

A. I. N° - 089008.0019/20-6
AUTUADO - MERSALUC COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - EDMUNDO SILVA
ORIGEM - INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 07/10/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0149-03/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE. Contribuinte não apresenta elementos com o condão de elidir a autuação. Infração caracterizada. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. O Impugnante não conseguiu elidir a acusação fiscal. Comprovado nos autos, de acordo com o levantamento fiscal, a utilização indevida da alíquota. Infração subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. Autuado apresenta elementos que elidem parcialmente a acusação fiscal. Infração parcialmente subsistente b) RECOLHIMENTO A MENOS. Infração não contestada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 20/09/2020, exige crédito tributário no valor de R\$76.399,29, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 01.02.28. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS com repercussão na obrigação principal, nos meses de janeiro a maio, julho e setembro a dezembro de 2017. Exigido o valor de R\$2.584,46, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - 03.02.02. Recolhimento a menos de ICMS em razão de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2017. Exigido o valor de R\$59.714,84, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - 07.15.01. Falta do recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, destinadas a comercialização, nos meses de janeiro a outubro e dezembro de 2017. Exigido o valor de R\$11.923,76, acrescido da multa de 60%;

Infração 04 - 07.15.02. Recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, destinadas a comercialização, nos meses de fevereiro, maio, agosto e outubro a dezembro de 2017. Exigido o valor de R\$2.176,23, acrescido da multa de 60%.

O Autuado impugna o lançamento, fls. 53 a 56, depois de registrar a tempestividade de sua peça defensiva, articula suas razões de defesa, na forma a seguir resumida.

No que diz respeito à Infração 01, destaca ser esse item da autuação improcedente, uma vez que as mercadorias apresentadas como regidas pela substituição tributária, tiveram tratamento distinto ao apresentado no Auto de Infração, foram consideradas como tributadas, não apenas gerando crédito de ICMS, mas também sendo recolhido o ICMS parcial.

Quanto à Infração 02, afirma que essa Infração não resta comprovada, uma vez que as planilhas anexas ao Auto de Infração no total de 304 páginas, na modalidade de Excel, tornam impossível a comprovação, por parte do autuado, da efetiva infração fiscal.

Registra que se observada as infrações apontadas na entrada da mercadoria, possui todos os dados necessários para concordar ou para comprovar o não cometimento da infração, já nas saídas essa circunstância não existe.

Revela que a informatização dos processos sem dúvida alguma facilita o trabalho e reduz o tempo de execução das tarefas, entretanto os processos têm que ser claros e objetivos, as planilhas demonstram que existiu um erro no cadastro do produto, tributando as saídas a menos, porém são inconclusivas comparadas ao SPED FISCAL, que é a fonte de informações utilizada pelo agente fiscalizador.

Destaca que, potencialmente se estar distante de um processo administrativo revestido de legalidade e imparcialidade, o lançamento tributário é, a rigor, um ato administrativo. Entretanto, destaca que esse ato é sempre praticado ao cabo de um procedimento preparatório, que pode ter complexidade e extensão maior ou menor. Observa que pode o referido ato, eventualmente, ser ainda sucedido por um processo administrativo de controle de sua legalidade, processo este chamado por alguns doutrinadores de fase contenciosa do lançamento e em seguida reproduz o teor do art. 142, do CTN.

Continua registrando que o legislador, ao dispor no texto normativo que “compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento”, utilizou literalmente a tese de que o lançamento tem natureza constitutiva no que diz respeito ao crédito tributário, determinando, desta forma, que não há crédito sem lançamento que o constitua.

Lembra que a natureza do lançamento quanto à obrigação tributária tem natureza diversa, pois, de fato, conforme explicitado, a obrigação nasce com a ocorrência no mundo fático da hipótese de incidência descrita na norma. Desta forma, o lançamento não a constitui. De acordo com o texto normativo do art. 142, do CTN, compete à autoridade tributária “verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente”. Assim, o lançamento tributário declara que ocorreu, de fato, a situação hipotética prevista, motivo pelo qual, existe a obrigação tributária. Arremata frisando que, quanto a esta, o lançamento tem natureza declaratória.

Explica que o lançamento tributário tem natureza jurídica mista, sendo constitutiva, quanto ao crédito tributário, e declaratória, quanto à obrigação tributária, porém necessariamente deve conter todos os requisitos necessários para sua comprovação, e garantindo ao autuado o direito de contestação.

Informa que em anexo, fls. 74 a 225, constam as planilhas elaboradas nos mesmos moldes que as do Autuante em que não consta irregularidade alguma.

Ao tratar da Infração 03, assinala que, essa Infração é improcedente, conforme cópias de DAEs que diz anexar, fls. 66 a 73, onde resta comprovado o recolhimento do aludido imposto, pois verificou algumas divergências na numeração das notas fiscais, sendo o Autuante induzido ao erro.

Conclui pugnando pela improcedência do Auto de Infração, uma vez que comprovado que o recolhimento do imposto foi realizado, não sendo causado prejuízo algum a arrecadação estadual, bem como, diante do exposto a existência de prova de que tais infrações ocorreram não estão fundamentadas.

O Autuante presta informação fiscal, fls. 230 a 230v.

Observa que, após exames na defesa do contribuinte, constatou que o mesmo apresentou sua defesa em tempo hábil e apresenta sua informação para cada um dos itens da autuação.

Infração 01 - Utilização Indevida de Crédito Fiscal. Observa que o contribuinte cita em sua defesa que: *“As mercadorias apresentadas como regidas pela substituição tributária, tiveram tratamento distinto ao apresentado no auto de infração, foram consideradas como tributadas, não apenas gerando crédito de ICMS, mas também sendo recolhido o ICMS parcial”*.

Assevera que as mercadorias constantes das notas fiscais que se encontram na planilha dessa infração, são mercadorias da substituição total e da isenção e, de acordo com a legislação em vigor, não tem direito a crédito fiscal e no livro de Registro de Entradas do autuado essas notas estão todas com crédito fiscal.

Remata registrando que essa infração remanesce com o débito total de R\$2.584,46 que se encontra descrito no referido Auto de Infração.

Infração 02 - Recolhimento a menos do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa.

Diz que o contribuinte relata que:

1 - “Infração não comprovada, as planilhas anexas ao auto de infração no total de 304(trezentos e quatro) páginas, na modalidade de EXCEL, torna impossível a comprovação por parte do autuado da efetiva infração fiscal” 2 - “Se observarmos as infrações apontadas na entrada da mercadoria, o autuado possui todos os dados necessários para concordar ou para comprovar o não cometimento da infração, já nas saídas essa circunstância não existe.”

Revela que o Autuado apresenta uma planilha às fls. 74 a 225, com os valores do ICMS que foi debitado, todos devidamente preenchidos. Afirma que esta planilha fornecida pelo contribuinte se encontra totalmente divergente da que nos foi enviada pela Secretaria da Fazenda, através da EFD e de solicitação para as NFCe.

Frisa que ao presente processo se encontra anexado um CD-R, com as planilhas originais quem nos foram enviadas pela SEFAZ.

Conclui pugnando pela procedência da Infração 02 com débito lançado de R\$59.714,84.

Infração 03 - Antecipação Parcial - Sem recolhimento. Menciona que o contribuinte apresenta documentos de arrecadação, fls. 66 a 74, referente ao pagamento da antecipação parcial. Afirma que nos documentos apresentados somente existe a comprovação da Nota Fiscal de nº 62708, de 31/10/2017, com ICMS de R\$785,42, cujo valor será excluído, perfazendo assim um novo total R\$11.138,34.

Infração 04 - Antecipação Parcial - Recolhimento a Menos. Destaca *que* não houve manifestação por parte do contribuinte. Assim, diz ficar mantido o débito de R\$2.176,23

Conclui pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração com ICMS a recolher no valor total de R\$75.613,87, acrescido das respectivas multas e acréscimos moratórios.

O patrono do Autuado, Dr. Gecimar Mendes – OAB-BA 56.114, sustentou oralmente as razões de defesa do Impugnante.

VOTO

Inicialmente, em que pese não terem sido arguidas questões prejudiciais, depois de examinar todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei nº 7014/96, e o RICMS-BA/2012. As irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas nos levantamentos fiscais, que servem de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa. A apuração do imposto se encontra em conformidade com os fatos descritos no corpo do Auto de Infração.

Assim, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do Auto de Infração, encontrando-se definidos, o Autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário exigido. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em

quaisquer das hipóteses preconizadas pela legislação de regência, precipuamente nos incisos I a IV, do art. 18 do RPAF-BA/99, que pudesse inquinar de nulidade a autuação.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento quatro infrações a legislação do ICMS, consoante discriminação circunstanciada, enquadramento legal e tipificação da multa sugerida, enunciados no preâmbulo do relatório.

O Impugnante, em suas razões de defesa, não questionou a acusação fiscal atinente à Infração 04. Assim, fica mantido esse item da autuação, ante à inexistência de litígio a ser julgado.

A Infração 01 acusa o Autuado de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, com repercussão na obrigação principal. A empresa utilizou a mais, o crédito fiscal do ICMS destacado em notas fiscais de Entradas, demonstrativo fls. 17 e 18.

O Defendente, em sua impugnação, solicitou a improcedência da autuação sustentando que as mercadorias arroladas no levantamento fiscal, consideradas como submetidas ao regime de substituição tributária, tiveram tratamento distinto ao apresentado no Auto de Infração, foram consideradas como tributadas, não apenas geando crédito, mas também, sendo recolhido o ICMS Antecipação Parcial.

Ao proceder a informação fiscal, o Autuante manteve a autuação, esclarecendo que as mercadorias constantes do levantamento fiscal são mercadorias da substituição tributária total e isentas, e que, de acordo com a legislação em vigor, não dão direito a crédito fiscal, assinalando que no livro Registro de Entradas do Autuado, todas essas notas fiscais foram registradas com crédito fiscal.

Por crucial para o deslinde da matéria ora em lide, convém ressaltar, que a legislação de regência estabelece normas com rigorosa restrição à legítima utilização do crédito fiscal. No caso de falta de destaque no documento fiscal, o emissor do documento deverá emitir Nota Fiscal Complementar, apontando o correto valor do imposto. Para os valores destacados a maior, assim estabelece o §7º do art. 309 do RICMS/2012, *in verbis*:

“Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

[...]

§ 7º Se o imposto for destacado a mais do que o devido, somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado, inclusive quando, em operação interestadual, a legislação da unidade federada de origem fixar base de cálculo superior à estabelecida em lei complementar ou em convênio ou protocolo, ou o imposto houver sido cobrado com base em pauta fiscal superior ao valor da operação.”

Registro, que todos os elementos necessários à identificação da origem da apuração do crédito exigido, bem como, para comprovar e alicerçar a apuração da irregularidade cometida pelo Autuado, estão devidamente discriminados por documento fiscal e acostados aos autos na planilha às fls. 17 e 18.

Pelo expendido, e considerando que o contribuinte não apresentou provas com o condão de elidir a acusação fiscal, concluo pela caracterização da Infração 01.

A Infração 02 refere-se ao recolhimento a menos do ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme demonstrativo acostado às fls. 20 a 32 e CD, à fl. 47.

O Defendente, em suas razões de defesa, afirmou que a Infração não restou comprovada, tendo em vista que as planilhas na modalidade de Excel elaboradas pelo Autuante, torna impossível a comprovação do seu efetivo cometimento. Informou o Defendente, que elaborou planilhas nos mesmos moldes das apresentadas pela fiscalização, nas quais não constam qualquer

irregularidade. Em suma, essas foram as alegações da Defesa para impugnar a acusação atinente a esse item da autuação.

O Autuante, ao proceder a informação fiscal, manteve a autuação, esclarecendo que nas planilhas apresentadas pelo Autuado contêm os valores do ICMS, que foram debitados e preenchidos. Assevera que essa planilha elaborada pelo Defendente, se encontra totalmente divergente dos dados constantes da EFD enviada para a SEFAZ, e das NFC-e. Destaca, que no presente PAF, encontra-se anexado um CD-R, com as planilhas originais, cuja cópia foi entregue ao Autuado.

Ao compulsar os elementos que compõem o contraditório, constato que o levantamento fiscal que embasa a autuação, acostado às fls. 20 a 32, e CD-R à fl. 47, cuja cópia foi entregue ao Autuado, fls. 49 a 51, explicita de forma minudente os documentos fiscais emitidos pelo estabelecimento autuado e constantes da EFD, bem como o “passo a passo” da apuração do débito exigido nesse item da autuação.

Em suas razões de defesa, o Impugnante, mesmo dispondo de meios de prova, uma vez que emitiu os documentos elencado no levantamento fiscal e elaborou a sua EFD enviada à SEFAZ, não apresentou qualquer elemento de prova capaz de elidir a acusação fiscal. A planilha apresentada pela Defesa, apenas reproduz o conteúdo da planilha elaborada pelo Autuante, com base na EFD incluindo na coluna, “Alíquota Debitada”, em todas as operações listadas, a alíquota de 18%, e na coluna “ICMS Debitado”, o valor do ICMS supostamente debitado, sem apresentar a origem de tais informações adicionadas, e muito menos, apresentar cópia dos documentos fiscais que dessem suporte aos referidos valores.

Portanto, pelo expendido, resta evidenciado, que ante à falta de qualquer elemento que comprovasse a origem dos valores lançados na planilha apresentada pelo Impugnante, essa peça se configura em mera alegação. Logo, não tem o condão de elidir a acusação fiscal, destituída que se afigura de valor probante.

Concluo pela subsistência da Infração 02.

A Infração 03 refere-se ao recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, destinadas à comercialização, nos meses de janeiro a outubro e dezembro de 2017, consoante demonstrativo às fls. 34 a 43.

Sobre esta infração, o Defendente alegou, tão-somente, que de acordo com os DAEs, cujas cópias colacionou às fls. 66 a 74, resta comprovado o recolhimento do imposto exigido, e que verificou algumas divergências na numeração das notas fiscais induzindo o Autuante a erro.

O Autuante, em sua informação fiscal, esclareceu que o Impugnante apresentou às fls. 66 a 74, cópias de documentos de arrecadação referentes ao pagamento da antecipação parcial, em cujos documentos somente existe a comprovação à fl. 68, de uma nota fiscal arrolada no levantamento fiscal, a de nº 62708, de 31/10/2017, com o ICMS no valor de R\$785,42, cujo valor foi excluído da exigência inicialmente apurada, reduzindo o valor para R\$11.138,34.

Analisando os elementos que compõem esta infração, constato que apesar de o Defendente alegar ter verificado algumas divergências na numeração das notas fiscais que induziu o Autuante ao erro, não carrou aos autos qualquer comprovação dessa alegação, indicando quais as divergências e nem quais notas fiscais seriam correspondentes a essas divergências. Depois de examinar todas as notas fiscais discriminadas pelo Defendente, no campo “25-Informações Complementares” dos DAEs, cujas cópias foram carreadas aos autos por ocasião da Defesa, verifico que assiste razão ao Autuante, uma vez que, somente a Nota Fiscal de nº 62708, fl. 68, identificada nos DAEs apresentados, consta elencada no levantamento fiscal, fls. 41 e 42. Portanto, deve ser excluído o valor de R\$785,42, do débito originalmente lançado no mês de outubro de 2017, que passa de R\$847,24, para R\$61,82.

Assim, concluo pela subsistência parcial da Infração 03, no valor de R\$11.138,34.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **089008.0019/20-6**, lavrado contra **MERSALUC COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$75.613,87**, acrescido das multas de 60%, previstas nas alíneas “f”, “a” e “d” do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 15 de setembro de 2021.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA