

PROCESSO - A. I. Nº 274068.0014/12-2
RECORRENTE - ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF N° 0021-03/14
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 16.10.2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº0307-12/14

EMENTA: ICMS. LIVROS FISCAIS. RAICMS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Exigência apurada através dos livros fiscais. Acolhida parcialmente as razões recursais. Modificada a Decisão recorrida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 3ª JJF, através do Acórdão nº 0021-03/14, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir do recorrente o ICMS de R\$ 11.380,86, sob a seguinte acusação: “Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS”, nos meses de fevereiro de 2009; fevereiro, maio, agosto e outubro a dezembro de 2010.

A Decisão recorrida foi pela procedência do Auto de Infração, após rejeitar a preliminar de nulidade e indeferir o pedido de diligência, diante das seguintes considerações de mérito:

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado sob a acusação de que foi constatado recolhimento do ICMS efetuado a menos, decorrente do desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de fevereiro de 2009; fevereiro, maio, agosto, outubro a dezembro de 2010.

Embora tenha sido informado que foram constatadas diferenças no cotejo entre os valores do imposto recolhido e a escrituração efetuada no livro RAICMS, o demonstrativo à fl. 04 comprova que foi efetuado o refazimento da conta corrente do ICMS nos meses objeto da autuação, apurando-se diferenças entre o imposto a recolher e os pagamentos realizados pelo autuado, sendo exigidas as mencionadas diferenças neste Auto de Infração.

O defendente alegou que parte das importâncias lançadas se reportam a produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, cujo ICMS não foi estornado no livro RAICMS e que, tal estorno refletiu na efetivação do pagamento. Outra parte, escriturada no livro fiscal, foi regularmente recolhida.

Em relação ao mês de fevereiro de 2009, a autuante esclareceu que o defendente lançou no livro RAICMS, no campo outros créditos, com a descrição antecipação parcial 01/2009, o valor de R\$32.724,36 (fl. 8). Contudo, pagou a título de antecipação parcial referente ao mês 01/2009 a importância de R\$ 23.749,03 (fl. 5), gerando uma diferença a recolher no valor de R\$ 8.975,27 (demonstrativo à fl. 4). Esta diferença foi cobrada tendo como data do fato gerador 28/02/2009.

O defendente apresentou às fls. 79/90 dos autos, cópia do livro Registro de Saída do mês 03/2009 constando a escrituração da NF 668739, emitida em 12/03/2009, sendo constatado pela autuante que o débito do imposto deveria ser de R\$144,84, e foi lançado R\$9.120,15, gerando um valor a mais de R\$8.975,31. Neste caso, concordo com a informação da autuante de que, apesar da semelhança, o mencionado valor não pode compensar o débito apurado no mês anterior, 02/2009, conforme apurado no levantamento fiscal. O autuado poderá requer (sic) a restituição do indébito ou a compensação quando da quitação do Auto de Infração.

Quanto aos meses de fevereiro, maio e agosto de 2010, consta às fls. 121/122 dos autos, extrato do Sistema SIGAT referente ao pagamento efetuado pelo defendente, nos seguintes valores : fevereiro (R\$20,29), maio

(R\$108,00) e agosto (R\$153,97) de 2010, totalizando R\$282,26. Assim, inexistente a ser decidida em relação aos referidos meses.

Em relação ao mês de outubro de 2010, confrontando o levantamento fiscal à fl. 04 com a escrituração constante no livro RAICMS à fl. 14, constatei que a diferença apurada se refere ao valor das saídas com débito do imposto, tendo sido considerado no demonstrativo da autuante o valor de R\$560.234,65 que consta no Registro de Saída às fls. 40, 93 e 96. Entretanto, no RAICMS à fl. 14 foi escriturado o valor de R\$560.185,44, resultando na diferença apurada de R\$49,21. Quanto à mencionada diferença, o autuado não apresentou qualquer documento fiscal, apenas uma planilha à fl. 91, indicando que se trata de “estorno de débito de devolução”.

Quanto ao mês 11/2010 ocorreu situação semelhante ao mês anterior. A diferença apurada se refere ao valor das saídas com débito do imposto, tendo sido considerado no demonstrativo da autuante à fl. 04 o valor de R\$555.078,12 que consta no Registro de Saída à fl. 41. Entretanto, no RAICMS à fl. 15 foi escriturado o valor de R\$554.427,50, resultando na diferença apurada de R\$650,62. Quanto à mencionada diferença, o autuado também não apresentou qualquer documento fiscal, apenas uma planilha à fl. 97, indicando que se trata de “estorno de débito de devolução”.

Em relação ao mês de dezembro de 2010 a situação se repete, haja vista que a diferença apurada se refere ao valor das saídas com débito do imposto, tendo sido considerado no demonstrativo da autuante à fl. 04 o valor de R\$747.744,53 que consta no Registro de Saída à fl. 42. Entretanto, no RAICMS à fl. 16 foi escriturado o valor de R\$746.321,09, resultando na diferença apurada de R\$1.423,44. Quanto à mencionada diferença, o autuado também não apresentou qualquer documento fiscal, apenas planilhas às fls. 105/106, indicando que se trata de “estorno de débito de devolução”.

Concordo com a informação da autuante de que a Relação de Saída não serve como prova, pois para ter validade necessita das notas fiscais para comprovar as informações. A autuante também informou que os valores apurados não podem ser considerados válidos para estorno de débito, já que o impugnante se utilizou deste crédito no momento da entrada da mercadoria.

Em relação aos créditos fiscais relativos às devoluções de mercadorias, o RICMS/97 estabelece:

“Art. 653. O estabelecimento que receber, em virtude de garantia, troca, inadimplemento do comprador ou desfazimento do negócio, mercadoria devolvida por produtor ou extrator ou por qualquer pessoa física ou jurídica não considerada contribuinte ou não obrigada à emissão de Nota Fiscal poderá creditar-se do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, desde que haja prova inequívoca da devolução.

§ 1º (...)

§ 2º Nas hipóteses deste artigo, o estabelecimento recebedor deverá:

I - emitir Nota Fiscal, na entrada das mercadorias, mencionando o número, a série, a subsérie e a data do documento fiscal originário, e o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto a ser creditado, se for o caso;

II - obter, na Nota Fiscal (entrada) referida no inciso anterior ou em documento apartado, declaração assinada pela pessoa que efetuar a devolução, com indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade;

III - lançar a Nota Fiscal referida no inciso I no Registro de Entradas, consignando os respectivos valores nas colunas “ICMS - Valores Fiscais” e “Operações ou Prestações com Crédito do Imposto”, quando for o caso.”

O defendente não apresentou qualquer documento fiscal que comprovasse as devoluções alegadas, nem comprovou ter efetuado o lançamento do crédito fiscal observando as exigências constantes no RICMS/BA. Diante do levantamento fiscal, dos esclarecimentos apresentados pela autuante e da falta de comprovação pelo defendente com documentação fiscal própria, acato o posicionamento da autuante e concluo que é subsistente a exigência fiscal nesta autuação.

Não se conformando com a Decisão de 1ª instância, o sujeito passivo apresentou, tempestivamente, às fls. 200 a 202 dos autos, Recurso Voluntário onde diz reiterar todos os termos de sua defesa, bem como o pedido de que as intimações sejam encaminhadas aos seus patronos, para, em seguida, pedir a nulidade da autuação, por insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa.

Salienta que a JJF apesar de registrar que “Embora tenha sido informado que foram constatadas diferenças no cotejo entre os valores do imposto recolhido e a escrituração efetuada no livro

RAICMS, o demonstrativo à fl. 4 comprova que foi efetuado o refazimento da conta corrente do ICMS nos meses objeto da autuação, apurando-se diferenças entre o imposto a recolher e os pagamentos realizados pelo autuado, sendo exigidas as mencionadas diferenças neste Auto de Infração", afastou a preliminar de nulidade, bem como o pedido de diligência, impondo claro prejuízo ao Contribuinte, visto que o Auto de Infração "cobra por um fundamento" e, na prática, "utiliza outro". Assim, concluiu o recorrente que, por isso mesmo, deve ser decretada a nulidade do Auto de Infração, com base no art. 18, II e IV, "a", do RPAF. Diz que, se não acatada a nulidade do lançamento, pelos mesmos motivos deve ser alcançada a nulidade da decisão, a fim de que seja melhor instruído o processo, com atendimento dos anseios da autuada. Assim, pede a nulidade do lançamento ou da decisão recorrida.

No mérito, o recorrente aduz que, observada a possibilidade de aplicação do disposto no art. 155, § único, do RPAF, hipótese em que renuncia às questões prejudiciais acima, com relação ao valor de R\$ 8.975,27, pertinente a fevereiro de 2009, visto que foi constatado que a diferença foi recolhida em março, decorrente da NF 668.739 (transferência entre seus estabelecimentos), lançada sem o estorno de débito sobre mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, absorvendo a diferença do mês anterior.

Salienta que a JJF o prejudicou ao interpretar que, apesar de recolhido débito de R\$ 9.120,15, quando o correto seria R\$ 144,84, *"O autuado poderá requer a restituição do indébito ou a compensação quando da quitação do Auto de Infração"*. Diz que essa conclusão foi baseada na "impossibilidade" de se compensar valor de mês anterior (02/2009), esquecendo-se o julgador que, tendo sido levado a efeito o "refazimento" do conta corrente, em 2012, todos os valores deveriam compor a apuração, não sendo lógico, e nem legal, se admitir que apenas se deve "refazer" a parte do débito do conta corrente.

Destaca que foi à própria JJF que, contraditoriamente, afirmou que o autuado poderia requerer a "compensação quando da quitação do Auto de Infração", sendo claro que a aludida compensação, desejada pelo autuado, deveria ter sido levada a efeito quanto do "refazimento do conta corrente", e, se não o foi, deve tal objetivo ser alcançado, justamente, mediante o julgamento, a fim de que o autuado não seja punido, sem gerar evasão fiscal, com os ônus da multa e acréscimos legais.

Sustenta o recorrente que a decisão da JJF é ilegal, injusta e contraditória, existindo prova cabal, inclusive mediante diligência a cargo da própria autuante, de que não ocorreu repercussão financeira negativa contra o Estado, tendo a ação fiscal adotado "dois pesos e duas medidas" (assim como o próprio julgador), sempre em detrimento do contribuinte em situação inteiramente regular.

Reitera que já foi "constatado pela autuante que o débito do imposto deveria ser de R\$144,84, e foi lançado R\$9.120,15, gerando um valor a mais de R\$8.975,31", e que o lançamento, de 2012 (**sic**), refez a conta corrente somente para apurar débitos, sem considerar, como é peculiar àquilo que se recompõe, também, os créditos. Pede a exclusão do valor acima apontado.

Quanto aos demais meses, além de ratificar as razões preliminares e da defesa, o recorrente acrescenta, em relação aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2010, que os demonstrativos apresentados na defesa possuem como base as notas fiscais, anexas às fls. 203 a 314 dos autos, restando suprida a única lacuna apontada pela JJF, que seria relativa à ausência de documentos, o que comprova as devoluções alegadas na defesa e tonam improcedentes as parcelas correspondentes.

Por fim, pede revisão por fiscal estranho ao feito, a nulidade do Auto de Infração ou da Decisão recorrida, ou que seja o lançamento julgado improcedente, em decorrência do provimento do Recurso Voluntário.

Às fls. 319 e 320 dos autos consta extrato de pagamento dos valores reconhecidos pelo recorrente de R\$ 20,29, R\$ 108,00 e R\$ 153,97, relativos, respectivamente, aos meses de fevereiro, maio e agosto de 2010.

À fl. 321 dos autos consta o encaminhamento do PAF à autuante para análise comparativa de todas as notas fiscais apensadas pela recorrente, às fls. 203 a 314 dos autos, com os demonstrativos de fls. 91 a 110 dos autos, bem como da pertinência, ou não, do argumento recursal e, caso confirmada as efetivas devoluções, que seja refeito os levantamentos fiscais e o demonstrativo de débito.

Em atendimento a diligência solicitada, às fls. 326 a 328 dos autos, a autuante informa que não é possível fazer a comparação das notas fiscais das folhas 203 a 314 com os demonstrativos do autuado às folhas 91 a 110, porque os demonstrativos não têm número de notas fiscais.

Contudo, a diligente salienta que, através dos livros Registro de Saída e Registro de Apuração do ICMS, elaborou DEMONSTRATIVO DE NOTAS FISCAIS DE DEVOLUÇÃO DE MERCADORIA SUBSTITUÍDA – ANEXO 3 – INFORMAÇÃO FISCAL (fls. 329/332) com os dados das notas fiscais das folhas 203 a 314 e o valor de ICMS debitado no livro Registro de Saída, concluindo que:

1. A NF 17703 (fl. 217), de 18/11/2010, não teve o valor do ICMS considerado, em que pese consignar o produto “BANANA”, o qual não está sujeito a substituição tributária;
2. Também não foi considerado o Valor do ICMS da NF 18462 (fl. 249), de 01/12/2010, cujo produto é “PANO WISH ROSA LIMPPANO 5 UN CX”, NCM 3921.14.00, o qual não consta no anexo do Protocolo ICMS 106/09, logo não sujeito a substituição tributária;
3. Em outubro/2010 o valor do ICMS das mercadorias sujeitas a substituição que foram devolvidas é de R\$ 49,21. A empresa lançou com a descrição “EST. DEB. REF. DEVOLUÇÕES DE NF-E C/PROT. ST” o valor de R\$ 567,57. Portanto, o valor reclamado de R\$ 49,21 é devido;
4. Em novembro/2010 o valor do ICMS das mercadorias sujeitas a substituição que foram devolvidas é de R\$ 606,41. A impugnante não lançou este valor no livro de Registro de Apuração. De acordo com o inciso II, § 1º, do art. 101 do RICMS/97, se a empresa não lançou o valor em novembro/2010, tem de entrar com comunicação e não pode abater o valor do referido Auto de Infração.
5. Em dezembro/2010 o valor do ICMS das mercadorias sujeitas a substituição que foram devolvidas é de R\$ 1.409,23. A impugnante lançou com a descrição “EST. DEB. REF. DEVOLUÇÕES DE NF-E C/PROT. ST” o valor de R\$ 166,83 (fl. 16). De acordo com o inciso II, § 1º, do art. 101 do RICMS/97, se a empresa não lançou o valor da diferença de R\$ 1.242,40 em dezembro/2010, tem de entrar com comunicação e não pode abater o valor do referido Auto de Infração.

Por fim, mantêm a ação fiscal, após anexação dos documentos às fls. 329 a 381 dos autos.

Intimado a se pronunciar sobre o resultado da diligência, o recorrente, às fls. 386 e 387 dos autos, reitera todos os termos de sua defesa, inclusive do pedido de que as intimações sejam encaminhadas aos seus patronos. Assim, aduz que, mesmo com o prejuízo anunciado, renova integralmente os termos do Recurso Voluntário, destacando que a autuante, à fl. 326, disse que não era possível atender a solicitação da CJF, relativa à comparação das notas fiscais de fls. 203 a 314, com os demonstrativos de fls. 91 a 110, porque os demonstrativos não possuem os números das notas. Assim, o recorrente alega que as inanes colocações de fls. 326 e 327, que não tratam de notas citadas pela defesa e pela CJF, não podem ser consideradas (ainda mais com restrição causada ao prazo para os advogados, provocadas pela ausência de intimação dos mesmos). Pede a nulidade do Auto de Infração, ou da Decisão recorrida ou que seja o lançamento julgado improcedente.

A autuante, em nova manifestação às fls. 391 a 393 dos autos, diz ratificar a informação fiscal de fls. 116 a 118 e as diligências de fls. 128 a 129, 176 a 179 e 326 a 381 dos autos.

Salienta, ainda, que o fato de os advogados não terem sido intimados não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma da ciência da conclusão da diligência ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 e 109 do RPAF e está em plena sintonia com o art. 127 do CTN, como também não houve prejuízo ao sujeito passivo já que o mesmo se manifestou às fls. 386 a 388 dos autos.

Em seguida, a autuante assevera que todas as notas fiscais das fls. 203 a 314 foram analisadas na diligência, conforme demonstrativo de fls. 329 a 332 e sua conclusão às fls. 326 a 328 dos autos.

Quanto ao pedido de revisão fiscal por estranho ao feito pelo recorrente, entende a autuante que não se faz necessária a revisão, pois constam no PAF todos os documentos necessários para conclusão pela procedência da infração. Assim, mantém na íntegra a ação fiscal.

Instado a se pronunciar sobre a informação fiscal de fls. 391 a 393 dos autos, o contribuinte se manifesta, às fls. 399 e 400 dos autos, na qual renova o pedido para intimação através de seus advogados, sob pena de nulidade, a qual requer. Contudo, mesmo com o novo prejuízo processual, diz reiterar todos os termos de seu Recurso Voluntário, reprisando que a autuante, à fl. 326, disse que não era possível atender a solicitação da CJF, relativa à comparação das notas fiscais de fls. 203 a 314, com os demonstrativos de fls. 91 a 110, porque os demonstrativos não possuem os números das notas. Assim, o recorrente alega que as inanes colocações de fls. 326 e 327, apenas repetidas pela diligente, não podem ser consideradas. Ressalta a necessidade de intervenção de estranho ao feito, evitando tantas idas e vindas.

Pede a nulidade do Auto de Infração, da Decisão ou que seja o lançamento julgado improcedente.

À fl. 404 dos autos, o PAF foi encaminhado à autuante para ciência da manifestação do contribuinte, tendo o preposto fiscal, à fl. 405 dos autos, asseverado que não houve apresentação de fato novo, razão de ratificar todas as informações anteriores e, em consequência, manter na íntegra a ação fiscal.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, I, “b”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, no sentido de modificar a Decisão da 1ª instância inerente aos meses de fevereiro de 2009, outubro, novembro e dezembro de 2010 da infração 01 – 03.01.01, a qual foi julgada subsistente pela Decisão recorrida, tendo em vista que os meses de fevereiro, maio e agosto de 2010, da referida exação fiscal, foram objeto de reconhecimento e recolhimento pelo sujeito passivo.

Inicialmente, diante do reconhecimento de parte da acusação fiscal, entendo que não se sustenta seu pedido de nulidade da autuação, por insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa, o que denota inexistir a alegada insegurança na determinação da infração e, em consequência, o cerceamento de defesa, cujos cálculos foram demonstrados à fl. 4 dos autos, com cópia ao contribuinte.

Aduz o recorrente que o lançamento de ofício "cobra por um fundamento" e, na prática, "utiliza outro" e, por isso mesmo, deve ser decretada a nulidade do Auto de Infração. Para respaldar sua alegação transcreve trecho da Decisão recorrida, a saber: *"Embora tenha sido informado que foram constatadas diferenças no cotejo entre os valores do imposto recolhido e a escrituração efetuada no livro RAICMS, o demonstrativo à fl. 4 comprova que foi efetuado o refazimento da conta corrente do ICMS nos meses objeto da autuação, apurando-se diferenças entre o imposto a recolher e os pagamentos realizados pelo autuado, sendo exigidas as mencionadas diferenças neste Auto de Infração"*,

Vislumbro que a acusação fiscal está coerente com o demonstrativo e os documentos que lhe dão sustentação, pois, a autuante ao cumprir seu dever de ofício de verificar os lançamentos nos livros fiscais realizados pelo contribuinte, de forma a homologar os valores recolhidos, constatou, nos períodos mensais retro citados, o seguinte:

- 1º) crédito no RAICMS a maior que o valor da antecipação parcial recolhida, no mês de fevereiro/2009, conforme cotejo dos documentos às fls. 5 e 8 dos autos, resultando no recolhimento a menor de R\$ 8.975,33;
- 2º) débito a menor no RAICMS de R\$ 49,21, em relação ao escriturado no livro Registro de Saídas, no mês de outubro/2010, consoantes documentos às fls. 14 e 40 dos autos;
- 3º) débito a menor no RAICMS de R\$ 650,62, em relação ao escriturado no livro Registro de Saídas, no mês de novembro/2010, consoantes documentos às fls. 15 e 41 dos autos;
- 4º) débito a menor no RAICMS de R\$ 1.423,44, em relação ao escriturado no livro Registro de Saídas, no mês de dezembro/2010, consoantes documentos às fls. 16 e 42 dos autos;

Assim, diante de tais constatações e após as apropriações pertinentes, se apurou o recolhimento a menos do ICMS, inexistindo qualquer incoerência entre a acusação e a ação fiscal, visto que restou comprovado que o sujeito passivo “*Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS*”, após as devidas correções, ou seja, consideração correta do crédito do ICMS da antecipação parcial recolhida, no mês de fevereiro de 2009, e dos débitos escriturados no livro Registro de Saídas, nos meses de outubro a dezembro de 2010, cuja conduta fiscal, necessariamente, implique em *refazimento do conta corrente do ICMS*, no sentido *lato sensu*, como alega o recorrente, mas, sim, homologação dos valores lançados pelo contribuinte em sua escrita fiscal, ensejando nas diferenças apuradas, após as devidas correções, nos respectivos meses.

Logo, não vislumbro pertinência do pedido de nulidade do lançamento, pelos motivos expostos, inclusive pelo reconhecimento parcial de parte da exação fiscal pelo recorrente, e, muito menos, da nulidade da Decisão, como pretendido na peça recursal, cujo veredito foi devidamente fundamentado.

Também indefiro o pedido de revisão fiscal por estranho ao feito, pois considero suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, conforme previsto no art. 147, I, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, cujas considerações serão explicitadas quando da análise de mérito.

Ainda, há de se salientar que corroboro com o entendimento da JJF de que inexistente qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte, de acordo com o art. 26, III, do RPAF/99.

Quanto às razões recursais de mérito, em relação à ocorrência de fevereiro/2009, cuja exigência do ICMS é de R\$ 8.975,33, a alegação do recorrente se resume de que tal valor foi recolhido em março, decorrente da NF 668.739, (transferência entre seus estabelecimentos - fls. 76 a 90), lançada sem o estorno de débito sobre mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, absorvendo a diferença do mês anterior.

Vislumbro não proceder a pretensão do contribuinte para a compensação dos valores, visto que, como já dito, não se trata de *refazimento do conta corrente do ICMS*, como diz o recorrente para compensação do valor exigido com o indébito fiscal superveniente e decorrente de fato gerador diverso, ocorrido em março/2009, *sem qualquer referência ao fato gerador objeto da exação fiscal*, fato este relevante para que, a qualquer momento, *dentro do período decadencial*, o sujeito passivo possa pleitear junto a SEFAZ seu direito de se ressarcir do indébito fiscal através de rito processual próprio, caso se comprove que o estabelecimento destinatário não utilizou do crédito fiscal destacado no documento fiscal, cuja nota fiscal, ressalte-se, consigna mercadorias

tributadas e sujeitas a substituição tributária. Mantida a exigência relativa ao mês de fevereiro de 2009.

Em relação aos meses de outubro a dezembro de 2010, cujas exigências de R\$ 49,21, R\$ 650,62 e R\$ 1.423,44, decorrem, respectivamente, das diferenças entre os débitos do ICMS consignados nos livros Registro de Apuração do ICMS e Registro de Saídas, conforme se pode constatar do cotejo de: fls. 14 e 40 (R\$ 560.185,44 e R\$ 560.234,65); fls. 15 e 41 (R\$ 554.427,50 e R\$ 555.078,12) e fls. 16 e 42 (R\$ 746.321,09 e R\$ 747.744,53), o recorrente alega em sua peça de defesa e ratifica no Recurso Voluntário que *“...se reportam a produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, cujo ICMS não foi estornado no LRAICMS e que, contudo, tal estorno se refletiu na efetivação do pagamento.”*, ocorrendo tão somente erro de escrituração, ensejando no máximo multa por descumprimento de obrigação acessória, do que, como prova de sua alegação, anexa documentos às fls. 91 a 110, como também notas fiscais às fls. 203 a 314 dos autos.

Por sua vez, à fl. 178 dos autos, a autuante aduz que *“A impugnante não comprovou o direito ao estorno de débito. Mesmo que existisse um suposto direito ao estorno de débito, não caberia abater este valor da autuação, pois a infração refere-se desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no Livro de Apuração. Caso haja um suposto direito ao estorno de débito, o correto seria o contribuinte pedir o suposto crédito através de um processo.”*, argumento este reiterado à fl. 327 dos autos.

Inicialmente, reitero que, como dito anteriormente, trata-se de dever de ofício do fisco verificar os débitos e créditos pertinentes no período, de forma a homologar os valores recolhidos.

Da análise dos documentos fiscais, às fls. 203 a 314 dos autos, verifica-se que o contribuinte consigna a natureza da operação de “DEVOL. MERCADORIA SUJEITA ST”, cujas operações o recorrente sustenta que o ICMS não foi estornado no livro RAICMS, em que pese ter se debitado do imposto no livro Registro de Saídas, razão da existência de diferenças entre os débitos do ICMS apurados entre os citados livros.

Embora, à época dos fatos geradores, a legislação pertinente (art. 368, III, “a”, do RICMS/97) determinasse que o remetente da operação de devolução estornasse o débito fiscal correspondente no quadro *“Crédito do Imposto - Estornos de Débitos” do Registro de Apuração do ICMS*, tal obrigação de caráter acessória não deve prevalecer sobre a verdade material, no caso de o sujeito passivo assim não ter procedido.

De fato, em relação aos valores exigidos nos meses de outubro a dezembro de 2010, da análise dos documentos fiscais trazidos pelo recorrente, verifica-se que, em que pese se debitar dos valores do ICMS no livro Registro de Saída, como determina a legislação, o contribuinte não estornou o respectivo débito do ICMS no livro RAICMS. Contudo, ao escriturar o livro RAICMS, em substituição ao estorno de débito, utilizou-se do expediente de deduzir tal valor do total do débito do ICMS escriturado no Registro de Saída, o que, hipoteticamente, redundaria numericamente no mesmo valor, caso tivesse cumprido a norma regulamentar específica. Contudo, verifica-se que:

No mês de outubro de 2010, cuja exigência de R\$ 49,21 decorre do fato de no livro Registro de Saída consignar o débito de R\$ 560.185,44 e no livro Registro de Apuração do ICMS R\$ 560.234,65 (fls. 14 e 40), observa-se que no valor de R\$ 567,57, sob a rubrica de “EST. DEB. REF. DEVOLUÇÕES DE NF-E C/PROT. ST” no RAICMS, não está contido a quantia de R\$ 49,21, como entendeu a autuante (fl.327), pois, conforme provado às fls. 95 e 96 dos autos, tais valores (R\$ 531,57 + R\$ 29,41 + R\$ 6,58 = 567,57 e R\$ 4,73 + R\$ 44,48 = R\$ 49,21) são parcelas do total do débito de R\$ 560.234,65, consignado no livro Registro de Saída.

Como o contribuinte estornou o débito de R\$ 567,57 no RAICMS (fl. 14), resta comprovado que o valor de R\$ 49,21 não foi estornado, pois não compunha do valor expurgado. Assim, caberia o estorno do débito no valor de R\$ 49,21, conforme documentos às fls. 203 e 204 dos autos, o que ocorreu via transversa, ou seja, do expediente da dedução do total do débito no livro Registro de Saída, conforme já visto. Assim, inexistiu exigência no mês de outubro de 2010.

No tocante ao mês de novembro de 2010, pelo mesmo motivo exige-se o valor de R\$650,62, ou seja, no livro Registro de Saída consigna o débito de R\$ 555.078,12 e no livro Registro de Apuração do ICMS R\$ 554.427,50 (fls. 15 e 41). Como o contribuinte não lançou qualquer estorno de débito no RAICMS no referido mês e nas notas fiscais, às fls. 205 a 247 dos autos, constam a natureza da operação de “DEVOL. MERCADORIA SUJEITA ST”, caberia o estorno do débito correspondente, o que ocorreu via dedução do total do débito no livro Registro de Saída. Contudo, tal valor é de R\$ 606,41, conforme apurado às fls. 329 e 330 dos autos. Assim, *remanesce a exigência no valor de R\$ 44,21 (R\$ 650,62 – R\$ 606,41) em novembro.*

Inerente ao mês de dezembro de 2010, pelos motivos já expostos, exige-se o valor de R\$ 1.423,44, em razão do livro Registro de Saída consignar o débito de R\$ 747.744,53 e no livro Registro de Apuração do ICMS R\$ 746.321,09 (fls. 16 e 42). Contudo, o contribuinte só logrou êxito em comprovar o débito no valor de R\$ 1.409,23, relativo às operações de “DEVOL. MERCADORIA SUJEITA ST”, consoante documentos às fls. 248 a 314 e ratificado às fls. 330 a 332 dos autos. Como o contribuinte já havia feito no RAICMS o estorno de débito no valor de R\$ 166,83 (fl. 16), caberia o estorno do débito correspondente à diferença de R\$ 1.242,40, o que ocorreu via dedução do total do débito no livro Registro de Saída, porém, no montante de R\$1.423,44. Assim, *remanesce a exigência no valor de R\$ 181,04 (R\$ 1.423,44 – R\$ 1.242,40) em dezembro.*

Diante de tais considerações, concluo pela subsistência parcial da infração, no valor de R\$ 9.482,84, após manutenção da exigência relativa ao mês de fevereiro de 2009; constatação da inexistência de exigência no mês de outubro de 2010 e redução das exigências dos meses de novembro e dezembro de 2010 para, respectivamente, R\$ 44,21 e R\$ 181,04, devendo-se homologar os valores reconhecidos e recolhidos.

Diante do exposto, voto pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 274068.0014/12-2, lavrado contra **ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$9.482,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo-se homologar os valores comprovadamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2014

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO ARAÚJO - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS