

A. I. Nº - 269511.0002/20-8
AUTUADO - O IMPERADOR COMÉRCIO DE CONFEC. E ELETROMÉSTICOS EIRELI
AUTUANTE - LUIS ANTÔNIO MENESES DE OLIVEIRA
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ DO VALE DO SÃO FRANCISCO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30/12/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0219-03/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. SAÍDAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Autuado não apresenta elementos com o condão de elidir a acusação fiscal. Infrações mantidas. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE REGISTRO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS, BENS OU SERVIÇOS. MULTA. Multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não registrada. O autuado não contesta os fatos. Infração subsistente. Indeferido pedido de diligência à ASTEC. Afastada nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/03/2020, exige crédito tributário no valor de R\$75.666,81, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01. 01.02.40 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em valor superior ao destacado no documento fiscal, nos meses de janeiro a março de 2017, fevereiro a abril, junho a outubro de 2018, no valor de R\$70.694,44, acrescido da multa de 60%;

Infração 02. 03.02.02 - recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no mês de setembro de 2018, no valor de R\$3.486,24, acrescido da multa de 60%;

Infração 03. 16.01.06 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços tomados, sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de maio de 2018, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não escriturada, totalizando R\$1.486,13.

Consta na descrição dos fatos, que a fiscalização foi realizada através do SIAFI – Sistema Integrado de Auditoria Fiscal, baseada na EFD, nas notas fiscais eletrônicas – NFe de Entradas e Saídas, conhecimentos de Transportes – CTe, além dos demais documentos solicitados na Intimação Fiscal. Todos os documentos gerados pela fiscalização estão contidos na mídia CD apensada ao auto de Infração e cópia disponibilizada ao contribuinte.

O autuado impugna o lançamento fls.15 a 28. Diz que vem, através do seu representante legal, na forma do RPAF/99, oferecer tempestivamente, a impugnação ao presente auto de infração, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas. Sintetiza os fatos e o enquadramento legal.

Afirma que, para as intimações dos atos processuais pertinentes, pugna, de imediato, que as comunicações sejam efetuadas única e exclusivamente na pessoa do advogado Dr. Emanuel Silva Antunes (OAB/PE nº 35126), uma vez que, consoante os termos da procuração em anexo, mais de um causídico recebeu poderes para, em juízo ou fora dele, representar as autoras.

Ressalta, ainda, que vem sendo efetuado o requerimento de intimação específica na pessoa de algum dos advogados, sendo nula a intimação processual que recaía em pessoa distinta. Nesse sentido, pode se conferir os inúmeros precedentes do STJ conforme reproduz.

Entende que a autuação está eivada de vícios que a comprometem, sendo certo, que será anulada por este Órgão Julgador ou no mérito será julgada totalmente improcedente, pelos motivos que passa a expor.

Afirma que o fiscal exigiu um suposto crédito tributário de ICMS nas infrações 01 e 02. Na infração 01, em decorrência de utilização indevida de crédito fiscal e na infração 02, em razão da aplicação de alíquota menor nas saídas de mercadorias. Os valores foram exigidos nos meses que relaciona.

Ocorre que, em que pese a determinação legal, num ato de discricionariedade, os valores foram exigidos sem a realização da recomposição da conta gráfica do ICMS. Entretanto, em todos os meses em que os valores são cobrados, a conta corrente de ICMS do contribuinte apresentava saldo credor. Inclusive superior aos valores que são cobrados na autuação.

Diz 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. Tão grande é a importância deste princípio que nossa Constituição o estabelece em seu artigo 155, § 2º, conforme reproduz. Além disso, afirma que numa simetria legislativa a Lei Complementar 87/1996, em seu artigo 19, também estabelece a observância deste princípio.

No presente caso, aduz que está sujeito à apuração do ICMS pelo regime normal, portanto, indevida é a infração, tendo em vista que, caso o auditor deseje exigir o valor, deve recompor a conta corrente fiscal do ICMS, e somente se esta conta corrente apresentar ICMS devedor, é que deverá ser exigido o valor do imposto. Assevera ser esse inclusive, o entendimento do STJ (Resp. nº 1.250.218/ES).

Apresenta entendimento que do relatório da citada decisão do STJ, colhe-se 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”*.

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 nobre fiscal, de maneira discricionária, exigir o ICMS sem a recomposição da conta gráfica do ICMS.

Para que não restem dúvidas quanto a improcedência desta infração, anexa o recibo de transmissão da EFD referente a todos os meses dos anos de 2017 e 2018, além disso, segue planilha com a recomposição da conta gráfica do ICMS, onde foram atendidas as exigências desta fiscalização e mesmo assim, nos períodos ajustados, o saldo da conta corrente do ICMS continua apresentado saldo credor. Ora, 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 ICMS, tendo em vista, que nenhum prejuízo houve para o Estado, nem tão pouco 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. Com a recomposição, busca-se apenas, provar que mesmo após a exclusão dos créditos de ICMS indevidos e a inclusão dos débitos indicados na autuação, a conta corrente de ICMS continua com saldo credor, não havendo qualquer valor de ICMS a ser exigido.

Por todo o exposto, recebido e processado a Impugnação, requer seja declarado nulo o lançamento consubstanciado no auto de infração em exame, ou então, que no mérito seja reconhecido como totalmente improcedente.

Diz que na remota hipótese de não ser esse o entendimento, que seja determinado diligência a ASTEC ou ao autuante para que seja recomposto a conta corrente do ICMS.

O Autuante presta informação fiscal fls.76/77. Sintetiza os termos da defesa. Reproduz as infrações apuradas. Diz que a defesa apresentada serve apenas, para confirmar a existência das infrações imputadas no auto de infração, na medida em que não houve nenhuma contestação objetiva.

Observa que não houve contestação da infração 03, estando, portanto, tacitamente reconhecida, e para as infrações 01 e 02, constata que o contribuinte deseja que haja “compensação” através de recomposição da conta gráfica do ICMS. Explica que na verdade, o que pretende a Impugnante é uma recomposição da escrita fiscal, ou seja, recomposição dos Registros Fiscais da Apuração do ICMS (EFD) em função de infrações cometidas no desempenho de suas atividades comerciais.

Esclarece que não há previsão legal para a recomposição, nos termos pretendidos pela Impugnante, portanto não é mister do fisco, refazer ou recompor a escrita fiscal do contribuinte, justamente pelo fato de exercer atividade plenamente vinculada, sem margem para quaisquer atos discricionários.

Aduz que cabe ao contribuinte, 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 seriam possíveis, se realizadas antes do início da ação fiscal, que culminou com a lavratura do presente Auto de Infração.

Diante do exposto, afirma que a defesa não conseguiu elidir a ação fiscal, pelo que pugna pela procedência total do auto de infração.

Na sessão de julgamento esteve presente, o advogado, Dr. Emanuel Silva Antunes (OAB/PE nº 35126), que realizou a sustentação oral.

VOTO

Preliminarmente, o Autuado, pede, sob pena de nulidade, que as comunicações sejam efetuadas única e exclusivamente na pessoa do advogado Dr. Emanuel Silva Antunes (OAB/PE nº 35126), uma vez que, consoante os termos da procuração em anexo, mais de um causídico recebeu poderes para, em juízo ou fora dele, representar as autoras.

Saliento que, embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim, à parte envolvida na lide, no endereço constante do seu cadastro junto ao Estado, nada obsta de que seu pleito seja atendido e sejam enviadas as intimações sobre o presente processo no endereço indicado. Assinalo, por devido, que as citações e intimações a respeito do processo administrativo fiscal, são regidas pelos artigos 108 e 109, ambos do RPAF/99. Assim, o não atendimento desta solicitação não implicaria irregularidade, posto que o endereço do estabelecimento da empresa, é aquele que consta em seu cadastro nesta SEFAZ.

O defendente arguiu nulidade do lançamento, sob a alegação de que seria imprescindível para caracterização da infração, a recomposição de sua conta corrente fiscal.

Entendo que esta alegação diz respeito ao mérito e como tal, será devidamente apreciada oportunamente.

Analisando 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/2012. As irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas nos levantamentos fiscais, planilha e CD fls. 05 a 09 do PAF, que servem de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, termo de recebimento pelo autuado fl. 80, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa. A apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

Nesse sentido, 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 reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente,

não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

Indefiro de plano, a solicitação de diligência a ser realizada por Auditor Fiscal da ASTEC. Observo que a diligência se presta a esclarecer dúvida porventura existente, mas se para convencimento dos Julgadores não se faz necessária, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/BA, a realização de diligência pode ser dispensada. Neste caso, entendo que já se encontram presentes no PAF, os elementos necessários e suficientes para decisão sobre a lide.

O defendente não rebateu o cometimento da irregularidade apurada na infração 03, que declaro procedente, considerando que com o reconhecimento tácito pelo autuado, deixa de existir litígio a ser julgado, no que diz respeito à citada infração.

No mérito, o autuado foi acusado de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em valor superior ao destacado no documento fiscal, na infração 01 e recolhimento a menos de ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, na infração 02.

Nas razões defensivas, o autuado não negou o cometimento destas irregularidades, nem contestou os cálculos apurados no levantamento fiscal. A tese esposada na sua impugnação, cinge-se ao argumento de que a fiscalização só poderia ter lhe imputado as citadas infrações, caso tivesse realizado a recomposição de sua conta corrente fiscal, o que demonstraria saldo credor da empresa por todo o período autuado.

Acrescentou que está sujeito à apuração do ICMS pelo regime normal, portanto, indevidas são as infrações, tendo em vista que, somente se esta conta corrente apresentasse ICMS devedor, é que deveria ser exigido o valor do imposto. Disse que, em todos os meses em que os valores foram cobrados, sua conta corrente de ICMS apresentava saldo credor. Inclusive superior aos valores que são cobrados na autuação.

Relativamente a crédito fiscal utilizado indevidamente, observo que a matéria está normatizada, no art. 309, § 6º, do RICMS/2012, que assim determina:

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:

(. . .)

§ 6º. Quando o imposto não estiver destacado no documento fiscal ou o seu destaque tiver sido feito a menos, a utilização do crédito fiscal restante ou não destacado ficará condicionada à regularização mediante emissão de documento fiscal complementar, pelo remetente ou prestador, vedada a utilização, para esse fim, de “carta de correção”.

Da leitura dos dispositivos retromencionados, constata-se que o procedimento do autuado violou regra expressa da legislação de regência, portanto descabe o entendimento do defendente de que haveria um condicionante para se aplicar o direito posto.

O defendente alegou, que para que não restassem dúvidas quanto a improcedência desta infração, anexou o recibo de transmissão da EFD, referente a todos os meses dos anos de 2017 e 2018, e planilha com a recomposição da conta gráfica do ICMS, onde foram atendidas as exigências da fiscalização e mesmo assim, nos períodos ajustados, o saldo da conta corrente do ICMS continua apresentando saldo credor.

Da análise dos elementos que compõem o presente processo, observo que a autuação teve por base sua EFD, informações sobre sua escrituração fiscal enviadas ao banco de dados da SEFAZ, pelo próprio Autuado.

Saliento que a Escrituração Fiscal Digital – EFD, se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das Unidades Federadas e da

Secretaria da Receita Federal, bem como, no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte, e substitui livros fiscais.

Observo que o levantamento fiscal é efetuado com base em dados fornecidos pelo autuado por meio dos arquivos eletrônicos relativos à EFD, e a correção de tais arquivos é de responsabilidade do contribuinte, pois tais registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais relativos às entradas e saídas de mercadorias. Portanto, no caso de erros ou inconsistências, compete ao contribuinte informar e corrigir, antes da ação fiscal.

No presente caso, o contribuinte foi autuado, porque utilizou créditos fiscais decorrentes de valores superiores aos destacados nos documentos fiscais, violando assim, o supramencionado § 6º, do art. 309 do RICMS/2012.

Portanto, é importante ressaltar, que a situação acima descrita, não se afigura como uma mera inconsistência passível de retificação, mas de erro continuado em sua escrituração, ou seja, *“utilização indevida de crédito fiscal de ICMS oriundo de valor superior ao destacado no documento fiscal”*, em períodos sequenciados.

Convém aqui registrar, que o levantamento fiscal ocorreu com base na escrita oficial e legítima do autuado, consoante se verifica nos autos, com base nos arquivos digitais transmitidos pelo próprio defendente. Conforme acertadamente aduzido pelo Autuante, não há previsão legal para a recomposição, nos termos pretendidos pela Impugnante, visto não ser função do fisco, refazer ou recompor a escrita fiscal do contribuinte, justamente pelo fato de exercer atividade plenamente vinculada, sem margem para quaisquer atos discricionários.

Observo que cabe ao contribuinte, 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, devem ser realizadas antes do início da ação fiscal. Sendo assim, a infração 01 é procedente.

Quanto a infração 02, o defendente deu saídas em mercadorias regularmente escrituradas, aplicando alíquota diversa da prevista na legislação, resultando recolhimento a menos de ICMS.

Neste caso, dúvidas não há, que o procedimento do contribuinte afeta diretamente a apuração do imposto devido ao erário estadual. Logo, não compete à fiscalização, recomposição de conta corrente do contribuinte, para elidir a irregularidade apurada em ação fiscal. Infração subsistente.

Sobre a alegação defensiva de que o entendimento do STJ (REsp. nº 1.250.218/ES), favorece seu pedido de recomposição de conta corrente da empresa, observo que esta Junta de Julgamento Fiscal não possui competência para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria objeto da contenda (art. 167, I, RPAF/99).

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269511.0002/20-8**, lavrado contra **O IMPERADOR COMÉRCIO DE CONFECÇÕES E ELETRODOMÉSTICOS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$74.180,68**, acrescido da multa de 60% prevista no inciso VII, alínea “a”, e inciso II, alínea “a”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.486,13**, prevista no inciso IX, do art. 42 da Lei 7.014/96 e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05.

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

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR