

**A. I. Nº** - 269511.0007/19-6  
**AUTUADO** - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MOAGEM ALMEIDA LTDA.  
**AUTUANTE** - LUIS ANTÔNIO MENESES DE OLIVEIRA  
**ORIGEM** - DAT/NORTE INFAZ VALE DO SÃO FRANCISCO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 04/09/2020

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0128-02/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. LANÇAMENTO DE DOCUMENTO FISCAL EM DUPLICIDADE. A fiscalização utilizou as informações inseridas na Escrituração fiscal Digital – EFD do sujeito passivo para o lançamento dos valores apurados. Desnecessidade de refazimento da conta corrente fiscal, Infração mantida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS EFETUADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Infração não contestada em seu mérito, razão pela sua manutenção como subsistente. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Exclusão da infração, vez que abarcada pelo instituto da decadência. 4. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS. Infração mantida, frente à falta de argumentos capazes de elidirem a acusação fiscal. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. O Contribuinte não trouxe argumentos robustos para elidir a infração. Acolhida a prejudicial de decadência parcial na infração 03. Rejeitada a preliminar suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 28 de junho de 2019 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$100.825,70, além de multa de 60% e multa por descumprimento de obrigação acessória, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **01.02.20**. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade, no valor de R\$32.791,02, nos meses de dezembro de 2014 e setembro de 2015.

Infração 02. **02.01.01**. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referentes a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de março e dezembro de 2015, montando em R\$52.034,21.

Infração 03. **03.02.02**. Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, em fevereiro de 2014, no total de R\$4.116,10.

Infração 04. **03.02.05**. Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias devidamente escrituradas, no montante de R\$8.641,62, no mês de agosto de 2014.

**Infração 05. 16.01.01.** Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada uma, no valor de R\$3.242,75, correspondente aos meses de fevereiro e abril de 2014 e novembro de 2015.

Constam as seguintes observações do autuante: *“A fiscalização foi realizada utilizando o Sistema Integrado de Auditoria Fiscal – SIAF, abrangendo os exercícios de 2014 e 2015, baseando-se pela EFD (Escrituração Fiscal Digital), nas NFes (Notas Fiscais Eletrônicas) emitidas e nas destinadas ao contribuinte, nos CTes (Conhecimentos de Transporte Eletrônicos) tomados pelo contribuinte, além dos demais documentos apresentados pelo contribuinte, conforme solicitados no Termo de Intimação.*

*Cabe informar que, atendendo à Intimação do Fisco, o contribuinte apresentou, após o início da ação fiscal, EFDs Retificadoras dos períodos de apuração de janeiro, março, maio e novembro de 2014, e de janeiro a agosto de 2015, cujas EFDs originais estavam zeradas, tendo sido estas EFDs Retificadoras consideradas nos trabalhos de fiscalização.*

*O Termo de Intimação para Apresentação de Documentos Fiscais, o Mandado de Fiscalização, a intimação para Retificar EFD, e os arquivos da EFD e das NFes que foram objeto de cobrança de imposto e multa estão todos gravados em mídia CD anexo ao auto”.*

Tempestivamente, a autuada, por seu advogado, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 37 a 65, onde alega estar a autuação eivada de vícios que a comprometem, sendo certo que será anulada ou no mérito será julgada totalmente improcedente, pelos motivos que passa a expor.

Inicia pela arguição de decadência do período anterior a 09/2014 nas infrações 03, 04 e 05, uma vez que nos termos do artigo 156, V do CTN a decadência extingue o crédito tributário, consoante transcrição, definindo tal instituto como a perda do direito do fisco de constituir o crédito tributário, em decorrência do tempo.

Aponta que nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (é o caso), estabelece o artigo 150, § 4º do CTN (reproduzido), que ocorre a decadência no prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador.

Destaca que no presente caso, não houve indicação pelo autuante de qualquer indício de dolo, fraude ou simulação, inclusive no período auditado, conforme enquadramento das infrações (03, 04 e 05), havendo indicação de que houve recolhimento a menor do suposto crédito tributário, sendo esse, inclusive, o entendimento sedimentado em nosso STJ, a exemplo do julgamento de 23 de abril de 2009, no AgRg no REsp 1044953/SP, tendo, como relator, o ministro Luiz Fux, bem como trecho de posicionamento da Ministra Eliana Calmon, em julgamento da 2ª Turma, no AgRg no Ag. 939.714/RS), bem como lição doutrinária de Gabriel Lacerda Troianelli, citado por Leandro Paulsen, na obra indicada, além do Código Tributário Nacional Comentado, organizado por Vladimir Passos de Freitas, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, página 641, ao comentar o artigo 150 do CTN.

Portanto, assevera não restarem dúvidas que os créditos tributários abaixo relacionados, considerando que o contribuinte foi notificado em 15/08/2019, encontram-se devidamente extintos, pelo instituto da decadência.

Infração 03 – R\$ 4.116,10 – Referente a fatos geradores do mês 02/2014

Infração 04 – R\$ 8.641,62 – Referente a fatos geradores do mês 08/2014

Infração 05 – R\$ 2.374,25 – Referente a fatos geradores do mês 02/2014

Infração 05 – R\$ 378,00 – Referente a fatos geradores do mês 04/2014

Aborda, a seguir, acerca da necessidade de recomposição da conta gráfica do ICMS nas infrações 01, 03 e 04, vez que, em que pese a determinação legal, num ato de discricionariedade, se exigiu o suposto crédito de ICMS nas mesmas, sem realizar a recomposição da conta gráfica do ICMS,

diante do fato de que nos meses de fevereiro, agosto e dezembro de 2014, além de setembro de 2015, a conta-corrente de ICMS apresentava saldo credor.

Fala ser notório e sabido, que o ICMS está sujeito ao princípio da não-cumulatividade. Por este princípio deve-se compensar nas operações subsequentes, os valores pagos a título de ICMS nas operações antecedentes, sendo tão grande a importância deste princípio que nossa Constituição o estabelece em seu artigo 155, § 2.º, I (copiado), e, além disso, numa simetria legislativa a Lei Complementar 87/1996, em seu artigo 19, também estabelece a observância deste princípio, conforme reproduz.

No presente caso, reforça estar sujeito à apuração do ICMS pelo regime normal, portanto, indevida é a infração, tendo em vista que caso o autuante deseje exigir o valor, deve recompor a conta corrente fiscal do ICMS, e, se somente, esta conta corrente apresentar saldo devedor é que deverá ser exigido o valor do imposto, conforme entendimento do STJ, no REsp. 1.250.218/ES, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. DJe de 09/03/2012, Acórdão transitado em julgado no dia 17/04/2012.

Do relatório da citada decisão do STJ, colhe-se a sua linha de defesa, segundo a qual, *“é defeso ao Fisco elaborar levantamento fiscal, com objetivo de apurar saldo devedor de ICMS sem a recomposição da conta gráfica do imposto, instrumento prático de realização do princípio constitucional da não-cumulatividade, ou seja, a singela ‘cadeia’ débito/crédito. Não há outra apuração de ICMS possível”*.

Consigna ter o Ministro Relator se posicionado no sentido de que: *“a insurgência recursal funda-se basicamente em dois pontos: 1) não é possível se verificar se há ou não imposto a pagar sem o devido levantamento da escrita fiscal do contribuinte (sistema de conta gráfica); 2) não é possível o Poder Judiciário efetuar a correção do auto de infração, destacando a parcela que entende indevida, de modo que se faz necessário novo lançamento”*, concluindo que *“(...) a lavratura de auto de infração, em razão da constatação de débitos relativos a ICMS, deve levar em consideração a própria sistemática do cálculo do imposto, em função do princípio da não-cumulatividade, sendo necessária a apuração do quantum em livro próprio onde se confrontam créditos e débitos do imposto”*.

Frisa que apesar do autuante possuir todos os elementos necessários para a realização da recomposição da conta gráfica do ICMS, não havendo qualquer fato desconhecido, tendo em vista que o Fisco tem acesso à base da NF-e e os arquivos EFD, preferiu o autuante, de maneira discricionária, exigir o ICMS sem a recomposição da sua conta gráfica.

Firma anexar recibo de transmissão da EFD referente aos meses 02/2014, 08/2014, 12/2014 e 09/2015, onde foram atendidas as exigências desta fiscalização e, mesmo assim, nos períodos, o saldo da conta corrente do ICMS continua apresentado saldo credor, e o fato de que, se a conta corrente de ICMS nos períodos autuados, após a recomposição da conta gráfica do ICMS, indica saldo credor, não há o que se falar em exigência de imposto, tendo em vista que nenhum prejuízo houve para o Estado, nem tampouco qualquer benefício para o contribuinte.

Destaca que nas EFDs originais (utilizadas na fiscalização), a conta corrente de ICMS já apresentava saldo credor superior ao valor exigido nas infrações citadas, e que com as retificações agora apresentadas, busca-se apenas provar que mesmo após a exclusão dos créditos de ICMS registrados em duplicidade e as correções das alíquotas, a conta corrente de ICMS continua com saldo credor, não havendo qualquer valor de ICMS a ser exigido.

Em relação à infração 02, argui a nulidade do Auto de Infração, diante da alegação do autuante de que teria deixado de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Todavia de maneira contrária na própria descrição dos fatos da infração alega: *“Referente aos períodos de apuração de março e dezembro de 2015, nos quais o contribuinte não declarou nem recolheu ICMS normal”*.

Questiona se a infração se refere a operações escrituradas ou operações não escrituradas? E que é evidente a impossibilidade de se ter segurança quanto a suposta infração cometida, logo se é impossível se ter segurança quanto à mesma, impossível é se exercer o direito de defesa, conclui.

Após transcrever o teor do artigo 18 do RPAF99, no presente caso, conforme se faz prova, com a própria notificação do Auto de Infração, o autuante, numa atividade plenamente vinculada, tenta demonstrar ou enquadrar a suposta infração cometida, todavia, com o mais devido e costumeiro respeito, sem sucesso, e ademais, para justificar a suposta infração, junta aos autos na planilha DEMONSTRATIVOS DAS INFRAÇÕES, na aba “EFD\_ApuracaoICMSNormal”, uma planilha que é impossível se ter segurança da sua origem. Em outras palavras, em seu levantamento da suposta infração, foram considerados operações escrituradas ou operações não escrituradas? Questiona.

Diz ser evidente o cerceamento do direito de defesa, sendo certa a nulidade da Infração, bem como a preterição do direito de defesa do contribuinte e a insegurança quanto a suposta infração cometida.

Por todo o exposto, requer seja declarado nulo o lançamento consubstanciado no Auto de infração em exame ou então que no mérito seja reconhecido como totalmente improcedente.

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 74 a 77, indica, após resumir a exposição defensiva, que em relação a decadência parcial suscitada, sua atuação se deu conforme os preceitos do inciso V do artigo 149, combinado com o inciso I e parágrafo único do artigo 173 do CTN, devidamente copiados.

Após informar as datas de intimação (início da ação fiscal) e lavratura do Auto de Infração (encerramento), se posiciona no sentido de que não procede o argumento defensivo.

Em relação às infrações 01, 03 e 04, para quais a defesa sustenta a necessidade de recomposição da conta gráfica do ICMS, aduz ser de competência e obrigação do contribuinte efetuar os lançamentos em seus livros e documentos fiscais, não havendo previsão legal para a recomposição nos termos pretendidos.

Esclarece ser a conta-corrente fiscal o regime pelo qual se apura o imposto, observando a sua não cumulatividade, não se podendo confundir crédito tributário devido pelo contribuinte por infração, com crédito fiscal que porventura tenha direito, sendo sua a obrigação de lançar na escrita fiscal.

Diz ser o regime de apuração do imposto “conta corrente” revelar pelo seu próprio nome a forma como é feita a apuração, de forma dinâmica, onde eventual saldo credor existente em um período é transportado para outro subsequente, alterando o saldo dos períodos seguintes.

Justifica que tal explicação tem o objetivo de afastar qualquer dúvida por parte dos julgadores, uma vez que atendido o pleito do contribuinte, traria como consequência retificações da EFD e recolhimento de possíveis diferenças de imposto.

Aponta que as EFD retificadoras dos meses de fevereiro, agosto e dezembro de 2014 e setembro de 2015 não poderiam ser acolhidas, pois se tratam de arquivos substitutos, transmitidos em 09/10/2019, após a ciência do Auto de Infração em 15/08/2019, sem que houvesse pedido do Fisco neste sentido, tendo havido intimação para retificar EFD dos períodos de apuração de janeiro, março, maio e novembro de 2014, e janeiro a agosto de 2015, cujas EFD originais estavam zeradas, sendo as retificadoras consideradas nos trabalhos de fiscalização.

Quanto a nulidade suscitada, diz não estar amparada nem na preterição do direito de defesa, nem na insegurança quanto a caracterização da infração, inexistindo contradição na descrição dos fatos, uma vez que nos meses de março e dezembro de 2015 a escrituração apresentava saldo devedor divergente daqueles inseridos nas DMA, não havendo qualquer recolhimento por parte do sujeito passivo.

Sustenta que a comprovação da infração se encontra nos arquivos da EFD, com os registros de apuração do ICMS dele extraídos, gravados na mídia de fl. 07.

Conclui pela procedência total do lançamento.

Presente na sessão de julgamento, o advogado da empresa realizou sustentação oral, na qual reiterou os argumentos defensivos, analisando as questões de direito que entende serem o cerne da discussão.

## VOTO

O lançamento constitui-se em cinco infrações arroladas pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), em 09/04/2019, através da mensagem 115.798 (fl. 05), tendo tomado a devida ciência em 25/04/2019.

A memória de cálculo da autuação se encontra na mídia de fl. 07 devidamente entregue ao final da ação fiscal, através do recibo de fl. 32, além de impressa, de forma sintética, às fls. 08 a 13.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte, e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a previsão das multas sugeridas, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, os todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

A empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou os aspectos das infrações que entendia lhe amparar, trazendo fatos, argumentos e documentos que ao seu entender elidiriam as mesmas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Em relação à arguição de decadência parcial suscitada pela defesa, a legislação, especialmente o Código Tributário Nacional (CTN), determina em seu artigo 150, §4º, que *“o lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, e se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”*.

Nesta seara, destaco que durante muito tempo, subsistiu discussão acerca de qual seria o entendimento frente a questões de tal natureza, para reconhecimento ou não da existência da decadência: se deveria ser aplicado o disposto no artigo 173, inciso I, ou o artigo 150, § 4º do CTN.

O entendimento predominante neste Órgão era de que prevalecia em tais hipóteses como a da presente infração, a redação contida no Código Tributário do Estado da Bahia, (Lei 3.956/81), até mesmo após a edição pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Súmula Vinculante 08, a qual aplicável aos créditos tributários.

A Procuradoria Geral do Estado da Bahia, através da sua Procuradoria Fiscal, sustentou, igualmente, por largo período, inclusive junto no Poder Judiciário, tal entendimento acima exposto, dissonante daquele predominante nas decisões dos Tribunais Superiores, sendo que após diversas derrotas judiciais na apreciação de tal matéria, repensou o entendimento anterior da matéria, culminando com a adoção dos denominados “Incidentes de Uniformização”, os quais visaram unificar o pensamento acerca de questões até então ensejadoras de inúmeros e acalorados debates.

Dentre tais “Incidentes de Uniformização”, destaco o de n.º PGE 2016.194710-0, cujo enunciado transcrevo: *“Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de*

*ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150 § 4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que correspondia às operações declaradas”.*

E avança ainda mais o entendimento exposto, ao observar na seguinte Nota 1: “Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I do CTN, quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação”.

Inequívoco o fato de o contribuinte ter não somente lançado o imposto, como, da mesma forma, antecipado o pagamento de que nos fala o dispositivo legal acima enunciado, sendo clara e inquestionável a aplicação do mesmo.

Diante de tal posicionamento, cristalino está que no caso em comento relativo às infrações lançadas, a Secretaria da Fazenda se manteve inerte frente ao ocorrido, ou seja, ao recolhimento a menor realizado pelo sujeito passivo, frente ao longo lapso temporal, deixando ocorrer a decadência ora aventada.

E tal raciocínio se reforça, a partir do Enunciado da Súmula 555 do STJ, a qual determina:

*“Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa”.*

A se considerar a mesma, além dos dezenove Acórdãos tomados como paradigma, o que se verifica é que quando o contribuinte não declara e não paga o imposto, aplica-se a regra do artigo 173 do CTN, ou seja, o Fisco possui cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte para constituir o crédito tributário (não declarado e não pago); e, na hipótese de o contribuinte declarar o que tem como devido, recolhendo tal valor, mas o Fisco entende que o contribuinte deveria ter declarado valor maior (ou seja, não houve declaração de uma diferença), aplica-se a regra do artigo 150 do CTN, pela qual o Fisco teria cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador para constituir a diferença não declarada/não paga, pois houve declaração/princípio de pagamento.

E a justificativa para tal entendimento reside no fato de o STJ ter adotado como critério para aplicação do artigo 173, inciso I, do CTN, a ausência de qualquer pagamento do tributo. Por outro lado, quando houver pagamento do tributo, ainda que parcial, aplica-se a regra decadencial do artigo 150, § 4º do CTN.

E tal raciocínio se manifesta num dos Acórdãos tidos como parâmetros pelo Tribunal, a saber, o AgRg no RESp 1.277.854:

*“Deve ser aplicado o entendimento consagrado pela Primeira Seção, em recurso especial representativo da controvérsia, para a contagem do prazo decadencial de tributo sujeito a lançamento por homologação. O referido precedente considera apenas a existência, ou não, de pagamento antecipado, pois é esse o ato que está sujeito à homologação pela Fazenda Pública, nos termos do art. 150 e parágrafos do CTN. Assim, havendo pagamento, ainda que não seja integral, estará ele sujeito à homologação, daí porque deve ser aplicado para o lançamento suplementar o prazo previsto no §4º desse artigo (de cinco anos a contar do fato gerador).*

*Todavia, não havendo pagamento algum, não há o que homologar, motivo porque deverá ser adotado o prazo previsto no art. 173, I do CTN”.*

Note-se que o “pagamento parcial” a que a jurisprudência do STJ invoca tem tal conotação de ser parcial na ótica do Fisco, isto é, comparado à totalidade do tributo tido como devido. Caso o “pagamento parcial” em questão fosse parcial sob a perspectiva do contribuinte, isso significaria que este teria declarado a totalidade do tributo, mas efetuado o pagamento apenas de parte dele.

Contudo, como já igualmente pacificado nos Tribunais Superiores, o débito declarado e não pago (caso da infração 02), consiste em crédito tributário constituído a favor do Fisco e apto a ser inscrito em dívida ativa e executado, sem qualquer outra providência adicional, como decidido no AgRg no REsp 1.192.933/MG, Relator Ministro Benedito Gonçalves, 1ª turma, DJe 11/02/2011.

Logo, não pode o julgador, ante tal fato, fechar os olhos e deixar de praticar a almejada justiça fiscal, razão pela qual, entendo presente a hipótese de decadência parcial, vez que o valor do imposto foi lançado, escriturado, e recolhido, ainda que insuficientemente, abarcando as ocorrências do período de janeiro a junho de 2014, sem qualquer ato da Administração Tributária no sentido de preservar o seu interesse ou homologar aquele valor. Por tais razões, acolho a argumentação defensiva, devendo os valores lançados no período acima indicado ser excluídos, o que vem a afetar a infração 03, ocorrência de 28/02/2014, a qual, por se tratar de única ocorrência, torna a infração improcedente.

Não posso, entretanto, acolher a decadência, como desejado para o mês de agosto de 2014, pelo fato de que, na forma dos documentos de fls. 31 e 32, a empresa autuada ter sido cientificada em 25 de julho de 2019, data de entrega pelos Correios do Aviso de Recebimento dirigido ao sócio da mesma, bem como da ciência pessoal aposta na respectiva intimação, datada de 15 de agosto de 2019, que ainda se fosse considerada, o que não é a hipótese dos autos, não abarcaria os fatos do mês de agosto de 2019, vez ser a apuração do imposto mensal, ao final do mês referido, ou seja, 31 de agosto, data posterior.

Quanto à infração 05, diz respeito a descumprimento de obrigação acessória, e não de tributo, o que afasta a aplicação de tal figura, sendo o entendimento pacificado pelos Tribunais Superiores, o de que o seu descumprimento a eleva à condição de obrigação principal (artigo 113, § 3º do CTN), devendo obedecer à regra insculpida no artigo 173 do CTN, qual seja, a de que a contagem do prazo se inicia a partir do primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento poderia ter sido efetuado, a exemplo de decisões como a do Tribunal Regional Federal (TRF), 2ª Região, 8ª Turma Especializada, no Agravo 20100201005209, julgado em 01/02/2011, tendo como Relatora a Desembargadora Maria Alice Paim Lyard, publicado em 07/02/2011.

De igual modo, tem se posicionado o STJ, à vista, por exemplo, da decisão contida no REsp 1055540/SC, 2008/0098490-8, relatado pela Ministra Eliana Calmon, na 2ª Turma, em 19/02/2009, ao entendimento de se tratar de lançamento de ofício, e não lançamento por homologação, afastando a incidência do artigo 150 § 4º do CTN, e consagrando a aplicação do artigo 173, inciso I, do mesmo diploma legal.

Em relação à preliminar de “nulidade do Auto de Infração”, invocada pela defesa diante de ter vislumbrado na infração 02 a figura do cerceamento do direito de defesa, em verdade esclareço que ainda que presente tal figura, contamina apenas tal infração, e não a totalidade do lançamento, tal como pretendido.

Analisando os fólios processuais, especialmente a mídia que se encontra na fl. 07, a qual o contribuinte teve acesso em cópia, consoante Intimações de fls. 15 e 32, esta última recebida pelo próprio sócio de forma pessoal, observo inexistir qualquer demonstração de apuração da base de cálculo, o que a princípio poderia amparar a colocação defensiva.

Entretanto, na mesma constam as EFD dos meses autuados, inclusive, de forma apartada e destacada, os Registros de Apuração de ICMS dos meses autuados, não se podendo falar, pois, em cerceamento do direito de defesa, nem em insegurança da acusação como postulado, tendo em

vista, inclusive, que a responsabilidade de escrituração e transmissão da EFD cabe exclusivamente ao contribuinte, arcando este com a responsabilidade quanto aos dados ali contidos, os quais indicam saldo devedor de imposto.

Por outro lado, a acusação fiscal é a de que o contribuinte “*deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios*”, o que desmonta a tese apresentada, vez serem os livros fiscais a prova maior do que qualquer outra assertiva, ainda que equivocada, os quais, como visto, devidamente apresentados e acostados aos autos, fazem com que a infração fique mantida em sua inteireza.

Restam, pois, para apreciação, as infrações 01, 04 e 05.

Analiso inicialmente as infrações 01 e 04, em relação às quais, no mérito, o único argumento defensivo diz respeito à necessidade de se reconstituir a conta corrente fiscal. Esclareço que tal procedimento, além de não possuir a necessária previsão legal, existente apenas para aqueles casos em que há o acúmulo sistemático de créditos fiscais acumulados, o que não é o presente caso, hipótese na qual se lançaria apenas a multa, diante da falta de repercussão quanto a recolhimento de imposto, vez que, como já visto inclusive na infração 02, existem diversos meses no mesmo ano em que a empresa apresentou saldo devedor de ICMS, se trata apenas de posicionamento particular da defesa, sem maior embasamento, não possuindo o devido respaldo deste órgão julgador.

Além disso, as decisões judiciais trazidas pela defesa, não possuem força vinculante, sequer rito repetitivo, o que leva a decisão para o convencimento e entendimento justificado do julgador, razão pela qual, à vista das colocações acima, e diante da falta de outros argumentos, me inclino pela posição de procedência de ambas as infrações.

Tal entendimento se sustenta em decisões como a contida no Acórdão CJF 0342-11/17, julgado em 29/11/2017, no qual o voto condutor sustenta em relação ao mesmo argumento utilizado nos presentes autos:

*“No mérito, o Contribuinte, no que tange a infração em tela, aduziu improcedência da autuação, alegando que não houve prejuízo ao Erário e que detinha um estoque de créditos do ICMS relevante e, mesmo que estornasse os créditos apropriados no mês de novembro, não causaria impacto de ordem financeira.*

*Rechaço tal assertiva, pois à autuação consiste em o Auto de Infração em lide foi lavrado em 01/09/2016, para exigência de ICMS no valor de R\$157.615,23 acrescido da multa de 60%, em razão da utilização indevida de crédito fiscal referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade, no mês de novembro de 2015, estando fundamentado no art. 31 da Lei nº 7.014/96 C/C Art. 309, inciso I do RICMS do Decreto nº 13.780/2012.*

*Com relação a sua convicção de que a resolução do ‘crédito duplicado se resolve pelo simples estorno contábil’, descabe tal afirmativa em razão de tratarmos da Escrituração Fiscal Digital, onde estão apostas todas as operações de natureza fiscal, ficando provado em seus livros fiscais, a apropriação do direito a crédito fiscal indevidamente, conforme explicitado na fl. 07 e 38.*

*Por outro lado, caso fosse objeto de Auditoria, ficaria evidenciado a elevação patrimonial sem causa, dos valores dos créditos fiscais ora em lide, alocados em contas Patrimoniais especificamente na rubrica de ‘Impostos a recuperar’, representando o direito sem a devida origem”.*

Em relação às retificações feitas pela defesa, na EFD do contribuinte, dos meses de fevereiro, agosto e dezembro de 2014 e setembro de 2015, conforme recibos de fls. 68 a 71, e que ao seu entender suportariam a sua argumentação defensiva, como bem posto na informação fiscal, não posso acolher, pelo fato de não terem as mesmas qualquer validade jurídica, uma vez que transmitidas em 09/10/2019, ou seja, após a lavratura do Auto de Infração, prática vedada pelo artigo 251 § 2º do RICMS/12:



*“§ 2º Não terá validade jurídica a retificação da EFD relativa a períodos de apuração em que o contribuinte possua débito tributário em discussão administrativa ou judicial, bem como nos períodos em que esteja sob ação fiscal, salvo quando apresentada para atendimento de intimação do fisco”.*

Lembro que durante o desenvolvimento dos trabalhos de auditoria, a empresa já havia sido intimada a retificar os arquivos das EFD, na forma da intimação de fl. 06, estas sim, com validade jurídica, vez que para atender ao quanto solicitado pelo Fisco.

Desta forma, as mesmas foram recepcionadas pelo sistema da SEFAZ, contudo com a observação de não possuir a necessária validade jurídica, o que reforça a sustentação das infrações.

Quanto à infração 05, se refere a falta de registro dos documentos fiscais na escrituração fiscal, sem que a empresa apresentasse qualquer argumento contrário ou elemento probante no sentido de que os mesmos teriam sido registrados em seus livros fiscais regularmente escriturados, única forma de sua desconstituição, apenas se apegando a existência de decadência já apreciada e rejeitada anteriormente, o que, nos termos dos artigos 140, 142 e 143 do RPAF/99, leva a que o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, respectivamente, mantém a mesma, tida como procedente.

Pelos expostos motivos, tenho o lançamento como procedente em parte, no montante de R\$ 96.709,60, assim discriminado:

Infração 01	R\$ 32.791,02
Infração 02	R\$ 52.034,21
Infração 03	R\$ 0,00
Infração 04	R\$ 8.641,62
Infração 05	R\$ 3.242,75

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269511.0007/19-6** lavrado contra **INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MOAGEM ALMEIDA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$93.466,85**, acrescido da multa de 60%, previstas no artigo 42, incisos II, alíneas “a” e “f”, VII, alínea “a” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$3.242,75**, previstas no artigo 42, incisos IX do mesmo Diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF à Distância, 22 de julho de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR