

A. I. Nº - 269440.0005/17-1
AUTUADO - MAURO FERREIRA BORGES & CIA. LTDA. - ME
AUTUANTES - WALTER KUHN
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10.07.2019

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0020-06/19

EMENTA: ICMS. DECLARAÇÃO DE VENDA COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO EM VALOR INFERIOR AO INFORMADO POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA OU ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS. Afastado pedido de nulidade. Empresa não optante do Simples Nacional. Ação fiscal de constituição do crédito tributário praticada por agente público legalmente competente para fiscalização. Presunção legal não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, foi lavrado em 17/02/2017, para exigir o crédito tributário no valor de R\$1.144.240,21, através da seguinte imputação – **05.08.01** - Omissão de saída de mercadoria tributada, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de novembro e dezembro de 2015, janeiro a novembro de 2016. Acrescido da multa de 100%;

Complemento: *“As diferenças apuradas foram calculadas utilizando os valores apurados no TEF - transferência eletrônica de fundos e a DMA”*.

O Autuado apresenta peça defensiva através de seu representante legal, fls. 106 a 125, inicialmente, relata quanto à tempestividade da impugnação e descreve os principais fatos das alegações:

Afirma que a autuação se baseia no demonstrativo das diferenças apuradas entre os valores escriturados na DMA e os valores constantes do relatório TEF, como se vê em anexo (Doc. 03). Sustenta que não merece prosperar pelos seguintes motivos:

1. Por duplicidade de exigência fiscal, uma vez que, sobre o mesmo fato gerador (saída de mercadorias), e no mesmo período (2015/2016), o ICMS incidente sobre as operações de vendas está sendo exigido através do Auto de Infração em comento, mas também através da Notificação Fiscal de nº 269440.0004/17-5, em anexo (doc.04).
2. Por incompetência da autoridade fiscal para proceder a exigência fiscal contra empresas do regime do Simples Nacional.
3. Pela não observância do princípio da não-cumulatividade do ICMS.
4. Pela não observância da determinação contida na IN nº 56/07.

Explica, preliminarmente, que a Constituição Brasileira e as leis infraconstitucionais fundamentais que lhe seguem atribuem encargos deveres ou funções para os órgãos da administração pública que devem se desincumbir deles com a maior presteza possível.

Lembra que o administrador fiscal, como todos os administradores públicos, tem o seu campo de ação perfeitamente delimitado pela lei, não podendo agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador, porquanto sua função própria é a de aplicador das leis, é a de fazer as pessoas

cumprirem as leis.

Acrescenta que as pessoas são inteiramente livres para agir desde que não exista uma lei determinando um comportamento diferente, o administrador público não pode agir ao seu livre-arbítrio, somente podendo se comportar conforme o ordenamento predeterminado pelo legislador. Reproduz trecho de entendimento da Revista dos Tribunais (“Regime Jurídico dos Recursos Administrativos Fiscais e Seus Efeitos”, in Revista de Processo, Jan – Mar, 1982, São Paulo, Revista dos Tribunais, P. 54), no qual demonstra que a autoridade fiscal não tem qualquer faculdade ou direito subjetivo de agir nem tem qualquer interesse próprio ou particular com o exercício de sua função legal.

Esclarece que a atuação do órgão fiscal na cobrança dos tributos a seu encargo, portanto, não se envolve qualquer interesse próprio das autoridades fiscais, nem é o exercício de um direito subjetivo do órgão fiscal, que, também, não é parte credora de uma relação jurídica. Salienta que a ação da autoridade fiscal, impulsionada pelo dever de ofício, tem de apurar o valor do tributo de acordo com os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte, investigando-os sem qualquer interesse no resultado final, já que o princípio da legalidade objetiva exige do Fisco uma atuação oficial e imparcial para obtenção da verdade dos fatos.

Destaca que a função administrativa tributária que deve ser exercida pela autoridade fiscal exige a obediência ao princípio da legalidade objetiva, em que o tributo será tornado líquido e certo e exigido dentro de mais estrita legalidade, agindo o Fisco com integral imparcialidade. Ressalta que a função fiscal, exercícios do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal.

Diante do exame aponta vícios para a Nulidade:

A) DA OCORRÊNCIA DO “BIS IN IDEM” – verifica que no corpo do Auto de Infração em comento, o eminente Agente Fiscal esqueceu-se de observar que o ICMS exigido nesta ação fiscal, também está sendo exigido na Notificação Fiscal de nº 269440.0004/17-5. Desse modo, sustenta que não podem deixar de observar que a imprecisão da acusação fiscal configura duplicidade de exigência fiscal.

Consigna que a dupla exigência fiscal tem como consequência o enriquecimento sem causa, prática condenável no mundo jurídico. A ação fiscal praticada pelo autuante ao exigir duas vezes o mesmo imposto, sobre o mesmo fato gerador e no mesmo período recai na ilegal figura jurídica tributária denominada *bis in idem*.

Discorre que a validade e eficácia do ato administrativo está condicionado à sua prática em motivos reais, idôneos e existentes, *in casu* a exigência do tributo se baseou em um único fato gerador já considerado na Notificação Fiscal citada, tendo incorrido no fenômeno da dupla exigência fiscal, que se constitui em ato injurídico, configurando o enriquecimento ilícito em detrimento do patrimônio do contribuinte pelo seu real e notório empobrecimento. Acosta decisões do CONSEF (A-0045-11/11; A-0016-03/12; A-0158-12/15).

Reproduz o art. 150, IV da CF/88, onde dispõe que veda o emprego do confisco tributário, impedindo que todo e qualquer ente político, com poder de imposição fiscal emanado da mesma Carta, venha a cobrar: tributo, contribuições ou penalidades (multas), que tenham nítido e ostensivo caráter confiscatório.

Inferre que ao cobrar duas vezes o mesmo imposto é efetuar confisco do patrimônio do contribuinte, vez que o imposto deve ser pago pela autuada e não pelo sujeito passivo coobrigado. Cita entendimento do jurista Hugo de Brito Machado: in Curso de Direito Tributário, 20ª edição, Malheiros Editores, pág. 46 e 47.

B) DA INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE FISCAL – alega que o Auto de Infração foi lavrado porque o autuante entendeu que a autuada praticou “*Omissão de saída de mercadoria tributada*”

apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira ou administradora de cartão de crédito”.

Explica que se trata de empresa optante do SIMPLES NACIONAL. Frisa que o Simples Nacional foi instituído pela LC Nº 123/2006, que estabelece um tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias. Transcreve o art. 42, inciso II do RPAF/99 e sustenta que a ação fiscal que culminou em análise de nulidade do lançamento, sob o prisma do art. 18, inciso IV, “a” do RPAF.

Aduz que é optante do Simples Nacional, cuja atividade de fiscalização é restritiva aos Agentes de Tributos Estaduais e a ação fiscal foi movida por Auditor Fiscal, que não tinha a devida competência legal. Volta a reproduzir decisão do CONSEF (A-0332-11/15; A-0132-03/15).

Argui como prejudiciais de validade e eficácia da peça básica do processo administrativo fiscal instaurado. Requer, com amparo no princípio do contraditório pleno e amplo, assegurado pela Magna Carta (Art. 5º, LV, CF/88), que as prejudiciais sejam apreciadas e decididas, com fundamentação própria e específica (CF/88, art. 93, IX, e inteligência do art. 5º, II, 37 “caput, Hely Lopes Meireles, direito administrativo brasileiro, 15º ed. RT SP, 1990 ff. 78/79”).

No mérito, alega pela não observância do princípio da não cumulatividade. Destaca que o recolhimento mensal do imposto é devido sob a égide do princípio da não-cumulatividade do ICMS, gozando o contribuinte do direito de se creditar mensalmente do valor que recolheu no mês anterior.

Consigna que o princípio da não-cumulatividade não é fruto da vontade do aplicador do direito, ao contrário, é um imperativo do Poder Constituinte, não existindo qualquer aspecto volitivo ou qualquer discricionariedade sobre se deve ou não aplicar, sendo, portanto, direito absoluto do contribuinte. Transcreve o art. 155, II, §2º, I e II, *in verbis*, a Constituição da República ombréia o ICMS no princípio da não-cumulatividade.

Nota que o legislador constitucional foi exaustivo e minucioso ao disciplinar o ICMS, determinando sua competência, fixando o fato gerador e estabelecendo a regra da não-cumulatividade, e, desde já, há exceções a esta regra. Salienta que a regra constitucional da não-cumulatividade, como não poderia deixar de ser, somente encontra limitação no próprio texto constitucional (art. 155, §2º, II, *a e b*).

Observa que a regra da não-cumulatividade trazida pela Constituição da República não consubstancia mera sugestão, que o legislador ou a Fazenda Pública poderão, ou não, acatar, mas um princípio constitucional de eficácia plena, devendo ser observado, indistintamente, pelo contribuinte, pelo legislador e pela Fazenda Pública Estadual.

Chama atenção para o mecanismo da não-cumulatividade, fazendo nascer para o contribuinte, toda vez que este adquire uma mercadoria ou um serviço com incidência do Imposto, um crédito fiscal. Cita entendimento do professor Sacha Calmon (COELHO, Sacha Calmon Navarro, in Curso de Direito Tributário Brasileiro. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 332) é “*um crédito misto (quase financeiro), abarcando o crédito do ativo imobilizado, dos bens de uso e consumo e de todos os insumos diretos e indiretos utilizados na produção e circulação de mercadorias e serviços*”.

Disse que de acordo com a Constituição da República de 1988, está expressamente estruturado pelo sistema *imposto contra imposto* e não pelo sistema *mercadoria contra mercadoria*, como desconsidera o autuante. Acrescenta que o ICMS esta adstrito ao princípio constitucional da não-cumulatividade, nos exatos termos da Carta Magna, não podendo o legislador infraconstitucional ou o Administrador Público pretender-lhe novos contornos, aumentando ou diminuindo sua

eficácia. Reproduz a lição do ilustre professor Carrazza (Curso de Direito Constitucional Tributário. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 568).

Alude que a lição *supra* é que, toda vez que o contribuinte, ao adquirir uma mercadoria ou um serviço, havendo a incidência do ICMS, passa a ter em seu favor um crédito fiscal, constituindo um direito-dever, como dissemos alhures, de compensar este crédito com o débito do imposto nas operações mercantis posteriores. Assim, qualquer norma ou ato administrativo (lançamento fiscal) que venha de encontro a esse princípio constitucional deve ser declarado inconstitucional, não produzindo qualquer efeito no mundo jurídico. Transcreve lição da professora Misabel Derzi (Limitações ... p.449 e ss), que, sobre o princípio da não-cumulatividade.

Pontua que a ação fiscal se resume a cobrar supostos débitos de ICMS, pela falta de recolhimento do imposto devido pelas saídas das mercadorias, ignorando a existência de créditos fiscais para serem compensados com o débito do ICMS, como se constata nas cópias das notas fiscais em anexo (Doc.05) fls. 140 a 142. Ressalta que os créditos de ICMS constantes das notas fiscais que ora apresentou, não se referem aos créditos de ICMS considerado pelo autuante na DMA. Junta decisão do CONSEF (A-0382-12/15; A-0072-01/16; A-0060-04/16).

Requer que seja retificado o valor da exigência fiscal, considerando no “*quantum debeatur*” o direito a compensar o crédito gerado pelo imposto incidente na operação anterior, devendo ser recolhido aos cofres públicos apenas a diferença, se houver.

Acusa a não observância da IN Nº 56/2007 - chama atenção para observar os índices de proporcionalidade constante das DMA’S, conforme demonstrativos de proporcionalidade a ser juntado posteriormente, ou seja, sem excluir do cálculo do ICMS devido, as operações sem débito do imposto. Junta decisão do CONSEF (A-0170-11/15; A-0031-11/17; A-0257-12/14; A-0286-11/16).

Finaliza requerendo a Nulidade total ou Procedência parcial, excluindo do débito, as saídas isentas, com base de cálculo reduzida, não tributadas e as que já sofreram a substituição tributária e, concedendo o crédito fiscal das mercadorias tributadas.

Na informação fiscal, fls. 145/148, o Autuante passa a se contrapor:

A) DA OCORRÊNCIA DO “BIS IN IDEM”.

Sobre a alegação de estar sendo exigido nesta ação fiscal o mesmo crédito tributário na Notificação Fiscal nº 2694400004/17-5 (folha 137), e de que a imprecisão da acusação por configurar duplicidade de exigência fiscal, esclarece que as infrações tem fatos geradores diferentes: Infração 01 - 05.08.01, tem como fato gerador a omissão de saída de mercadorias tributadas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituições financeira e administrativa de cartão de crédito em comparação com as DMAs escrituradas e enviadas para SEFAZ- BA pelo contribuinte. Já infração 01-02.01.02, referente a Notificação Fiscal nº 269440.0004/17-5, lavrado também contra a própria empresa, tem como fato gerador do ICMS as operações com mercadorias em que o contribuinte, apesar de emitir a Nota Fiscal eletrônica, não escriturou as mesmas na EFD, sendo que esta alegação de cobrança em duplicidade não prospera.

B) DA INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE FISCAL

Quanto à alegação defensiva de que a Impugnante é optante do SIMPLES NACIONAL, sobre a qual argumenta que a ação fiscal que culminou na lavratura do auto de infração em análise g foi desenvolvida por Auditor Fiscal, o que implica na nulidade do lançamento, sob o prisma do art. 18, inciso IV, “a” do RP AF, isso porque, a lavratura do auto de infração não se encontra em consonância com os termos do art. 42, inciso 11 do RPAF/99 e conclui que ser optante do Simples Nacional, cuja atividade de fiscalização é restritiva aos Agentes de Tributos Estaduais e a ação fiscal foi movida por Auditor Fiscal, que não tinha a devida competência legal.

Assevera o Autuante que a afirmação de que o contribuinte é optante do SIMPLES NACIONAL não

pode prosperar, pois conforme os Dados Cadastrais retirados do INC - Informações do Contribuinte, a forma de apuração do imposto é Conta Corrente Fiscal, o que comprova que a autuada não se enquadra no Simples Nacional.

Sendo assim, a ação fiscalizadora foi legalmente exercida pelo Auditor Fiscal em consonância com os termos do art. 42, inciso I do RPAF/99.

C) PELA NÃO OBSERVÂNCIA DA DETERMINAÇÃO CONTIDA NA IN Nº 56/2007.

Para afirmação de que a infração: *“Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito”,* sem considerar que parte das saídas das mercadorias se refere a operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, ou seja, sem débito do imposto, como se vê nas próprias DMA'S consideradas pelo autuante.

Argumenta ainda que procedendo dessa forma, sem observar os índices de proporcionalidade constante das DMA'S, conforme se vê nos demonstrativos em anexo, ou seja, sem excluir do cálculo do ICMS devido, as operações sem débito do imposto, deixa de observar o que prescreve a Instrução Normativa nº 56/2007.

Explica que a empresa tendo como atividade comércio varejista de mercadorias em geral, não poderia apresentar nas DMA's todos os valores das saídas de mercadorias apenas como “isentas ou não tributadas, ou em “outras”, não constando nenhum valor como base de cálculo do ICMS”.

Some-se a isso o fato de que pela análise das Notas Fiscais Eletrônicas de saída constam produtos com tributação pelo ICMS nas saídas das mesmas. Também pela EFD não dá para fazer uma análise mais criteriosa porque não consta na EFD nenhum lançamento nas saídas de mercadorias nesse período fiscalizado.

Sendo assim, diz que não foi possível encontrar elementos ou informações confiáveis que dessem suporte para considerar que parte desses valores refere-se a operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, excluindo-as do cálculo do ICMS devido.

Finaliza, mantendo a autuação pela Procedência.

Na fl. 180, a 3ª JJF, converte os autos em diligência à INFAZ de origem, para que sejam adotadas as seguintes providências:

- a) *Fazer entrega a impugnante de todas as peças deste PAF, inclusive das planilhas constantes nas mídias elaboradas pela autuação;*
- b) *Intimar a autuada, concedendo um prazo de 30 (trinta), dias, para apresentar o relatório de suas operações de saídas por situação tributária e demonstrar comprovadamente a efetiva proporcionalidade das saídas tributadas em relação às saídas totais no período autuado, a fim de possibilitar a aplicação da IN Nº 56/2000;*
- c) *Após atendimento da diligência pela autuada, remeter o PAF para o opinativo técnico do autuante quanto à informação prestada pela a impugnante;*
- d) *Sendo anexado novos elementos pelo autuante, deverá ser feita a entrega dos mesmos contra recibo da autuada, estabelecendo o prazo de 10 (dez) dias para que se manifeste.*

Nas fls. 160/161, consta manifestação do contribuinte diante do cumprimento da diligência solicitada pontuando que juntou planilha de crédito dos meses de novembro e dezembro de 2015 e de janeiro de 2016, ilustrando e ratificando o equívoco da autuação fiscal que cobrou débitos de ICMS, pela suposta falta de recolhimento do imposto devido pelas saídas das mercadorias, ignorando a existência de créditos fiscais para serem compensados com o débito do ICMS, bem como planilha de proporcionalidade dos respectivos meses, haja vista que não foi observado no cálculo do ICMS devido, as operações sem débito do imposto, deixando de observar o que prescreve a Instrução Normativa nº 56/2007.

Acrescenta que com base nas informações e provas fidedignas juntadas aos autos, nos termos do artigo 145 do RPAF/BA e na decisão de JJF, faz-se necessário que este Egrégio Conselho determine diligência a ser realizada por fiscal estranho ao feito, no sentido de apurar a verdade do quanto alegado na presente defesa, uma vez que se trata de milhares de documentos fiscais que comprovam o quanto alegado neste petítório.

Junta memória de cálculo, fls. 162/173 e discorre que constam os índices de proporcionalidade entre as operações de saída sem o débito do ICMS e o total das operações de saída, constantes das DMAs enviadas para SEFAZ, conforme a IN nº 56/2007.

Aponta que nos meses:

- NOVEMBRO DE 2015 – total das saídas sem o débito: R\$420.435,65/Total das saídas: R\$698.462,25 = 60,19%
- DEZEMBRO DE 2015 – total das saídas sem o débito: R\$541.011,41/Total das saídas: R\$838.856,52 = 64,49%
- JANEIRO DE 2016 – total das saídas sem o débito: R\$400.587,48/Total das saídas: R\$822.815,41 = 48,68%

Na fl. 180, a 3ª JJF, converte novamente em diligência, em pauta suplementar, com objetivo de sanear o auto para que esteja apto ao julgamento, pede que ao autuante atenda o item “c” da diligência constante nas fls. 155 dos autos. Ao final, caso seja produzido novos elementos, cientificar a autuada sobre o resultado da diligência e reabrir o prazo de 10 (dez) dias para que se manifeste.

Em cumprimento à diligência solicitada, fls. 225, o auditor fiscal informa que os valores constantes na defesa, fls. 159 a 174 e, resumidos, às fls. 175, onde também demonstram, através de cálculos, a proporcionalidade entre as saídas e as entradas nos meses de 11/2015, 12/2015 e 01/2016, não se sustentam, pois tais valores não foram informados ou não constam as aludidas DMAs (fls. 182/184). Assim, mantém a autuação pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração, foi lavrado para exigir o crédito tributário de ICMS, em vista da acusação fiscal de haver a Impugnante incorrido em omissões de saídas de mercadorias tributadas, apuradas tendo em vista haver declarado vendas, por meio de pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao declarado pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Verifico dos autos, que a acusação fiscal está calcada nas informações fornecidas à SEFAZ pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito através do relatório “Transferência Eletrônica de Fundos - TEF”, as quais foram sopesadas com as declarações de vendas da empresa informadas na DECLARAÇÃO MENSAL DE APURAÇÃO - DMA, onde apurou-se que os valores declarados nessa última estavam inferiores aos da primeira fonte.

Passando a analisar as alegações defensivas, começo com a alegação de houve duplicidade de exigência fiscal, uma vez que, sobre o mesmo fato gerador (saída de mercadorias), e no mesmo período (2015/2016), o ICMS incidente sobre as operações de vendas estaria sendo exigido através do Auto de Infração em tela, e também através da Notificação Fiscal de nº 269440.0004/17-5.

Nesse aspecto, verifiquei que a Notificação Fiscal de nº 269440.0004/17-5, indicada como paradigma de seu argumento defensivo, não se refere à mesma infração que se discute nessa demanda, pois enquanto aqui estamos a discutir a infração sob o código “05.08.01 - Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito (...)” a referida notificação fiscal tem por base a infração sob o código “02.01.02 - Operações Não Escrituradas nos Livros Fiscais”, e foi em valor muito inferior, pois na notificação o valor exigido

foi R\$12.776,44. Portanto, afasto esta arguição.

Em relação à alegação de incompetência da autoridade fiscal para proceder a exigência fiscal contra empresas do regime do Simples Nacional, verifico seu descabimento, pois informa o cadastro da SEFAZ em relação à Impugnante, que esta nunca esteve enquadrada no Simples Nacional, e que apura o ICMS mensal através do regime de conta corrente fiscal, de forma que o Autuante, que se trata de um Auditor Fiscal, é plenamente competente para efetuar o lançamento do crédito tributário em tela.

Da mesma forma, não se sustenta a alegação de que não houve observância ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, pois os créditos do ICMS requerem além da comprovação documental para serem apropriados, que estejam devidamente declarados na escrituração fiscal e nos documentos de informação fiscal próprio (DMA), e afianço que nada consta nos autos nesse sentido. Ademais, nenhuma prova documental de escrituração foi apresentada pela Impugnante mesmo após solicitação em diligência específica conforme fl. 155, não se pode aguardar *ad infinito* que a empresa apresente suas provas quanto ao direito requerido.

De fato, o que verifiquei, conforme alertou o Autuante, é que na EFD não consta nenhum lançamento de saídas de mercadorias no período fiscalizado, e que a Impugnante informou em suas DMAs do período autuado 100% das saídas de mercadorias como sendo de mercadorias “isentas e não tributadas”, sem reconhecer débito algum em sua escrituração fiscal, e o Autuante considerou todas estas saídas declaradas como se de fato fossem 100% “isentas e não tributadas”, de forma que às abateu do valor mensal informado pelas empresas administradoras de cartões de crédito e débito, a partir dos dados colhidos nos relatórios de informações do TEF - Transferência Eletrônica de Fundos, apesar de ter apurado que existem diversas notas fiscais com saídas de mercadorias tributadas, essa é a verdade que se extrai do demonstrativo às folhas 05.

Portanto, não há falar em falta de reconhecimento de créditos, pois analisando o procedimento do Autuante, verifica-se que pode ter sido reconhecido muito mais crédito do que de fato a Impugnante teria direito, concluo, destarte, não verificar ofensa ao princípio da não cumulatividade. Ademais, verifica-se que o lançamento foi realizado com base na informação fiscal declarada pela empresa, onde a própria Impugnante não registra créditos fiscais ou mesmo reconhece saídas tributadas, sendo assim, considerando que o Autuante concentrou a presente exação apenas sobre os valores excedentes ao declarado pela contribuinte, reputo que não há falar em reconhecimento dos referidos créditos, e caso haja deve ser objeto de processo específico, inclusive com base na iniciativa de correção da escrituração fiscal da Impugnante conforme art. 315 do RICMS/2012.

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.

§ 1º Formulado o pedido de autorização para escrituração extemporânea de crédito e não havendo deliberação no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da sua protocolização, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do respectivo valor;

§ 2º Sobrevindo decisão contrária ao pleito, o contribuinte, no mês da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis. § 3º A escrituração dos créditos autorizada pelo fisco ou nos termos do § 1º deste artigo deverá ser realizada em tantas parcelas mensais, iguais e consecutivas, quantos tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar.

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

§ 4º Na escrituração extemporânea do crédito fiscal autorizado pelo titular da repartição fazendária, o contribuinte deverá lançar cada documento fiscal no registro de entradas, salvo se o documento fiscal já tiver sido lançado.

Averíguo também, descaber razão à Impugnante, quando aduz não ter ocorrido observância da determinação contida na IN nº56/07, pois, pelos mesmos motivos expostos acima, visto ter o

autuante adotando o procedimento de considerar toda a saída já declarada pela Impugnante para efeito de seus cálculos, como sendo de mercadorias “isentas e não tributadas”, deu ao levantamento fiscal o tratamento de justiça fiscal que prescreve a IN n.º 56/07.

Ademais, a Autuada tendo chance de apresentar os documentos que comprovassem sua pretensão, ao atender diligência específica nesse sentido, nada apresentou de concreto que pudesse alicerçar sua alegação. Concluo, por conseguinte, pela insubsistência, também, desta alegação defensiva.

Desarte, em vista das motivações expostas, voto pelo não acolhimento do pedido de NULIDADE do auto de infração, e considerando que as alegações defensivas quanto ao mérito são desdobramentos das alegações pelo pedido de nulidade, nada tendo acrescentado de material que pudesse lhe socorrer, voto pela PROCEDÊNCIA TOTAL, deste auto de infração, ao tempo que represento no sentido de que seja verificado em nova ação fiscal possível diferença de crédito fiscal em favor do erário público, tendo em vista o procedimento da Impugnante em considerar toda a sua saída como sendo mercadorias ISENTAS e NÃO TRIBUTADAS, como também que seja avaliada a aplicação de multa pela escrituração incorreta da EFD.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269440.0005/17-1**, lavrado contra **MAURO FERREIRA BORGES & CIA. LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.144.240,21**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de maio de 2019.

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - RELATOR