

PROCESSO - A. I. Nº 206951.0002/19-4
RECORRENTE - FBR ATACADISTA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0064-01/20-VD
ORIGEM - INFAS SUDOESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/08/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0123-12/21-VD

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Os valores da antecipação parcial arguida pela empresa recorrente, principal motivo do pedido da diligência denegada, entende-se ser procedente as razões, pois no valor lançado pela autuante no novo demonstrativo elaborado (ARQUIVO R CAIXA, em Excel), a mesma somou todas as saídas do mês (registradas no Livro de Saídas + nos ECFs) e abateu deste total mensal os créditos das aquisições, acrescidos dos pagamentos decorrentes da antecipação parcial, encontrando o valor do ICMS mensal a recolher. Contudo, ao se apurar os valores mensais de débitos/créditos, a autuante desconsiderou os créditos por ela própria, apurados nos meses de março e abril de 2014, repercutindo nos meses subsequentes. Assim, em face da apuração de créditos e débitos do ICMS, na forma da lei, tais créditos devem ser considerados para efeito de abatimento no mês posterior. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Infração parcial comprovada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra decisão exarada pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0064-01/20-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/03/2019, para exigir o pagamento de ICMS no valor histórico de R\$313.846,35, mais multa de 100%, em decorrência da seguinte infração:

Infração 01 – 02.01.02 - “Deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, nos meses de maio a dezembro de 2014 e janeiro a dezembro de 2015”.

Consta adicionalmente na descrição da infração que: “O contribuinte deixou de lançar no livro Registo de saída as saídas efetuadas através de ECF conf. Livro Reg. de Saída e saídas em ECF cópias anexas (em mídia ao PAF”.

Em sede de defesa, a empresa autuada apresentou peça impugnatória às fls. 454 a 459, na qual defendeu aplicação do disposto no art. 151, do CTN, referente à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, e, em seguida, argumentou exaustivamente sobre as razões de mérito, entendendo que a autuação é em parte improcedente.

O autuante apresentou Informação Fiscal às fls. 463 a 465. Explicou que todo trabalho de auditoria, em princípio, é realizado aplicando o Regime de Competência, em virtude do que prevê a legislação do ICMS. Nesse sentido, afirmou que, ao reexaminar o trabalho e obedecer aos Princípios Contábeis, observou que, para haver um crédito, é condição indispensável que haja uma origem, e que a origem no caso em apreço seria o recolhimento da antecipação parcial. Por esse motivo foi elaborado um novo demonstrativo com os pagamentos exportados do Sistema

SEFAZ. O novo demonstrativo resultou em uma redução no valor do Crédito Reclamado através da auditoria do Conta Corrente de R\$313.846,35 para R\$299.045,90.

Para melhor esclarecer o entendimento do auditor autuante, transcrevo as seguintes passagens da susomencionada informação fiscal:

“Ainda assim, vale ressaltar que essa é uma demonstração. No entanto se esse Egrégio Conselho achar que o correto é aplicar o que determina a legislação do ICMS. Certamente o fará!

Diante do exposto, e de todas as provas contidas no presente PAF pede-se, que seja o Auto julgado parcialmente PROCEDENTE, por ser da mais lídima JUSTIÇA FISCAL.”

Isto posto, o presente processo administrativo fiscal foi encaminhado para a 1^a Junta de Julgamento Fiscal. A referida JJF exarou decisão pela Procedência da autuação no valor de R\$313.846,35, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, a seguir transcrita:

“(....)

Inicialmente, constato que a descrição do fato, a fundamentação legal e a planilha demonstrativa do valor devido constante no Auto de Infração, não deixam qualquer dúvida sobre a motivação da autuação.

A tipificação legal mencionada permite a perfeita indicação da matéria questionada, e mesmo que houvesse alguma falha, conforme dispõe o art. 19 do RPAF/BA, Decreto nº 7.629/99: “a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal”.

O autuante produziu os competentes demonstrativos, devidamente entregues ao contribuinte autuado, o qual compareceu em sede de defesa, abordando com clareza e precisão todos os aspectos do lançamento realizado, demonstrando ter plena ciência dos motivos da autuação, não se podendo falar da presença de cerceamento de defesa, sendo devidamente cumprido o disposto no artigo 39 do RPAF/99.

A autoridade administrativa constituiu o crédito tributário verificando e registrando a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade cabível, tudo em absoluta consonância com o art. 142 do CTN.

No presente caso, não foi identificada qualquer violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório. Não verifico, dessa forma, qualquer dos pressupostos de nulidade elencados no art. 18 do RPAF/99.

Também não acolho o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, haja vista que os elementos acostados aos autos se apresentam suficientes para formação do meu convencimento e decisão da lide, de acordo com o que prevê o art. 147, I, “a” do RPAF/99.

No mérito, o presente Auto de Infração exige ICMS, tendo em vista a falta de recolhimento, no prazo regulamentar, do imposto referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios.

A imputação trata da falta de lançamento no livro Registo de saída, das saídas efetuadas através de ECF.

A autuada alega que o trabalho foi realizado sem levar em conta a data efetiva do recolhimento da Antecipação Parcial para o lançamento a crédito do mês seguinte, prejudicando a impugnante, especialmente no exercício de 2015.

A autuante, com base nas alegações defensivas, elaborou novo demonstrativo, após considerar os valores pagos a título de antecipação parcial pelo autuado, deixando a cargo desta Junta de Julgamento acatar a redução ou não.

O autuado foi devidamente intimado, (fls. 472/473), para tomar ciência desses novos demonstrativos (fls. 466 a 469), porém, se manteve silente.

Todavia, como a autuação se trata de falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas não escrituradas, não há porque abater os recolhimentos efetuados pelo sujeito passivo, referentes à antecipação parcial.

No regime de conta corrente fiscal, não se pode fazer essa vinculação nesse processo administrativo fiscal, até mesmo porque tais créditos já podem ter sido compensados com outros débitos do contribuinte.

Portanto, a exigência em lide deve ser mantida na integralidade, valendo ainda ressaltar, em relação ao pedido de redução da multa aplicada, que esta Instância Administrativa não tem competência para este feito. A mesma

está tipificada na Lei nº 7.014/96, não cabendo, ainda, à apreciação do argumento de confisco, nem de seu caráter abusivo, uma vez que acorde o art. 167, I do RPAF/99, (Decreto nº 7.629/99), a constitucionalidade de lei infraconstitucional, não pode ser apreciada nesta seara administrativa.

De tudo quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Diante da decisão exarada pela 1^a JJF do Conselho de Fazenda Estadual, o sujeito passivo, inconformado com tal decisão de piso, interpôs, tempestivamente, Recurso Voluntário através do seu representante legal, Sr. Fabio Brito Rocha, o qual passo a relatar, em síntese:

De início, a recorrente demonstrou a tempestividade e fez uma breve síntese dos fatos. Em seguida, requereu preliminar de nulidade, com fundamento legal no art. 18 do RPAF/99, em razão de entender que a decisão proferida pela E. Junta de Julgamento não continha fundamento sobre o não acolhimento do pedido de diligência. Nesse espeque, alegou infração ao princípio do contraditório, duplo grau de jurisdição, art. 20 da LINDB e art. 3º e 4º da Lei nº 12.209/2011.

Disse que o art. 147, I, alínea ‘a’ do RPAF/99 arguido na decisão da C. Junta de Julgamento deveria ser lido à luz do art. 18 do mesmo diploma legal. Entendeu que faltou ao julgador expor o porquê de os elementos contidos nos autos serem suficientes para formar seu convencimento.

No mérito, disse, inicialmente, que a Fazenda Pública Estadual não considerou nos cálculos apresentados o montante dos créditos acumulados decorrentes da antecipação parcial do ICMS. Destacando que os créditos do exercício de 2015 não correspondiam ao trazido pela Administração Pública Fazendária.

Nesse sentido, defendeu que em novo cálculo apresentado, ainda assim, verificou a disparidade nos valores. Afirmou que a Fazenda Pública reconhece o erro no valor cobrado através do Auto de Infração, e, no entanto, delegou a competência de lançamento à Junta de Julgamento, sob o fundamento de que cabe ao órgão julgador acatar ou não a redução.

Alegou violação simultânea ao art. 142 do Código Tributário Nacional, uma vez que (i) não se tem conhecimento do montante do débito tributário, (ii) e o lançamento é realizado por autoridade incompetente.

Explicou que no ato administrativo de lançamento tributário é dever da autoridade competente (Auditor Fiscal/ Fazenda Pública) realizar o devido cálculo a fim de apurar o valor do tributo devido.

Apontou que o atuante trouxe incerteza sobre o tributo devido a ter delegado ao órgão julgador para que, em um juízo de discricionariedade, opte por àquele que lhe achar mais aprazível. Nessa senda, trouxe os ensinamentos do professor Hugo de Brito Machado.

Nessa esteira, trouxe o disposto no §2º, do art. 18 do RPAF/1999, que determina que só haja nulidade dos atos, quando demonstrado o prejuízo que foi causado pela perpetuação do ato viciado.

Afirmou que a diligência negada sem a devida fundamentação provocou graves prejuízos ao contribuinte na medida em que esclarecia os valores a serem cobrados, reduzindo o montante indevidamente lançado.

Explicou que o primeiro valor levado ao conhecimento pelo Auto de Infração, referente ao débito tributário devido, correspondeu a R\$ 313.846,35. Já no ato de impugnação administrativa sobressaiu o segundo valor, que com a correta inserção dos créditos contraídos, passaria ao montante de R\$ 288.516,92. Por fim, explicou que a autoridade fazendária apresentou novo demonstrativo abatendo os créditos devidos por antecipação parcial, resultando no valor de R\$ 299.045,90.

Nesse sentido, defende a diligência com o fito de apurar corretamente os três valores distintos existentes do tributo devido no PAF.

Além disso, arguiu a improcedência da notificação e da decisão exarada pela 1^a Junta, devendo tal

qualidade lhe ser atribuída a autoridade administrativa, pois entendeu que não houve as condições para execução forense, onde a liquidez e certeza devem e precisam restar provados.

Afirmou que a 1^a JJF trouxe nova dúvida em relação a apuração de da compensação ou não dos créditos recolhidos a título de antecipação parcial para fins de abatimento na dívida, e por isso, requereu novamente a diligência a fim de constatar tal fato.

Apontou que o art. 305, § 1º, I do RICMS/BA indica que as apurações das obrigações tributárias poderão ser liquidadas por meio da compensação de créditos e débitos.

Ao final, requereu a anulação da decisão prolatada pela 1^a Junta de Julgamento Fiscal, determinando a realização da apuração correta dos valores devidos pelo contribuinte.

Subsidiariamente requerei que seja o feito administrativo convertido em diligência a fim de apurar as informações prestadas no tocante aos valores auferidos pelo “*Senhor Fiscal*” nos meses relacionados, comprovando as alegações de erro na apuração.

O presente Processo Administrativo Legal foi encaminhado para esta 2^a Câmara de Julgamento Fiscal, sob minha relatoria, para ser devidamente instruído. Neste sentido, passo a exarar o seguinte voto com base nas alegações recursais, nos documentos apresentados e na legislação aplicável.

É o relatório.

VOTO

A autuação se refere a falta de recolhimento no prazo regulamentar do ICMS relativo às operações não escrituradas no Livro de Registro de Saídas, mais especificamente, às saídas por meio de ECFs.

Na peça recursal, a empresa recorrente requereu a nulidade da decisão exarada pela 1^a JJF, nos termos postos no relatório acima, em face da falta da devida fundamentação para rejeição ao pedido de diligência da empresa feita em sede de defesa, gerando incerteza do devido valor do lançamento de ofício, inclusive alegando que a decisão recorrida feriu o princípio do contraditório, duplo grau de jurisdição, art. 20 da LINDB e arts. 3º e 4º da Lei nº 12.209/2011.

Ressaltou inclusive que tal incerteza é corroborada pela própria posição do autuante na sua Informação Fiscal, na qual delega ao órgão julgador do CONSEF o poder discricionário de aplicar, ou não, o que determina a legislação do ICMS.

Ao compulsar os autos, abarquei os argumentos trazidos pela empresa e a decisão trazida no voto da JJF, confrontando-os com a legislação e os documentos acostados.

Desta análise, verifico que a arguição de nulidade do julgamento de 1^a Instância não pode prosperar, haja vista que a empresa se baseou na falta de fundamentação da JJF para negar o pedido de diligência e tal pleito não encontra amparo legal. A JJF foi clara na fundamentação da não necessidade de diligência, bem como para manter a autuação inicial. Tudo justificado no voto exarado pela 1^a Instância.

Por conseguinte, não cabe nulidade por conta da falta de fundamentação da negativa de diligência e o embasamento para tal está pontuada na decisão de piso com base na dicção do art. 147, I, “a” do RPAF/99.

A questão de mérito que se coloca é se a decisão foi acertada ou não. Nesta esteira, quanto a considerar os valores da antecipação parcial arguida pela empresa recorrente, principal motivo do pedido da diligência denegada, entendo ser procedente, discordando assim do posicionamento trazido no voto da JJF.

Todavia, no valor lançado pela autuante no novo demonstrativo elaborado (ARQUIVO R CAIXA, em Excel), constato que ela refaz, de forma equivocada, o conta corrente fiscal do demonstrativo inicial, ou seja, levou em consideração o mês subsequente ao do lançamento do crédito fiscal.

Deste modo, somando-se todas as saídas do mês (registradas no Livro de Saídas + nos ECFs) e abatendo-se deste total mensal os créditos das aquisições, acrescidos dos pagamentos decorrentes da antecipação parcial, encontra-se o valor do ICMS mensal a recolher,

Por tal procedimento fiscal, se chega ao montante de **R\$292.942,33**, conforme demonstrativo abaixo, registrando a colaboração do i. Conselheiro Marcelo Mattedi, após o pedido de vistas feito na sessão anterior.

CRÉDITO NO MÊS RECOLHIMENTO:

DEB SAIDA EM ECF	DEB TOTAL	CRED ENTR	CRED. ANT. PARCIAL	SD CRED DO PER	CREDITO TOTAL	SALDO DE	ICMS A RECOLHER
14.519,15	27.910,55	19.790,34	4.085,33	0,00	23.875,67	4.034,88	4.034,88
25.050,90	37.950,92	2.663,43	6.193,83	0,00	8.857,26	29.093,66	29.093,66
11.102,64	20.817,86	17.596,24	7.382,49	0,00	24.978,73	4.160,87	-
14.453,79	22.933,01	18.357,89	7.404,28	4.160,87	29.923,04	6.990,03	-
14.009,80	34.809,38	16.907,11	3.944,87	6.990,03	27.842,01	6.967,37	6.967,37
24.387,22	33.566,06	7.820,19	4.861,27	0,00	12.681,46	20.884,60	20.884,60
26.179,22	40.456,70	16.168,33	5.524,67	0,00	21.693,00	18.763,70	18.763,70
19.420,07	36.625,19	10.676,56	10.138,43	0,00	20.814,99	15.810,20	15.810,20
25.277,36	36.058,67	13.391,55	11.390,95	0,00	24.782,50	11.276,17	11.276,17
22.684,50	35.916,49	16.887,39	12.292,97	0,00	29.180,36	6.736,13	6.736,13
24.625,38	33.276,29	10.039,86	12.300,12	0,00	22.339,98	10.936,31	10.936,31
27.106,10	35.575,52	13.076,31	11.237,01	0,00	24.313,32	11.262,20	11.262,20
36.383,07	44.513,97	18.017,30	10.903,20	0,00	28.920,50	15.593,47	15.593,47
20.664,81	32.700,59	13.128,22	11.560,60	0,00	24.688,82	8.011,77	8.011,77
18.636,97	35.303,57	16.499,13	10.194,71	0,00	26.693,84	8.609,73	8.609,73
15.601,03	26.639,50	14.298,19	11.896,54	0,00	26.194,73	444,77	444,77
22.288,65	23.096,33	814,25	9.462,61	0,00	10.276,86	12.819,47	12.819,47
23.200,90	38.293,15	15.169,86	10.596,39	0,00	25.766,25	12.526,90	12.526,90
27.933,48	41.960,84	14.304,10	10.008,50	0,00	24.312,60	17.648,24	17.648,24
32.438,42	43.143,95	15.682,72	17.474,10	0,00	33.156,82	9.987,13	9.987,13
34.497,79	47.163,92	19.031,48	16.455,50	0,00	35.486,98	11.676,94	11.676,94
48.951,40	60.684,71	12.040,36	13.327,09	0,00	25.367,45	35.317,26	35.317,26
30.534,17	55.529,53	12.853,16	8.217,82	0,00	21.070,98	34.458,55	34.458,55
35.472,11	51.153,34	17.583,86	10.358,06	0,00	27.941,92	23.211,42	23.211,42
Total							292.942,33

Por tudo quanto exposto à luz dos fatos, documentos e da legislação aplicável, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 206951.0002/19-4, lavrado contra **FBR ATACADISTA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$292.942,33**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206951.0002/19-4, lavrado contra **FBR ATACADISTA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$292.942,33**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2021.

MAURÍCIO DE SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS