

PROCESSO - A. I. Nº 279459.0017/18-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CIL COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0025-05/19
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 31/07/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0143-11/19

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR DO IMPOSTO RECOLHIDO E O ESCRITURADO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. O próprio autuante acrescenta abaixo da descrição padrão que fez um refazimento da apuração mensal, não podendo se atribuir ao contribuinte que tenha feito a apuração e recolhido a menos. É flagrante a inconsistência entre o que a infração descreve e o procedimento efetuado. Tal erro não é passível de correção, visto que, para inscrição em Dívida Ativa, é necessário que haja perfeita subsunção do fato à norma, não podendo se cobrar um imposto que não corresponda à infração prevista em lei. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente, de Recurso de Ofício, decorrente de decisão em primeira instância neste Conselho de Fazenda que julgou Nulo o Auto de Infração da presente lide, lavrado em 06/11/2018, referente ao lançamento de ICMS no valor de R\$1.451.822,79, pela constatação das seguinte infração:

INFRAÇÃO 01 – 03.01.01 Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto nos meses de junho a dezembro de 2016, na forma dos demonstrativos e documentos às fls. 16/30 e CD/Mídia de fl. 31. Lançado ICMS no valor de R\$1.451.822,79, com enquadramento nos artigos 24 a 26 da Lei 7.014, c/c art. 305 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Na Decisão proferida (fls.58 a 66), a JJF julgou pela Nulidade do Auto de Infração com as seguintes considerações:

VOTO

Trata-se de novo lançamento fiscal decorrente da orientação do resultado da decisão proferida no Auto de Infração nº 108529.3006/16-9, tendo em vista que a primeira instância, através do Acórdão JJF Nº 0064-01/18, em sessão do dia 08/05/2018, julgou procedente em parte, com recomendação da autoridade competente analisar a possibilidade de instaurar novo procedimento fiscal, para lançar, a salvo de falhas, a parcela julgada improcedente, o que foi mantido pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal através do Acórdão CJF nº 0309-12/18.

Na realidade, o lançamento diz respeito ao fato de o autuado ter lançado na Escrituração Fiscal Digital (EFD), crédito fiscal no valor de R\$1.682.242,55, referente ao período de janeiro de 2011 a maio de 2016, no livro Registro de Apuração do ICMS no campo “OUTROS CRÉDITOS”, segundo o contribuinte, baseado no art. 2º do Decreto nº 7.799/2000.

Consta do Acórdão JJF Nº 0064-01/18, que o autuado, no intuito de utilizar os créditos extemporâneos, levantou os valores desde janeiro de 2011 a maio de 2016, perfazendo o valor total histórico de R\$1.245.386,61, aplicou a Taxa SELIC do período, encontrando o valor atualizado de R\$1.682.242,55 e lançou no livro de apuração do ICMS do mês de maio de 2016.

Vê-se da decisão, que é indubitoso que o Contribuinte pode lançar extemporaneamente um crédito fiscal que não tenha utilizado tempestivamente, contudo, para legitimar o lançamento tem que observar as disposições da legislação tributária do Estado da Bahia. No caso citado, como assim está posto no Acórdão JJF Nº 0064-01/18, o autuado não obedeceu às disposições do art. 314, I, e II; e do art. 315 do RICMS/BA, abaixo reproduzidos:

Art. 314. A escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte no próprio mês ou no mês subsequente em que se verificar:

I - a entrada da mercadoria e a prestação do serviço por ele tomado ou a aquisição de sua propriedade;

II - o direito à utilização do crédito.

Art. 315. A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314 dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte.

[...]

§ 3º A escrituração dos créditos autorizada pelo fisco ou nos termos do § 1º deste decreto deverá ser realizada em tantas parcelas mensais, iguais e consecutivas, quantos tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar.

Vê-se também, na decisão proferida pela primeira instância, que, como não utilizou tempestivamente o crédito fiscal no próprio mês, jamais poderia o autuado proceder da forma como fez, pois, por se tratar de crédito fiscal extemporâneo seria necessário e indispensável que formulasse pedido de autorização junto ao Inspetor Fazendário da repartição fazendária do seu domicílio.

Além disso, concordaram os membros da 1ª JJF, consoante o § 3º do art. 315 acima reproduzido, jamais poderia o autuado, mesmo que devidamente autorizado, utilizar o crédito fiscal de uma única vez, conforme fez. Diante disso, têm-se o entendimento da 1ª JJF, de que a glosa do crédito fiscal de que cuidava o Auto de Infração nº 108529.3006/16-9 era procedente, o que, também, coaduna com tal entendimento, dado o não cumprimento do autuado quanto às disposições do art. 314, I, e II; e do art. 315 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, acima destacado.

Todavia, entenderam os membros do colegiado, que cabia um reparo a ser feito no levantamento levado a efeito pela Fiscalização, através da autuação citada, haja vista que a acusação fiscal era de que o autuado utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, em 31/05/2018.

Como está posto no Acórdão JJF Nº 0064-01/18, verifica-se na reprodução parcial do demonstrativo do autuante acima, referente ao mês de maio de 2016, o autuado era detentor de um crédito fiscal que não foi objeto de glosa no valor de R\$534.870,22 (R\$507.144,93 + 27.725,29), significando dizer que, do valor do débito total de R\$765.289,98, cabe deduzir o valor do crédito de R\$534.870,22, o que resulta no valor de R\$230.419,76.

Neste contexto, entenderam os membros do colegiado da 1ª JJF de que sobre o valor de ICMS de R\$230.419,76 é que, de fato, houve a repercussão do crédito utilizado indevidamente, haja vista que o imposto devido deixou de ser recolhido pelo autuado em face de um crédito indevido.

Assim, decidiram por manter procedente a autuação em relação ao valor de R\$230.419,76, julgando a acusação parcialmente subsistente, por glosa de crédito utilizado em desconformidade com a legislação (art. 314, I, e II; e art. 315 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012).

Quanto ao valor remanescente de R\$1.451.822,79 (R\$1.682.242,55 - R\$230.419,76) recomendou a 1ª JJF, na decisão do Acórdão JJF Nº 0064-01/18, em sessão do dia 08/05/2018, à autoridade competente, da unidade Fazendária de circunscrição do autuado, analisar a possibilidade de instaurar novo procedimento fiscal, no tocante à parcela do crédito fiscal utilizado indevidamente que tenha repercutido em falta de recolhimento do imposto nos meses subsequentes.

Neste contexto, como destacado pelo Autuante na Informação Fiscal às fls. 52/53 dos autos, foi expedido pela unidade Fazendária a O.S. nº 505485/18 destinada ao refazimento do Auto de Infração nº 108529.3006/16-9, conforme a decisão do Acórdão da 1ª JJF Nº 0064-01/18.

Entretanto, vê-se no novo procedimento fiscal, falhas na constituição do crédito tributário, objeto do presente Auto de Infração nº 279459.0017/18 em análise, que impele este Relator sugerir à 5ª JJF julgar nulo a presente autuação, com fundamento na alínea "a", do inciso IV, art. 18 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, c/c com § 1º do mesmo dispositivo legal, vez que as incorreções na caracterização do Auto de Infração e a consequente fundamentação legal não são possíveis de serem corrigidas no presente lançamento fiscal.

Vejo restar razão à arguição de nulidade do sujeito passivo. Diz o defendente que está sendo compelido a recolher aos cofres públicos o valor principal de ICMS de R\$1.451.822,79, sob a alegação de ter recolhido a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o valor de imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Por tal acusação, vê-se a fundamentação nos artigos 24 a 26 da Lei 7.014, c/c art. 305 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

De fato, não se trata de recomendação de refazimento da autuação por desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado nos termos da decisão do Acórdão da 1ª JJF Nº 0064-01/18, mas, sim, de glosa de uso de crédito fiscal lançado pelo sujeito passivo em desencontro com o que determina a legislação nos termos do art. 314, I, e II; art. 315 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, como acima destacado.

Relativamente ao valor remanescente de R\$1.451.822,79, que diz respeito à diferença entre o valor apropriado na escrita fiscal do defendente em maio de 2016 de R\$1.682.242,55 e o valor de R\$230.419,76, relativo à parcela julgada procedente no Auto de Infração de nº 108529.3006/16-9 pela 1ª JJF, na decisão do Acórdão JJF Nº 0064-01/18, em sessão do dia 08/05/2018; há de se observar duas perspectivas na constituição de novo lançamento fiscal, nos termos do art. 314, I, e II; art. 315 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

Primeiramente, se todo o crédito constituído, na escrita fiscal em maio de 2016, de fato é devido na sua totalidade de R\$1.682.242,55, como destacado na manifestação de defesa do autuado, decorrente das disposições do art. 6º do Decreto 7.799/00, conforme o Termo de Acordo (Atacadista), que diz ser possuidor.

Segundo, observar a disposição do art. 315, § 3º do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, que, além de depender de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte do uso do crédito (art. 315), sua compensação deverá ser realizada em tantas parcelas mensais, iguais e consecutivas, quantos tenham sido os meses em que o contribuinte autuado deixou de se creditar à época dos fatos geradores (§ 3º).

Neste sentido, entendo restar nulo o presente Auto de Infração, baseado no inciso “a”, art. 18 do RPAF, por desconformidade entre a pretensão fiscal e o enquadramento legal da infração, que impossibilita a aplicação do § 1º do mesmo diploma legal, vez que a incorreção apontada não pode ser corrigida neste lançamento fiscal.

Pois, não se trata de ter recolhido a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o valor de imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Trata-se, sim, de uso de crédito extemporâneo sem autorização da autoridade competente (art. 315), bem assim de possível compensação de valores mensais superiores aos créditos que efetivamente o defendente deixou de creditar à época dos fatos geradores (§ 3º). Então, mudar a acusação e, por conseguinte o enquadramento, no presente Auto de Infração, caracteriza mudança de fulcro, o que a legislação não autoriza. Neste contexto a autuação é nula.

Todavia, represento à autoridade fazendária competente para verificar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas na forma do art. 21 do RPAF, observando o aspecto decadencial de constituição do crédito fiscal, destacando que o auto volta à situação que se chama de “espontaneidade” perante o Fisco, podendo, o autuado, usufruir o benefício da “Denúncia Espontânea” previsto pelo CTN (art. 138).

Por todo o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração nº 279459.0017/18-0 em tela.

A Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, recorreu de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício de lançamento de única infração, descrita claramente como recolhimento a menos em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto.

A defesa inicial pede pela nulidade, à fl. 37, quando afirma que não há prova no processo de algum desencontro entre o que a empresa apresentou na escrituração fiscal e os respectivos recolhimentos, arguindo o art. 18, IV, “a” do RPAF, é nulo o lançamento que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança, a infração e o infrator.

O voto recorrido fulminou o lançamento com a seguinte argumentação:

Neste sentido, entendo restar nulo o presente Auto de Infração, baseado no inciso “a”, art. 18 do RPAF, por desconformidade entre a pretensão fiscal e o enquadramento legal da infração, que impossibilita a aplicação do § 1º do mesmo diploma legal, vez que a incorreção apontada não pode ser corrigida neste lançamento fiscal.

Pois, não se trata de ter recolhido a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o valor de imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Trata-se, sim, de uso de crédito extemporâneo sem autorização da autoridade competente (art. 315), bem assim de possível compensação de valores mensais superiores aos créditos que efetivamente o defendente deixou de creditar à época dos fatos geradores (§ 3º). Então, mudar a acusação e, por conseguinte o enquadramento, no presente Auto de Infração, caracteriza mudança de fulcro, o que a legislação não autoriza. Neste contexto a autuação é nula.

Todavia, represento à autoridade fazendária competente para verificar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas na forma do art. 21 do RPAF, observando o aspecto decadencial de constituição do crédito fiscal, destacando que o auto volta à situação que se chama de “espontaneidade” perante o Fisco, podendo, o autuado, usufruir o benefício da “Denúncia Espontânea” previsto pelo CTN (art. 138).

Por todo o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração nº 279459.0017/18-0 em tela.

De fato, o lançamento decorreu de lançamento anterior em que o autuante lançou imposto decorrente de crédito fiscal indevido de R\$1.682.242,55, lançado no livro de Apuração do ICMS do mês de maio de 201, e tendo sido constatado que havia outros créditos que absorviam em parte o crédito lançado, foi julgado parcialmente procedente no valor de R\$ R\$230.419,76.

Daí, decorre que no mês subsequente, de junho de 2016, não havia saldo credor a ser transportado, o que fatalmente levaria a novos saldos devedores nos meses subsequentes, e assim foi recomendado a renovação do procedimento.

Obviamente que a separação em 2 processos, induziu o autuante a erro na descrição da infração. Isto porque o fato de o crédito indevido estar em mês anterior ao lançamento, é passível de concluir que este achou que “não havia crédito indevido a glosar” e portanto, não caberia na descrição.

No entanto, é fato de que não se pode dizer que houve “desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto” visto que o contribuinte não escriturou valores que resultassem em saldo devedor, muito pelo contrário, o saldo era credor. O autuante é que fez a escrituração a partir da glosa do crédito em mês que foi lançado no primeiro auto.

Também não há de se falar em ICMS recolhido a menos, pois não foi recolhido ICMS algum, já que a escrituração demonstra que havia saldo credor inflado pelo crédito indevido. O autuante é que fez a conta corrente a partir da exclusão do crédito. O Auto de Infração aqui em discussão, tem a mesma natureza e origem no anterior, cuja descrição é clara: falta de pagamento do imposto pela utilização de crédito fiscal indevido. O refazimento da conta corrente é apenas questão procedimental, mas esta é a infração cometida (crédito fiscal indevido com repercussão do imposto no saldo de ICMS a recolher).

O próprio autuante acrescenta abaixo da descrição padrão que fez um refazimento da apuração mensal, e tal explicação, pode ao invés de soar como esclarecimento, ser entendido com ambivalência do lançamento. É inquestionável, que se fosse feito numa informação fiscal, notoriamente já seria uma mudança de fulcro do lançamento, e no caso, entendo que a mudança já ocorre na descrição original, resultando na prática em 2 descrições diferentes, não podendo se atribuir ao contribuinte que tenha feito a apuração e recolhido a menos, como aparenta na descrição. É flagrante a inconsistência entre o que a infração descreve, de forma confusa, e o procedimento efetuado.

Considerando ainda, que o exercício fiscalizado se encontra longe do prazo decadencial, e poderá ser renovado e refeita a cobrança, entendo que considerar a possibilidade de manter o lançamento agora, é incorrer em riscos desnecessários, em eventual processo judicial, visto que para inscrição em Dívida Ativa, é necessário que haja perfeita subsunção do fato à norma, não podendo se cobrar um imposto que não corresponda à infração prevista em lei, e a descrição seguramente está viciada

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício. Mantida a Decisão recorrida. Auto de Infração NULO.

VOTO DISCORDANTE

Dirijo do nobre Relator de que “*a descrição seguramente está viciada*”, concluindo, assim, pelo “NÃO PROVIMENTO DO RECURSO DE OFÍCIO. Mantida a Decisão recorrida. Auto de Infração NULO”, pois vislumbro que a imputação está correta, eis que a acusação fiscal não se limita ao primeiro parágrafo pelo qual consignou que “*Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto*”.

Como se observa na peça vestibular, a autoridade fiscal completa a acusação nos termos a seguir:

“Para constataremos o valor que deixou de ser recolhido efetivamente reconstruímos a apuração do ICMS no período questionado considerando todos os créditos e débitos fiscais lançados na escrita fiscal para assim

verificarmos se saldo credor ou devedor, abatendo o valor de R\$ 230.419,76, julgado procedente conforme acórdão acima relacionado. fl. 18.

Assim sendo, restou o valor de R\$ 1.454.651,79 para estornar no refazimento da apuração do ICMS mensalmente nos períodos em questão, considerando logicamente os recolhimentos efetivamente efetuados pela autuada. fls. 16-17 e 21 a 30.”

Em conclusão, restou claro que o valor exigido na ação fiscal decorreu do **refazimento da apuração do ICMS, considerando todos débitos, créditos e recolhimentos no período**, cujo resultado se coaduna com a descrição inicial de “*Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto*”.

Tal fato ainda foi explicitado através do “*DEMONSTRATIVO APURAÇÃO ICMS REFEITO APÓS EXCLUSÃO LANÇAMENTO CRÉDITO INDEVIDO*”, tendo em vista que o “*Contribuinte lançou valor de R\$ 1.451.822,79 como ‘Outros créditos’ sem autorização da SEFAZ conforme Art. 314, I e II e Art. 315*”, pelo qual resta cristalinamente demonstrado o **refazimento na apuração do ICMS** decorrente da repercussão do crédito fiscal indevido, cuja cópia foi fornecida ao sujeito passivo.

Diante de tais considerações, divirjo do voto do Relator eis que, efetivamente, o contribuinte recolheu a menos o imposto ao apropriar-se de créditos indevidos, cuja monta repercutiu não só no próprio mês da utilização indevida do crédito, mais, também, nos demais meses subsequentes, ocasionando recolhimentos a menos após o devido cotejamento com os débitos, créditos e o próprio recolhimento efetuado pelo contribuinte, conforme demonstrativo à fl. 16 dos autos.

Mister ressaltar que tal *repercussão* só ensejará recolhimento a menos do ICMS apurado, não sendo cabível tratá-la como crédito indevido nos meses subsequentes, eis que tal denominação (crédito indevido) só é possível no mês que houve a apropriação do crédito, sendo que a sua repercussão na apuração do ICMS só poderá ensejar “recolhimento a menor”, conforme procedeu a autoridade fiscal.

Portanto, vislumbro inexistir qualquer vício que venha macular o lançamento de ofício e, em consequência, concluo pela NULIDADE da Decisão recorrida e não do Auto de Infração, para que se proceda nova decisão com análise do mérito.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **279459.0017/18-0**, lavrado contra **CIL – COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA**. Recomendada a renovação do procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Ildemar José Landin, José Rosivaldo Evangelista Rios, Laís de Carvalho Silva, Elde Santos Oliveira, e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DISCORDANTE – Conselheiro: Fernando Antonio Brito de Araújo.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAÚJO – VOTO DISCORDANTE

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS