

PROCESSO - A. I. Nº 269511.3012/16-6
RECORRENTE - HIPERMERCADO SANTA RITA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JF nº 0071-03/17
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO (VALE DO SÃO FRANCISCO)
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/04/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0042-12/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAIS DESTINADOS AO ATIVO PERMANENTE DO ESTABELECIMENTO. **b)** AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO. **c)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **d)** TRANSFERÊNCIAS INDEVIDAS DE SALDO CREDOR DO PERÍODO ANTERIOR. 2. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. Contribuinte não traz aos autos prova capaz de elidir a acusação fiscal. Infração caracterizada. 3. ALÍQUOTAS. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração subsistente. 4. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração subsistente. 5. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL. **a)** FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO PARA ENTREGA. **b)** FALTA DE ENTREGA e ENTREGA DA EFD SEM INFORMAÇÕES EXIGIDAS NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infrações não contestadas. Indeferido pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2016, no valor de R\$290.331,86, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 01.02.01 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no mês de setembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$221,69, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - 01.02.03 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, nos meses de setembro a dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$729,82, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 - 01.02.06 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de junho e setembro a dezembro de 2013 e janeiro e março a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$5.012,10, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 - 01.02.71 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à transferência incorreta de saldo credor do período anterior, nos meses de junho e setembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$86.824,04, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, "a", da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 - 02.01.02 - Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a maio, julho e agosto de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$94.387,35, acrescido de multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

Consta que o Autuado deixou de lançar em sua escrita fiscal as operações de saídas promovidas por notas fiscais eletrônicas e ECFs, pois apresentou as respectivas EFDs sem movimento.

Infração 06 - 03.02.02 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na

legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro, março a maio e julho a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.614,03, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Consta que se refere às operações de saídas promovidas através de notas fiscais eletrônicas.

Infração 07 - 03.02.05 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro e março a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$82.620,20, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.

Consta que se refere às operações de saídas promovidas através de equipamentos emissores de cupons fiscais - ECFs.

Infração 08 - 16.14.03 - Deixou de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, no mês de fevereiro de 2014, sendo aplicada multa no valor de R\$6.882,63, correspondente ao percentual de 1% do valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços, prevista no Art. 42, XIII-A, “I”, da Lei nº 7.014/96.

Consta que o Autuado efetuou a entrega da EFD sem as informações de sua movimentação comercial e, embora tenha solicitado prazo para regularizar, não procedeu a retificação pretendida.

Infração 09 - 16.14.04 - Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, ou entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, nos meses de janeiro a maio, julho e agosto de 2013 e fevereiro de 2014, sendo aplicada multa no valor de R\$11.040,00, sendo R\$1.380,00 por cada período de apuração, prevista no Art. 42, XIII-A, “I”, da Lei nº 7.014/96.

Consta que o Autuado efetuou a entrega da EFD sem as informações de sua movimentação comercial, tanto das entradas como das saídas de mercadorias, além da apuração do ICMS.

A 3ª JF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0071-03/17 (fls. 335 a 342), com base no voto a seguir transcrito:

“Observo, inicialmente, que os autos encontram-se devidamente instruídos, com todos os elementos e requisitos de validade e eficácia. Logo, não procede a alegação da defesa de que a atuação afigura-se eivada de vícios. Eis que, não vislumbro na autuação qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, haja vista que as infrações foram fundamentadas em demonstrativos analíticos, fls. 14 a 23, e documentos fiscais disponibilizados pelo próprio autuado, fl. 11, inexistindo, portanto quaisquer das hipóteses previstas no art.18, do RPAF-BA/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício.

Quanto ao pedido do autuado de diligência, fica indeferido com base no art. 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes dos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores para a decisão a respeito da lide.

*No mérito o presente Auto de Infração exige crédito fiscal no montante de **R\$290.331,86**, referente a nove irregularidades, conforme descrito na inicial, sendo contestadas as Infrações 01 a 07, portanto, considerando a inexistência de lide quanto às demais, ficam mantidas as Infrações 08 e 09.*

No mérito, a infração 01 refere-se a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento no mês de setembro de 2013, no valor de R\$221,69, consoante demonstrativo acostado à fl. 14, e no CD à fl. 13.

A exigência fiscal desse item da autuação decorre da previsão legal estatuída no inciso I, do §6º, do art. 29, da Lei nº 7.104/96, in verbis:

“Art. 29 ...

[...]

§ 6º Para efeito do disposto no caput deste artigo, relativamente aos créditos decorrentes de entrada de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente e respectivo serviço de transporte, deverão ser observadas as seguintes disposições (LC 87/96 e 102/00):

[...]

I - a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento;”

O autuado em suas razões de defesa enfrentou a acusação fiscal alegando que seu Conta Corrente no mês de outubro de 2013 apresentava saldo credor no valor de R\$84.487,77, conforme DMA que colaciona à fl. 76. Aduziu que o autuante, mesmo exercendo atividade plenamente vinculada, optou por cobrar o valor do crédito fiscal apurado sem realizar a recomposição de seu Conta Corrente Fiscal. Sustentou que, tendo em vista o ICMS se sujeitar ao princípio da não-cumulatividade e o estabelecimento autuado apurar o imposto pelo

Regime Normal deveria o autuante recompor sua Conta Corrente Fiscal.

O Autuante informou que é da competência e obrigação do contribuinte efetuar os lançamentos em seus livros e documentos fiscais. Explicou que a conta-corrente fiscal é o regime pelo qual o Autuado apura o ICMS e onde é observado o princípio da não-cumulatividade do imposto. Assinalou que não se pode confundir o crédito tributário que foi constatado durante a ação fiscal, devido pelo contribuinte por infração à legislação do imposto, com o crédito fiscal que porventura tenha direito em decorrência das operações que pratica, sendo sua obrigação lançá-lo na escrita fiscal.

Ao compulsar os elementos que integram a apuração da Infração 01, constato que a acusação fiscal resta devidamente caracterizada, consoante demonstrativo de apuração acostado aos autos, para o qual não foi identificado qualquer inconsistência no valor apurado pelo impugnante.

O fato da existência de saldo credor no período de apuração, como aduziu o defendente, não macula a autuação, haja vista que a escrituração dos livros fiscais deve ser feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, sob sua exclusiva responsabilidade e na forma estabelecida pela legislação tributária.

Fica patente nos autos a inconsistência da apuração do imposto efetuada pelo defendente sem ou a correta escrituração de suas operações que resultou na existência de saldo credor sem a devida confiabilidade e segurança. Cabe ao impugnante, com base na documentação fiscal de cada período e de acordo com a legislação de regência, promover as retificações cabíveis, as quais para serem acolhidas, somente seria possível se realizadas antes do início da ação fiscal que culminou com a lavratura do presente Auto de Infração. O que não ocorrera no presente caso.

Resta patente nos autos que desde a realização da fiscalização o Autuado foi instado a apresentar a EFD retificada do período fiscalizado, já que alegou dificuldades por questões operacionais de sua contabilidade operacional transmitiu a EFD zerada, aliás, é o que consta no complemento da descrição da Infração 09, fl. 04, “O contribuinte fez entrega da EFD dos períodos da apuração de janeiro a maio, julho e agosto de 2013, e do período de fevereiro de 2014 sem as informações de sua movimentação comercial, tanto das entradas como das saídas de mercadorias além da apuração do ICMS.” Isto significa dizer que, nem durante a fiscalização e nem por ocasião da defesa o impugnante, apresentou a integral escrituração de suas operações, na forma prevista na legislação de regência, ou seja, através da EFD, para consubstanciar a origem dos valores declarados nas DMAs.

Logo, ante a total ausência de escrituração consistente em todo o período fiscalizado e efetuada na forma prevista legalmente, não há que se falar em existência efetiva de saldo credor, como quer fazer crer o Autuado, pelo simples fato de ter informado nas DMAs, sem respaldo na escrituração oficial e sem trazer a lume a origem dos valores informados.

A inconsistência relativa aos saldos credores apurados pelo autuado é tão evidente que na DMA do mês de dezembro de 2013 é informado o valor de R\$16.688,08, como sendo o saldo credor para o período seguinte, fl. 78. Já no mês seguinte janeiro de 2014, o próprio contribuinte indica como saldo credor do período anterior como sendo zero, fl. 79. Assim, fica demonstrada, além da falta de documentação suporte, a insegurança dos dados informados nas DMAs.

Apesar de concordar com o entendimento do impugnante de que caberia ao autuante o refazimento do Conta Corrente Fiscal, verifico que ficou patente nos Autos a impossibilidade de sua realização, uma vez que os elementos imprescindíveis não foram apresentados pelo autuado.

Concluo pela manutenção da autuação em relação à Infração 01.

Quanto às Infrações 02, 03, 05, 06 e 07 o autuado não contestou o levantamento fiscal acostados aos autos, cujas cópias lhe foram entregues, alinhou o mesmo argumento articulado em relação à Infração 01.

Ao compulsar as peças que apuram a exigência fiscal atinente a esses itens da autuação, constato que os valores apurados e objeto da autuação estão devidamente explicitados em demonstrativos que indicam a origem do débito apurado.

Nestes termos, entendo que, ante a ausência de qualquer enfrentamento pela defesa capaz de elidir a acusação fiscal restam caracterizadas as Infrações 02, 03, 05, 06 e 07.

A Infração 04 cuida da utilização indevida de crédito fiscal referente a transferência incorreta de saldo credor do período anterior, nos meses de junho e setembro de 2013.

Saliento que sobre a escrituração fiscal digital, assim dispõe o art. 248 do RICMS/12:

Art. 248. A Escrituração Fiscal Digital (EFD) é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, observando-se os prazos estabelecidos e de acordo com o montante referente às operações e prestações sujeitas ao ICMS no ano imediatamente anterior.

O impugnante alegou que de acordo com as DMAs, e seus os livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e

Registro de Apuração de ICMS, fls. 62 a 321, no mês 05/2013, a empresa apresentava um saldo de ICMS credor no montante de R\$56.060,03. Destacou que este saldo foi corretamente transferido para o saldo inicial do mês 06/2013 na rubrica saldo credor do período anterior. Informou que no mês 06/2013, a apuração de ICMS foi encerrada com saldo credor de R\$66.236,56, sendo este valor corretamente transferido para o mês 07/2013, também na conta saldo credor do período anterior. No mês 07/2013, a empresa encerrou o período com ICMS credor no montante de R\$78.059,78, sendo esse valor acertadamente transportado para o mês 08/2013. No mês 08/2013 a apuração encerrou-se com saldo credor de R\$97.000,57, valor esse transferido para o mês 09/2013, neste mês o conta corrente de ICMS foi encerrado com o valor credor de R\$103.867,06.

Esclareceu que por questões operacionais a contabilidade transmitiu a EFD sem os valores das operações, ou seja, a EFD foi transmitida zerada nos meses 05/2013, 07/2013, 08/2013, diante dessa situação, apesar do movimento estar regularmente registrado nos livros fiscais e na DMA, o Autuante estornou o saldo credores dos períodos anteriores, registrados nos meses 06/2013 e 09/2013, mesmo tendo total conhecimento das operações ocorridas.

Destacou que as penalidades pelo envio da EFD sem movimento foram cobradas nas Infrações 08 e 09, do presente auto, não havendo amparo legal o estorno do crédito realizado pelo auditor.

Depois de examinar as alegações do defendente, bem como a documentação por ele carreada aos autos, constato que não têm o condão de elidir a acusação fiscal, uma vez que obrigado que se encontrava, no período fiscalizado, de efetuar a Escrituração Fiscal Digital de suas operações em meio digital e enviar à SEFAZ. Os livros de registros fiscais manuais apresentados não se configuram fonte de prova de suas operações, pois não mais se prestam para esse fim. Do mesmo modo que as informações prestadas nas DMAs devem ter lastros em sua escrituração fiscal na forma prevista na legislação de regência.

Ademais, o impugnante foi instado a providenciar a retificação de sua EFD, e não levou a cabo.

A apresentação da cópia de livro fiscal em papel para registro de operações não pode ser aceita em substituição escrituração fiscal para os contribuintes obrigados à Escrituração Fiscal Digital - EFD, como é o caso do autuado, nos termos do art. 247 e 248 do RICMS-BA/12. O §1º do art. 247 determina que a EFD substitui a escrituração e impressão de livros fiscais. Assim, a obrigatoriedade de utilizar a EFD imposta pela legislação ao autuado afasta da legalidade o uso de livros fiscais impressos para registro de operações. O fato da DMA refletir a apuração registrada em livros fiscais impressos não legaliza o seu uso.

Assim, entendo restar caracterizada a autuação atinente à Infração 04, haja vista que na escrituração fiscal digital que estava obrigado a efetuar não constava os saldos alegado pela defesa.

Quanto à alegação de não haver amparo o estorno de crédito exigido nesse item da autuação, pelo fato de que as penalidades da EFD enviadas sem os saldos dos períodos anteriores já foram exigidas nas Infrações 08 e 09, não deve prosperar, uma vez que essas duas infrações cuidam exclusivamente da aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, o que não desonera do cumprimento da obrigação principal.

Logo, a infração 04 é subsistente.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 353 a 366), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual alegou que as exigências em relação às Infrações 01 a 03 e 05 a 07 não podem prosperar porque possuía saldo credor e o Autuante não efetuou a recomposição da sua conta corrente do ICMS.

Discorreu sobre o princípio da não cumulatividade e colacionou ementa de julgado do STJ constando a conclusão de 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*”.

Transcreveu o seguinte trecho do voto do Acórdão recorrido:

“Apesar de concordar com o entendimento do impugnante de que caberia ao autuante o refazimento do Conta Corrente Fiscal, verifico que ficou patente nos Autos a impossibilidade de sua realização, uma vez que os elementos imprescindíveis não foram apresentados pelo autuado.”

Afirmou ser grave e indevida a exigência da Infração 04, quando a sua contabilidade transmitiu a EFD zerada, ou seja, sem os valores das operações, nos meses de maio, julho e agosto de 2013, por questões operacionais, apesar do movimento estar regularmente registrado nos livros fiscais e na DMA, que anexou, e os saldos dos meses de junho e setembro de 2013 estarem devidamente registrados nos SPEDs.

Disse que o Autuante presumiu a inexistência dos saldos credores de ICMS no início dos meses de junho e setembro de 2013 pelo simples motivo das EFDs terem sido transmitidas sem movimento, mesmo dispondo de todos os meios necessários para elucidar os fatos.

Destacou que as penalidades pelo envio da EFD sem movimento foram cobradas nas Infrações 08 e 09, não havendo amparo legal para a realização do estorno do crédito pelo Autuante, sob a justificativa de que era sua obrigação efetuar os lançamentos nos livros e documentos fiscais, o que de fato era, e, como os SPEDs estavam zerados, não havia saldo a transferir.

Questionou porque as demais informações (DMA, NF-e e MFD) não são suficientes para a apuração dos créditos e para a recomposição da conta corrente do ICMS, já que são utilizadas para a apuração dos débitos.

Aduziu que a não apresentação dos SPEDs após a solicitação ensejaria apenas a infração por embarço à fiscalização, mas jamais o estorno dos créditos de ICMS.

Requeru a nulidade da autuação ou a sua total improcedência e, caso tal pedido não seja aceito, a aplicação da multa pelo embarço à fiscalização prevista no Art. 915, XV-A ou XX, do RICMS, ou ainda a determinando a realização de diligência para a recomposição da conta corrente do ICMS, com a manutenção dos saldos credores de ICMS.

Esta 2ª CJF converteu o processo em diligência em relação às Infrações 01 a 04 para que Auditor Fiscal estranho ao feito efetuasse a revisão da conta corrente do ICMS a partir dos elementos da escrita fiscal do Autuado, para que fosse verificado se o creditamento indevido implicou em falta ou recolhimento a menor de ICMS, apresentando demonstrativo analítico, com ciência para o Autuado e o Autuante.

O Auditor Fiscal diligente informou que não foi observado o regramento específico para o crédito fiscal de ativo permanente na Infração 01 e que a alegação de saldo credor não o exime do cumprimento do regramento específico tendo repercussão no saldo credor.

Em relação à Infração 02, disse que o Autuado não observou na sua escrituração fiscal que as mercadorias isentas não dão direito à manutenção do crédito fiscal, originando saldo credor de R\$729,82.

Quanto à Infração 03, verificou a existência de mercadorias sujeitas à substituição tributária por antecipação interna e por convênios ou protocolos interestaduais e que para levantar os saldos credores, o Autuado deverá apresentar os recolhimentos para o cotejamento do saldo, devendo ser mantida a autuação em caso contrário.

Constatou que o Autuado deixou de efetuar o lançamento na escrita fiscal pela EFD, objeto da Infração 04, declarando nas DMAs os valores mensais que indicou.

Cientificado da Diligência, o Autuado apresentou manifestação (fls. 387 a 410), na qual inicialmente repetiu os argumentos esposados em seu Recurso Voluntário, acrescentando que a diligência silenciou em relação às Infrações 05 e 06, que não é possível a alteração do lançamento, devendo o mesmo ser anulado por erro de direito em relação às Infrações 01 a 06, e que o resumo apresentado pelo Diligente não deixa dúvidas da existência de saldo credor nos meses em que o ICMS foi exigido.

Requeru a nulidade da autuação ou a sua total improcedência e, caso tal pedido não seja aceito, a improcedência das Infrações 01 a 04 ou a aplicação da multa pelo embarço à fiscalização prevista no Art. 915, XV-A ou XX do RICMS, ou ainda determinando a realização de diligência para a recomposição da conta corrente do ICMS, com a manutenção dos saldos credores de ICMS, relativo às Infrações 01 a 06.

O Autuante prestou nova Informação Fiscal (fls. 417 a 421), quando argumentou que não se pode confundir o crédito tributário constatado na ação fiscal, devido por infração à legislação tributária, com o crédito fiscal que o Autuado porventura tenha direito em decorrência das suas operações, sendo sua obrigação o lançamento na escrita fiscal.

Asseverou que não há previsão legal para a recomposição da conta corrente nos termos pretendidos pelo Autuado, que a atividade do Autuante é plenamente vinculada, sem margem para atos discricionários, e que a compensação do crédito tributário com o saldo credor de determinado período de apuração teria como consequência a alteração de um ou vários períodos subsequentes de apuração, demandando retificações de livros fiscais (EFD) e recolhimento de possíveis diferenças de imposto.

Pugnou pela procedência total do Auto de Infração.

Registro a presença na sessão de julgamento do patrono do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sr. Emanuel Silva Antunes - OAB/BA nº 35.126.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela procedência parcial do Auto de Infração em epígrafe, possuindo 9 (nove) infrações, sendo 7 (sete) infrações para exigir imposto e multa por descumprimento de obrigação principal, relativas a utilização indevida de crédito fiscal (Infrações 01 a 04), falta de recolhimento do imposto (Infração 05) e recolhimento a menor do ICMS (Infrações 06 e 07), e 2 (duas) infrações para exigir multa por descumprimento de obrigação acessória (Infrações 08 e 09), consubstanciadas na entrega de EFDs sem as informações de sua movimentação comercial.

Verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, inclusive a entrega de todos os demonstrativos e planilhas elaboradas na autuação.

As infrações estão claramente descritas, foram corretamente tipificadas e tem suporte nos demonstrativos e documentos contidos nos autos, cujas cópias foram entregues ao Autuado, bem como estão determinadas com segurança, e foi identificado o infrator.

Além disso, o Autuado exerceu o direito de ampla defesa e contraditório, demonstrando pleno conhecimento dos fatos arrolados no Auto de Infração, apenas alegando não ter ocorrido falta de recolhimento do imposto, em razão da existência de saldo credor. Em suma, não constatei nenhum vício que inquine em nulidade total ou parcial do PAF e rejeito as nulidades suscitadas.

Indefiro o pedido de realização de diligência, nos termos do Art. 147, I, “a” e “b” do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, ou é destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do Autuado, e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.

Ficou registrado que o Autuado efetuou a entrega das EFDs sem as informações de sua movimentação comercial, tanto das entradas como das saídas de mercadorias, além da apuração do ICMS, nos meses de janeiro a maio, julho e agosto de 2013 e fevereiro de 2014, e que, mesmo após intimado para fazer a regularização, não procedeu a retificação pretendida.

O processo foi convertido em diligência realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito, em relação às Infrações 01 a 04, relativas à utilização indevida de crédito fiscal, que constatou a ausência dos elementos que poderiam justificar ou não a existência de saldo credor no período de janeiro a maio, julho e agosto de 2013 e fevereiro de 2014, e consequentemente a sua repercussão em relação aos demais meses, pois não foi entregue a escrita fiscal.

No tocante às Infrações 08 e 09, em que são exigidas multa por descumprimento de obrigação acessória, pela entrega de EFDs sem as informações de sua movimentação comercial, não houve contestação, apenas a solicitação para que fosse substituída, juntamente com as demais infrações, pela aplicação de multa pelo embarço à fiscalização.

Ressalto que não há previsão legal para acolher o referido requerimento. Afinal, como já destacado, as infrações estão claramente descritas, foram corretamente tipificadas e tem suporte nos demonstrativos e documentos contidos nos autos, cujas cópias foram entregues ao Autuado.

Mantenho a Decisão recorrida em relação às Infrações 08 e 09.

Na Infração 04, foi exigido imposto relativo ao saldo credor indevidamente transferido do mês anterior, nos meses de junho e setembro de 2013, em decorrência de não terem sido registradas operações nos meses de maio e agosto do mesmo exercício. Ora, como pode ser transferido um saldo credor, se não foi efetuada a escrituração no mês anterior. Ressalto que neste exercício, até o mês de agosto, exceto pelo mês de junho, nenhuma movimentação comercial foi escriturada e não há nenhum recolhimento de ICMS pelo regime normal de apuração (o último recolhimento ocorreu no mês de julho de 2012).

Ressalto que o demonstrativo apresentado pelo Auditor Fiscal diligente, não levou em conta os dados da EFD, objeto da autuação, e, portanto, não tem o condão de modificar a autuação (fl. 378).

Mantenho a Decisão recorrida em relação à Infração 04.

As Infrações 01 a 03 foram lavradas em função da utilização indevida de crédito fiscal, relativo à aquisição de mercadorias isentas, com pagamento de imposto por substituição tributária e destinadas ao ativo permanente, apuradas nos meses em que as EFDs foram entregues contendo a sua movimentação comercial. Não houve nenhuma contestação ao mérito das autuações, apenas a alegação infundada de existência de saldo credor que, conforme verificado na Infração 04, foi indevidamente registrado como decorrente de escrituração fiscal de meses anteriores.

A utilização indevida do crédito fiscal, decorreu da inobservância das disposições da legislação tributária, especialmente a encartada nos §§2º, 4º, II, e 6º do Art. 29 da Lei nº 7.014/96, transcritos a seguir:

“Art. 29. ...

...

§ 2º Não dão direito a crédito as entradas de mercadorias ou as utilizações de serviços resultantes de operações ou prestações isentas ou não tributadas, ou que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento.

...

§ 4º É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

...

II - para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior;

...

§ 6º Para efeito do disposto no caput deste artigo, relativamente aos créditos decorrentes de entrada de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente e respectivo serviço de transporte, deverão ser observadas as seguintes disposições (LC 87/96 e 102/00):

I - a apropriação será feita à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento;

II - em cada período de apuração do imposto, não será admitido o creditamento de que trata o inciso I, em relação à proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período;

III - para aplicação do disposto nos incisos I e II, o montante do crédito a ser apropriado será o obtido multiplicando-se o valor total do respectivo crédito pelo fator igual a um quarenta e oito avos da relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período, equiparando-se às tributadas, para fins deste inciso, as saídas e prestações com destino ao exterior;

IV - o quociente de um quarenta e oito avos será proporcionalmente aumentado ou diminuído, pro rata die, caso o período de apuração seja superior ou inferior a um mês;

V - na hipótese de alienação dos bens do ativo permanente, antes de decorrido o prazo de quatro anos contado da data de sua aquisição, não será admitido, a partir da data da alienação, o creditamento de que trata este parágrafo em relação à fração que corresponderia ao restante do quadriênio;

VI - serão objeto de outro lançamento, além do lançamento em conjunto com os demais créditos, para efeito da compensação prevista neste artigo e no art. 28, em livro próprio ou de outra forma que o regulamento determinar, para aplicação do disposto nos incisos I a IV deste parágrafo; e

*VII – ao final do quadragésimo oitavo mês contado da data da entrada do bem no estabelecimento, o saldo remanescente do crédito será cancelado.
...”*

Mantenho a Decisão recorrida em relação às Infrações 01 a 03.

Na Infração 05, foi apurado que o Autuado deixou de recolher ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, promovidas por notas fiscais eletrônicas e ECFs, pois apresentou as EFDs sem movimento nos meses de janeiro a maio, julho e agosto de 2013, conforme comprovado nas Infrações 08 e 09.

Mantenho a Decisão recorrida em relação à Infração 05, a qual está devidamente caracterizada nos demonstrativos que a acompanham, os quais não foram contestados, tendo ocorrido mais uma vez apenas a alegação infundada de existência de saldo credor.

Quanto às Infrações 06 e 07, foi exigido o imposto recolhido a menor em razão, respectivamente, de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias acompanhadas de notas fiscais eletrônicas, e de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias promovidas através de equipamentos emissores de cupons fiscais – ECFs, regularmente escrituradas.

Também não há nenhuma contestação quanto ao mérito das Infrações 06 e 07, tendo ocorrido, mais uma vez apenas, a alegação infundada de existência de saldo credor. Ressalto, que estas infrações foram apuradas no exercício de 2014, período em que a sua escrituração fiscal apresentou saldo devedor em todos os meses, motivo pelo qual está sendo exigido ICMS em decorrência de recolhimento a menor e não de falta de recolhimento.

Mantenho a Decisão recorrida em relação às Infrações 06 e 07.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269511.3012/16-6**, lavrado contra **HIPERMERCADO SANTA RITA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$272.409,23**, acrescido das multas de 60% sobre o valor de R\$178.021,88, e 100% sobre o valor de R\$94.387,35, previstas no Art. 42, incisos II, “a”, VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$17.922,63**, previstas na alínea “I”, do inciso XIII-A da citada Lei e Artigo, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS