

A. I. N° - 018184.0801/01-0
AUTUADO - COMERCIAL DE ESTIVAS E CEREAIS MELO LTDA.
AUTUANTE - NILZA DAS DORES CORDEIRO PIRES
ORIGEM - INFAC ITABUNA
INTERNET - 20. 02. 2002

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0031-04/02

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. b) DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL COM PRAZO DE VALIDADE EXPIRADO. c) MERCADORIA SUJEITA A REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. d) MERCADORIA ADQUIRIDA COM O IMPOSTO RETIDO NA FONTE. e) NÃO CONSIGNADO NO DOCUMENTO FISCAL. f) EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) RECOLHIMENTO A MENOS. b) FALTA DE RECOLHIMENTO. Infrações caracterizadas, excetuando à relativa ao item 1-b. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/08/2001, exige ICMS no valor de R\$6.903,30, por ter sido apurado as seguintes irregularidades:

1. utilização indevida de crédito fiscal, referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos, assim considerados, pelo fato dos emitentes estarem com as suas inscrições canceladas;
2. idem idem, em decorrência dos documentos fiscais estarem com o prazo de validade vencido;
3. idem idem, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária (ICMS normal);
4. idem idem, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária (ICMS retido);
5. idem idem, em virtude de apropriação de imposto não destacado no documento fiscal;
6. idem idem, em razão de lançamento do imposto em valor superior ao destacado no documento fiscal;
7. efetuou recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88;
8. deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88.

O autuado ao impugnar o lançamento fiscal em sua peça defensiva de fls. 134 a 144 dos autos descreveu, inicialmente, as infrações imputadas, seu enquadramento legal, bem como a multa aplicada.

Em seguida, alegou as seguintes preliminares de nulidade:

I - conforme se depreende dos documentos da autuação de fls. 16 a 125, não consta às notas fiscais a que se refere a autuante, tampouco lhe foi solicitado as Notas Fiscais nºs. 6923, 35188, 792513, 203999. Esclarece que as notas fiscais do seu conhecimento foram devidamente escrituradas no livro próprio, tendo efetuado o pagamento do imposto devido e, em muitos casos à maior, conforme comprova a documentação anexa (doc. 2). Aduz ser indevida a autuação, pois contrariou dispositivo de lei, por não haver juntado as notas fiscais, as quais daria embasamento legal para sua sustentação;

II – diz que houve equívoco da autuante, quando se referiu às notas fiscais anexadas às fls. 16, 17, 18, 25, 31, 32, 33, 34, 19 e 21, ao considerá-las como documentos falsos ou inidôneos, já que as mesmas são idôneas, porque foram confeccionadas com autorização da própria Secretaria da Fazenda, as quais foram emitidas em 1999, enquanto o seu prazo de validade expiraria em 2000, além do que ditas notas foram registradas no seu livro. Frisa que não consta no processo de que o tributo devido quer pelo emitente das referidas notas ou pela empresa não fora recolhido, portanto, não existe crédito indevido;

III - sobre a alegação da autuante na infração 3, ao afirmar que a empresa houvera se creditado do imposto indevidamente, referente a antecipação tributária, considera equivocada, já que não foi juntada ao processo as notas fiscais correspondentes, bem como não foram indicados os seus respectivos números;

IV – acerca da acusação da autuante, segundo a qual a empresa creditou-se indevidamente, referente a imposto destacado em documentos fiscais considerados inidôneos, sustenta que afronta a lei, aos bons costumes e aos princípios gerais do direito, já que a mesma não comprovou no processo, que o procedimento da firma prejudicou o fisco, tendo em vista que todos os seus tributos devidos foram pagos conforme prova em anexo. Às fls. 137 a 139 o autuado apresentou outros argumentos, inclusive o de que foi cerceado em seu direito de defesa e requer a nulidade do lançamento fiscal, com fulcro na alínea “a”, do inciso IV, do art. 18, do RPAF/99, cujo teor transcreveu, em apoio ao alegado.

Quanto ao mérito, apresentou os seguintes argumentos para impugnar o lançamento fiscal:

Infração 1 - que não foi comprovado, como prescreve a lei a “inidoneidade” das notas fiscais de fls. 16/21, porque não consta no processo que a emitente não recolheu o imposto destacado nos referidos documentos, único responsável pelo pagamento do tributo, o que, mesmo assim, não invalida o crédito, já que os documentos são idôneos, sendo indevida a cobrança desta parcela;

Infração 2 - diz que conforme comprovada através das tabelas 1 e 2, os documentos são idôneos porque impressos com autorização da própria Secretaria da Fazenda, além de terem sido emitidos no prazo de sua validade, sendo também indevida esta parcela;

Infração 3 - como se verifica nos documentos juntos ao processo, a empresa utilizou-se do crédito normal, ou seja, aquele permitido em lei e não o citado pela autuante, pelo que é indevida a autuação;

Infração 4 - frisa que a autuante peca ao afirmar que houve utilização indevida de crédito fiscal. Aduz com base nos documentos anexos ao processo, que a acusação não foi provada pela autuante e, de acordo com a lei, vale o que consta nos autos, nada mais, cuja exigência deve ser desprezada, pois indevida;

Infração 5 - aduz que a lei autoriza a utilização do crédito fiscal de várias maneiras, inclusive aquele utilizada pela empresa. Caberia, em última análise, apenas a aplicação de uma penalidade formal, a qual não foi objeto de cobrança pela autuante, sendo indevida a autuação.

Infração 6 - sustenta que não houve utilização de crédito indevido, cujo crédito utilizado está dentro do que permite a lei. Aduz que houve um equívoco por parte da autuante em sua afirmativa, pois é só verificar os dados do documento fiscal, para constatar assistir razão a empresa, cuja exigência é indevida;

Infração 7 - esclarece que não efetuou “recolhimento a menor do ICMS” como consta na autuação, fato que não foi provado pela autuante em sua relação de fls. 126, além do que a mesma não indicou com que base chegou àqueles valores. Aduz, com base nos DAEs em anexo, que procedeu corretamente aos recolhimentos do imposto, cujos cálculos foram apurados em sua escrita fiscal e relacionados nas Tabelas 4, 5, 6 e 7 em anexo;

Infração 8 - diz que pecou a autuante, ao afirmar que a empresa “deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação de mercadorias adquiridas em outras unidades da federação”. Como prova do alegado anexa a tabela 3 e os respectivos DAEs. Quanto às notas fiscais não juntadas ao processo pela autuante como prescreve a lei, as quais não são do seu conhecimento, com exceção das que reconhece e que teve recolhidos os tributos efetivamente devido conforme documento 2 em anexo, é indevida a autuação.

Acerca dos demonstrativos de débitos constantes no processo, os mesmos devem ser desconsiderados como probatórios das suas alegações, porque não contêm os requisitos previstos em lei, notadamente nos arts. 39, III e 41, II, do RPAF/99.

Ao finalizar, espera que o Auto de Infração seja julgado nulo, ou, se assim não entender o CONSEF, totalmente improcedente, por absoluta falta de causa jurídica e amparo na lei.

A autuante ao prestar a informação fiscal de fls. 231 a 233 dos autos assim se manifestou:

Infração 1 - diz que os documentos fiscais foram emitidos por empresas que não mais existiam, o que motivou o cancelamento de suas inscrições. Acerca da alegação do autuado de que não foi comprovada a idoneidade das notas fiscais, a mesma não é verdadeira, já que os documentos de fls. 36, 38 e 39 provam que quando de sua emissão as empresas não mais funcionavam, oportunidade que transcreveu o teor do art. 209 e do seu inciso VII, além de suas alíneas “a” e “b”, do RICMS, para embasar o seu argumento. Frisa que os demonstrativos do débito, as fotocópias das notas fiscais e do Livro Registro de Entradas estão anexadas ao processo às fls. 012 a 125;

Infração 2 - esclarece que ao reexaminar o PAF constatou que incorreu em erro, motivo pelo qual o imposto cobrado deve ser desconsiderado;

Infração 3 - com referência a alegação defensiva de que utilizou crédito permitido por lei, sustenta que os documentos anexados ao processo provam o contrário. Aduz que nos documentos de fls. 20, 22, 23, 24, 27 e 30 constam mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Quanto aos documentos de fls. 50/51, 70/71, 72/3, 82/3, 92/93 e 108/109 (Registro de Entradas), constata-se que o autuado utilizou o total dos créditos destacados nos documentos fiscais, tendo em vista que o RICMS veda a utilização de crédito fiscal nas aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária;

Infração 4 – frisa que nos documentos de fls. 26, 35 e 233, este último anexado quando da informação fiscal (fl. 234 ao invés de 233 como consignado na informação) constam mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e com o ICMS retido, enquanto que nos documentos de fls. 90/91, 106/107 e 122/123 (Registro de Entradas), estão escriturados o crédito fiscal relativo a tais aquisições;

Infração 5 - salienta que no documento de fl. 28 fica comprovado que ao emitir a nota fiscal o remetente não destacou o ICMS, enquanto o valor de R\$33,60 foi colocado pelo destinatário, fato que o autuado não nega, cujo crédito fiscal foi utilizado pelo autuado conforme documento de fls. 96/97;

Infração 6 – esclarece que o valor do ICMS destacado no documento fiscal de fls. 29 é de R\$127,68, ao invés de R\$217,06 apropriado pelo autuado, conforme documento de fls. 100/101 (Registro de Entradas);

Infração 7 - com referência a alegação do autuado de que não há prova de recolhimento a menor do ICMS por antecipação tributária, diz que nos demonstrativos de débitos de fls. 126 a 128 estão discriminados todos os documentos e seus respectivos cálculos. Frisa que o autuado ao invés de usar a MVA da indústria, utilizou a prevista para o ramo de atacado;

Infração 8 - sustenta que no documento de fl. 234, o qual juntou na sua informação fiscal e os de nºs. 24, 27 e 30, fica comprovado que neles constam mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cujo ICMS não foi recolhido. Sobre os DAEs anexados pela defesa, não constam os números das notas fiscais acima indicadas.

Face à juntada pelo autuante quando prestou a sua informação fiscal de novos documentos ao PAF, a INFRAZ-Itabuna através do documento de fls. 237 a 242 dos autos, intimou o autuado para tomar ciência dos referidos documentos e reabriu o prazo de defesa em trinta dias.

Em nova intervenção às fls. 240 a 241 dos autos o autuado repetiu os mesmos argumentos utilizados por ocasião de sua impugnação, salvo em relação à infração 2, quando disse que nada tinha a declarar, já que a autuante reconheceu o seu erro, o que demonstra ter razão a empresa em sua alegação.

VOTO

Inicialmente, afasto as preliminares de nulidades suscitadas na peça defensiva, pelas seguintes razões:

- a) em relação à alegação defensiva de que não constam nos autos às notas fiscais a que se refere a autuante, considero-a sem qualquer fundamento. As cópias das notas fiscais objeto das infrações 1 e 2, bem como referentes às infrações 3 a 6 e listadas na Auditoria Fiscal de Crédito Indevido (fls. 12 e 13), foram anexadas pela autuante às fls. 16 a 35 e 234, o que cai por terra o argumento do autuado;
- b) quanto ao argumento de cerceamento do direito de defesa, entendo impertinente, já que consta no PAF às cópias das notas fiscais e dos levantamentos de cada infração apurada, tanto que o autuado ao adentrar no mérito da autuação, o exercitou em sua plenitude, tanto que a autuante acatou a alegação defensiva no tocante à infração 2;

- c) acerca das demais preliminares de nulidade, as mesmas não estão, expressamente, elencadas no art. 18, seus incisos, do RPAF/99;

Adentrando no mérito da autuação e após a análise das peças que compõem o PAF, o meu posicionamento a respeito das infrações é o seguinte:

Infração 1 - refere-se a utilização indevida de crédito fiscal, pois destacado em documentos fiscais inidôneos, assim considerados pela autuante, pelo fato dos seus pseudo-emissores, encontrarem-se com as suas inscrições no Cadastro de Contribuintes do ICMS canceladas. Como prova da infração, foi juntada aos autos às fls. 16, 17, 18, 25, 31, 32, 33 e 34 as cópias das notas fiscais correspondentes, de emissão atribuída a Guararapes Com. de Prods. Alimentícios e Reps. Ltda., Triângulo Comércio de Doces e Bebidas Ltda. e Luar Distribuidora de Produtos Alimentícios Ltda., respectivamente, além dos extratos do SIDAT da SEFAZ às fls. 36 a 38, onde estão consignados a condição de cancelado no Cadastro no Cadastro do ICMS dos pseudo-emissores.

Sobre a defesa formulada, entendo razão não assistir ao autuado, pelos seguintes motivos:

I - em relação às notas fiscais em nome de Guararapes constam como emitidas nos dias 13, 18, e 25/02/99 e em 17/01/2000, respectivamente, enquanto o cancelamento da inscrição no Cadastro do ICMS ocorreu em 02/02/99 (ver fl. 36), fato que comprova a sua inidoneidade;

II - no tocante às notas fiscais em nome de TRIÂNGULO constam como emitidas em 16 e 27/11/2000, respectivamente, no entanto, o cancelamento da sua inscrição ocorreu em 11/05/99 (ver fl. 37), ou seja, quase dezoito meses antes, fato que também comprova a sua idoneidade;

III - quanto às notas fiscais em nome de Luar Distribuidora Ltda. constam como emitidas em 20 e 30/11/2000, respectivamente, enquanto o cancelamento de sua inscrição ocorreu em 17/10/2000 (ver fl. 38), ou seja, após o cancelamento, circunstância que comprova a inidoneidade dos referidos documentos;

Com base na explanação acima, entendo correta a autuação, com fulcro no art. 209, VII, "b", do RICMS/97, já que restou comprovada nos autos a inidoneidade dos documentos fiscais, pois as suas emissões ocorreram após a data do cancelamento das inscrições pela SEFAZ dos pseudo-emitentes. Aliado a este fato, o autuado não trouxe em sua defesa qualquer prova dos pagamentos das pretensas compras, como Ordens de Pagamentos, cópias de cheques com os respectivos extratos bancários.

Infração 2 - reporta-se a utilização indevida de crédito fiscal, destacado em documentos fiscais com o prazo de validade expirado, cuja exigência deve ser excluída da autuação, em decorrência da autuante em sua informação fiscal haver admitido que incorreu em erro, com a qual concordo;

Infração 3 – diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal, referente às aquisições em outros Estados de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária através das notas fiscais nºs. 409725, 46151, 647133, 35188, 792513, e 203999. Examinando as referidas notas (fls. 20, 22, 23, 24, 27 e 30), este Relator constatou ser a acusação procedente, sobre as quais o autuado teria que efetuar a antecipação do imposto nos termos do art. 371, do RICMS/97. Como o imposto não foi recolhido pelo autuado, o mesmo foi objeto de cobrança na infração 8, cujo crédito fiscal utilizado é indevido, de acordo com o art. 356, do regulamento acima citado. Desse modo, considero correta a exigência fiscal.

Infração 4 - a exemplo das infrações anteriores, trata-se também, de utilização indevida de crédito, por ter se apropriado do ICMS normal relativo à aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, através de parte das notas fiscais nºs. 201642, 110472 e 122514. Do exame das referidas notas (ver. fls. 26, 35 e 234), verifica-se que o autuado ao registrá-las em seu Livro de Registro de Entradas (ver fls. 90/91, 106/107 e 122/123), se apropriou do crédito total do imposto destacado, quando o correto, seria proporcional, ou seja, sobre o valor das mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária. Assim sendo, entendo correta a autuação, pois contrariou o disposto no art. 97, IV, "b", do RICMS/97;

Infração 5 - originou-se da utilização indevida de crédito fiscal, referente a imposto não destacado na nota fiscal de aquisição de nº 397, datada de 31/03/2000, de emissão de J. O. Souza, a qual foi acostada a sua cópia aos autos à fl. 28 como prova da infração. Do exame da referida nota, verifica-se a falta de destaque do imposto devido pelo remetente da mercadoria, além do que consta na mesma uma observação de que a operação é isenta do ICMS. Em sua defesa, o autuado aduziu que a lei autoriza a utilização do crédito de várias maneiras, inclusive a que foi adotada pela empresa, o que não concordo.

O crédito fiscal embora assegurado pela Constituição Federal como direito do contribuinte, para compensá-lo com o que for devido na operação ou operações subsequentes, o mesmo é condicionado. Tal matéria é disciplinada no art. 93, do RICMS, que prevê as hipóteses de sua utilização e suas exclusões, como a prevista no seu parágrafo 4º, que tem a seguinte redação:

§ 4º - quando o imposto não estiver destacado no documento fiscal ou o seu destaque tiver sido a menos, a utilização do crédito fiscal restante ou não destacado ficará condicionada à regularização mediante emissão de documento fiscal complementar, pelo remetente ou prestador, vedada à utilização, para esse fim, de "carta de correção" (art. 201, § 6º).

Como não foi emitida a nota fiscal complementar com o destaque do imposto pelo remetente da mercadoria, considero correta a exigência fiscal.

Infração 6 – decorreu da utilização indevida de crédito fiscal, pelo fato do autuado se apropriar do imposto em valor superior ao destacado no documento fiscal, referente à Nota Fiscal nº 093341, a qual foi anexada aos autos à fl. 29 pela autuante como prova da infração. Segundo a autuante em sua informação fiscal, fato confirmado por este Relator, o valor do crédito do ICMS destacado no documento fiscal é de R\$127,68, ao invés de R\$217,06 apropriado pelo autuado no seu Livro Registro de

Entradas (ver fls. 100/101). A exemplo da infração 5, considero também correta a autuação, uma vez que o autuado não trouxe em sua defesa à nota fiscal complementar, com o valor do imposto destacado a menos pelo remetente, cuja exigência está prevista no art. 97, § 4º, do RICMS/97.

Infrações 7 e 8 - referem-se a recolhimento a menos e da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. Para comprovação da infração foi elaborado pela autuante e anexado aos autos às fls. 127 e 128 o Demonstrativo da Substituição Tributária, onde estão listadas as notas fiscais de aquisições, seus valores, além de outras informações, da MVA utilizada e do cálculo do imposto devido.

Acerca da defesa formulada, entendo razão não assistir ao autuado, uma vez que se limitou a alegar que recolheu o imposto, juntando, para tanto, as cópias das notas fiscais de aquisição e dos DAEs correspondentes aos recolhimentos efetuados, fato não acatado pela autuante em sua informação fiscal, sob o argumento de que não constam nos referidos documentos de arrecadação os números das notas fiscais objeto da autuação. Como justificativa, está no fato do autuado não haver anexado a planilha com o cálculo do imposto referente a cada documento de aquisição, a fim de ser confrontada com a elaborada pela autuante às fls. 127 e 128.

Ressalto que os recolhimentos efetuados pelo autuado foram deduzidos pela autuante na planilha de fl. 126, resultando, ainda, em imposto a recolher. Tal fato, segundo a autuante, foi em decorrência do autuado não haver aplicado no cálculo do imposto a MVA correta, ou seja, ao invés de utilizar a prevista para a indústria, aplicou a adotada para o ramo atacadista.

Levando em consideração os fatos acima, entendo que foi correto o procedimento da autuante, cuja exigência tem respaldo legal no artigo 371, I, do RICMS/97.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração na importância de R\$6.699,93.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 018184.0801/01-0, lavrado contra **COMERCIAL DE ESTIVAS E CEREAIS MELO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$6.699,33**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.534,47 e 100% sobre R\$5.164,86, previstas no art. 42, II, “d”, VII, “a” e V, “j” da Lei 7014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de janeiro de 2002.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ANSELMO LEITE BRUM - JULGADOR