme relação analítica às fls. 81 a 86 dos autos, que resultou na redução da infração de R\$ 33.781,58 para R\$ 32.961,30, do que concordo.

Diante de tais considerações, após terem sido acolhidas as razões de defesa, a infração 3 resta procedente em parte no valor de R\$ 32.961,30, conforme a seguir:

Mês/Ano	Vlr. A.I.	Redução	Vlr. Inf. Fiscal
jan/20	66,17	66,17	0,00
fev/21	8.091,66	259,64	7.832,02
jul/21	5.680,67	199,33	5.481,34
set/21	4.474,77	107,52	4.367,25
out/21	5.365,39	133,06	5.232,33
dez/21	10.102,92	54,56	10.048,36
<b>Total</b>	<b>33.781,58</b>	<b>820,28</b>	<b>32.961,30</b>

No tocante à infração 4, sob acusação de ter o autuado deixado de recolher o ICMS, no valor de R\$ 53.632,05, nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de setembro e dezembro de 2020, tendo o autuado alegado que o lançamento na DMA já tem o condão de débito declarado e sua cobrança por inadimplência tem procedimento próprio, nos termos do art. 129-A do COTEB, dispensando da emissão de notificação fiscal para a sua exigência, importando em confissão de dívida e tornando constituído o crédito tributário, cuja exigência através de Auto de Infração enseja bitributação, sendo a infração nula.

Já o autuante esclarece que os valores do ICMS apurados na EFD pelo contribuinte, não recolhidos, divergem dos valores do imposto apurados nas DMA, pois no mês de setembro/2020 está sem nenhuma informação e em dezembro/2020 há um saldo credor fictício de R\$ 1.406,06, cabendo ao fisco exigir o que devido ao Estado, razão de considerar descabidas as alegações do apelante.

Reza o art. 129-A do COTEB que “*A declaração de obrigação tributária pelo sujeito passivo em documentos de informações econômico-fiscais previstos na legislação, ou através de denúncia espontânea inadimplida, integral ou parcialmente, importa em confissão de dívida e torna constituído o crédito tributário, sendo dispensada a emissão de notificação fiscal para sua exigência*” (grifo nosso).

Assim, em princípio, desnecessária a lavratura do Auto de Infração, visto que, com a constituição do crédito tributário através do ICMS informado em declaração eletrônica pelo contribuinte, o valor declarado e inadimplido deveria ser prontamente lançado em dívida ativa.

Contudo, considero que o lançamento de ofício só veio a beneficiar o sujeito passivo, pois obteve oportunidade extra de se defender da acusação, em que pese apenas se limitar à alegação do direito da constituição do crédito tributário através de Auto de Infração, sob ideia de ensejar bitributação.

Em primeiro plano, apesar de inadmissível a tese de defesa eis que, no caso de cobrança em duplicidade, haveria o controle da legalidade para verificar o duplo lançamento ou, quiçá, o adimplemento da exação, o que, certamente, seria acolhido, porventura tal hipótese ocorresse.

Já no segundo plano, a tese defensiva peca na interpretação do vocábulo “*dispensada*”, cujo

cunho vernáculo na língua portuguesa tem a conotação de “*não necessitar de*”, porém, nunca de *impedir* ou *proibir* e, em consequência, por não ser vedada, está permitida ou facultada o lançamento de ofício através de Auto de Infração, desde que não haja repetição do crédito tributário.

Entretanto, como dito anteriormente, “Em princípio”, ou seja, em tese, consideram-se os valores em discussão como “indubitáveis” ou “líquidos e certos”.

Porém, no caso em análise, verifica-se através das DMA de setembro e dezembro de 2020, às fls. 88 e 89 dos autos, a irresignação da autoridade fiscal no sentido de que as DMA contêm informações inverídicas, ou seja, o mês de setembro/2020 encontra-se sem nenhuma informação/zerada (enquanto na EFD o saldo é devedor de R\$ 25.646,50) e o mês de dezembro/2020 encontra-se com saldo credor fictício de R\$ 1.406,06 (enquanto na EFD o saldo é devedor de R\$ 27.985,55). Em consequência, imprestável para a pretensão alegada pelo defendant de ser suficiente à confissão de dívida e/ou para constituição do crédito tributário, o que só vem a corroborar com a exigência fiscal através de Auto de Infração.

Diante de tais considerações, incapazes as razões defesa à elisão da infração 4. Item procedente.

Por fim, no que se refere à infração 5, relativa à acusação de falta de recolhimento do ICMS DIFAL, no valor de R\$ 77.606,15, considerando que o autuado reconhece como devida a exigência, julgo procedente a infração.

Do exposto, voto o Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**, no valor de R\$ 227.134,62, após a redução apenas da infração 03, mantendo-se inalteradas as demais exações.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299430.0009/23-9, lavrado contra **SUPERMERCADO OGUNJÁ LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 227.134,62**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2024.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA