

A. I. Nº - 298942.0001/20-4
AUTUADO - COMERCIAL BRANDÃO DE FESTAS E UTILIDADES LTDA.
AUTUANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
INFAZ - DAT SUL / INFAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 30/06/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0103-04/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS. **a)** SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **b)** DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. **c)** DESTINADAS AO ATIVO IMOBILIZADO. **d)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Itens mantidos. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. **b)** DESTINADAS AO ATIVO IMOBILIZADO. Itens mantidos 3. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **b)** DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR APURADO PELA FISCALIZAÇÃO E O INSERIDO NA ESCRITA FISCAL. Infrações subsistentes. Afastadas as arguições de nulidades. Indeferido o pedido de realização de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 17/03/2020, refere-se à exigência de ICMS no valor total de R\$ 172.190,92, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 01.02.01 - *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo fixo do próprio estabelecimento, no valor de R\$ 1.711,75”*.

Infração 02 - 01.02.02 - *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no valor de R\$ 1.258,46”*.

Infração 03 - 01.02.05 - *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento do imposto por antecipação tributária, no valor de R\$ 104.937,85”*.

Infração 04 - *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no (s) documento (s) fiscal (is)”*.

Infração 05 - 03.01.01: *“Recolheu a menor ICMS em decorrência entre o (s) valor (es) do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto no valor de R\$ 8.462,76”*.

Infração 06 - 06.02.01: *“Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinada ao ativo fixo do próprio estabelecimento no valor de R\$ 825,23”*. *“Creditou-se do ICMS referente mercadorias destinadas ao ativo e ainda NÃO recolheu o diferencial de alíquotas”*.

Infração 07 - 06.02.01: *“Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias adquiridas de outras Unidades da Federação destinada ao uso e consumo do estabelecimento, no valor de R\$ 154,77”*.

Infração 08 - 07.01.02: *“Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior, no valor de R\$ 54.322,87”*.

Consta a seguinte informação: *“Fizemos a compensação de débitos com recolhimento a maior do ICMS apurado após reconstituição do RAICMS”*.

O autuado apresenta impugnação, fls. 246 a 258, e após transcrever o teor das acusações assevera que o Auto de Infração deve ser anulado integralmente, pelos motivos de fato e razões de direito, que passará a demonstrar.

Preliminarmente argui que o Auto de Infração contém vícios irreparáveis, os quais o eivam de nulidade formal absoluta, pois consta do Auto de Infração que o local da lavratura é a Inspetoria Costa do Cacau, e não o endereço do Autuado. Assim, a lavratura em lugar diverso do local onde se constatou a suposta infração gera a nulidade do auto de infração.

Em seu socorro transcreve trecho da obra do Prof. BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, e em seguida lembra que o próprio Decreto nº 7.629/99 do Estado da Bahia, que trata do Processo Administrativo Fiscal no âmbito tributário estadual, em seu Art. 39 V, cujo teor transcreveu, lança como pressuposto objetivo do Auto de Infração a indicação dos dispositivos legais que serviram de base ao Auto de Infração.

Acrescenta que este “equivoco” proposital e recorrente cometido pela autoridade autuante eiva de completa nulidade o ato porquanto ausente pressuposto de validade do ato administrativo, haja vista que todos os papéis e documentos e anexos gerados pelo sistema da Sefaz/BA deveriam estar assinados e/ou vistados pela autoridade fiscal, conforme preconiza o § 1º, do Artigo 15, do Decreto nº 7.629, de 09/07/1999, o que caracteriza de fato e de direito nulidade absoluta do presente auto, o que de pronto fica requerido a sua completa nulidade, não subsistindo a previsão do § 2º do aludido artigo.

Acrescenta que não constam, nestes Autos qualquer tipo de notificação ou intimação prévia que ensejaria tal fiscalização e suas infrações, a afronta diretamente o direito de plena defesa da informação no momento próprio e não depois de autuado.

Entende que de acordo com o parágrafo único, do Artigo 26, do RPAF/BA, não se considera início de procedimento fiscal o envio, através do Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, de comunicado dando conhecimento ao sujeito passivo de início de fiscalização e/ou inconsistência verificada em análise ou cruzamento de informações econômico-fiscais existentes no banco de dados da Secretaria da Fazenda, neste aspecto, o contribuinte não foi sequer notificado formalmente e legalmente, em momento algum de nenhuma inconsistência com relação os arquivos magnéticos, ou mesmo intimado pela Sefaz-BA que seria fiscalizado, pela Repartição Fazendária. ASSIM, o Auto passa a ser nulo por ter o Temo de Início de Fiscalização ter sido enviado por meio não aceito pelo RPAF, que é o DT-e. Pelo exposto, há que se anular o Auto de Infração e a correspondente infração 01.

Entende ter havido narração Sucinta da Infração, com violação do art. 28, § 3º, VI, do Decreto Estadual nº 7.629/99. Tendo em vista que a descrição da infração fiscal, em tese, cometida pelo contribuinte fora narrada e discriminada por mês e ano, contendo a base de cálculo, alíquota aplicada, o percentual de multa aplicada e o valor supostamente devido, e anexo com descrição dos acréscimos moratórios. Foi enviado ao contribuinte, junto com o Auto, Planilhas diversas, em virtude do número de infrações aplicadas neste Auto.

Por ter sido a narração ser sucinta, e não ter todos elementos necessários para configurar o fato gerador, e o imposto devido, o fisco transferiu para o autuado a obrigação de provar aquilo que o Auto não conseguiu, invertendo o ônus da prova, que em Direito fiscal é sempre de quem acusa, por aplicação analógica do art. 333, I, c/com o art. 126, 2ª parte, do CPC, do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e do art. 108, I, do CTN.

Passa a contestar a infração 01 dizendo que a alegação do auditor é vaga, e o mesmo não forneceu elementos suficientes para apresentar a contestação de forma cabal, mas requer a impugnação da infração pelos motivos exposto inicialmente.

Quanto a infração 03 informa que de iniciou estranhou o montante do imposto cobrado no ano de 2015 (R\$ 43.832,50), ano em que a empresa pagou apenas R\$ 626,23, ou seja, um montante muito

distante do valor cobrado pelo auditor. Ainda em 2015, houve um montante expressivo de ICMS Antecipação Parcial (R\$ 218.112,24). E tendo pouquíssimo imposto sujeito a substituição tributária, precisamente R\$ 626,23, e deste modo fica claro que o argumento usado para o auditor autuar, se contrapõe TOTALMENTE com o Artigo 290 do RICMS.

A regra utilizada em 2015, mostra o grau de equívoco do senhor auditor, e assim desmontar, e invalidar a forma de autuação e desta maneira desqualificar a infração, pedindo a impugnação da supracitada infração. Ou seja: a autuação é indevida.

Continua afirmando que o auditor utilizou uma maneira de autuar no ano de 2015, podendo afirmar, que o mesmo método foi usado nos anos seguintes, pois o embasamento posto no Infração foi o mesmo para todos os anos. Não pode aqui, afirmar qual a regra utilizada para analisar e auditar e aplicar a infração, pode ter sido o que consta no Anexo I de cada ano, como pode ter sido os relatórios de saídas.

Dentro do contexto apresentado passa a fazer a sua contestação nos seguintes termos:

“Antes de mais nada, mas para deixar bem claro, o auditor lastrou a infração no embasamento legal o Artigo 290 do RICMS. Neste artigo, estabelece que uma vez PAGO o imposto pelo regime de substituição tributário, é vedado o crédito do imposto na escrita, portanto, só vale a cobrança, se o método utilizado pelo auditor não foi o PAGAMENTO por antecipação tributária total.

1) Se a regra utilizada pelo senhor auditor foram os produtos do Anexo I, solicitamos mais uma vez a impugnação da infração. (Por conta de o auditor usar como amparo legal o Art. 290 do RICMS, e por essa regra vale o pagamento do imposto antecipado).

2) Se foi a o relatório do SPED Fiscal do contribuinte, também pedimos a impugnação (Por conta de o auditor usar como amparo legal o Art. 290 do RICMS, e por essa regra vale o pagamento do imposto antecipado) Assim, os itens 1 e 2 cabe CONTESTAÇÃO, por lavratura irregular. Mas se nenhum dos argumentos que usamos possa convencer o CONSEF a IMPUGNAÇÃO da infração, pedimos ao CONSEF que abra diligência, e estabeleça ao auditor informe o critério utilizado, e se este foram os relatórios do SPED FISCAL, que seja dada à contribuinte oportunidade de retificar os relatórios, e assim, os créditos sejam apontados de forma correta, e sanar as inconsistências. Tais pedidos, se fazem dentro do nosso direito à plena defesa e do contraditório, pois a autuada não concorda como o auditor que mensurou e cobrou o imposto, alegando crédito indevido.

Vale ressaltar e repetir, que o crédito só é indevido se foi pago o imposto por substituição tributária (Conforme Artigo 290 do RICMS, Decreto 13.780-12), e neste contexto, e pela aplicação da infração, onde se ler textualmente que o auditor não considerou o pagamento do imposto, assim não houve infração apontada.

Certamente o auditor não observou isto, e sim a seu modo, o que estava sujeito ou não a substituição tributária, portanto, a infração merece apuração e detalhamento mais contundente para ser levada em questão, ou simplesmente impugnada por cobrança indevida.

E para mostrar de forma contundente, que o auditor se equivocou, chamamos atenção para o fato dele ter lavrado a infração 08 – 07.01.02.

Na infração 08 – 07.01.02 ele autuou com afirmação de que o contribuinte recolheu a menor o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo, referente as mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, e isto em quase todo ano de 2015, infração este no valor de R\$ 54.322,47. Na verdade, no ano de 2015, infirmamos novamente, o pagamento foi muito pouco, quase sem pagamento substituição tributária. Tendo em 2015 a empresa feito pouco pagamento de substituição tributária, e muito imposto antecipação parcial, portanto, como cobrar o valor R\$ 43.832,50 de uso indevido de crédito fiscal? Ou seja, demonstra que o auditor fez a cobrança sobre os produtos que o mesmo arbitrou como no regime de substituição tributária.

Neste ponto, é demonstrado que o mesmo fez isto em outras infrações, como a Infração 01 – 03.02.02 do AI 2.989.420.003-20-7, em que ele aplicou sob alegação de que o contribuinte “recolheu a menor ICMS em razão de aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas” E para a lei ser justa, não se pode usar “um peso, duas medidas”, desconfigurando de a forma tributar e, por conseguinte autuar, e fazendo isto,

cometendo injustiça, por fazer mensurações da forma de entender de quem autua, e não como deve ser seguido pela Lei.”

Em relação a infração 04 diz que a alegação é vaga pois o auditor não forneceu elementos suficientes para apresentar a contestação de forma cabal, e requer a sua nulidade pelos motivos expostos inicialmente.

Na infração 05 diz que os meses apresentados como pago a menor, podem sem compensados, absorvidos por meses cujo pagamentos foram superiores aos apurados através da compensação pela reconstituição do RAICMS, assim como o auditor fez em outras infrações.

Indica que os valores cobrados por mês são:

- Janeiro de 2016 R\$ 77,00;
- Abril de 2017 R\$ 1.120,55;
- Julho de 2017 R\$ 5.721,16;
- Março de 2018 R\$ 948,35
- Maio de 2018 R\$ 595,20.

Recomposição proposta:

Janeiro de 2016 R\$ 77,00 - Compensar na competência fevereiro 2016 que apresenta sobra de R\$ 2.649,95;

Abril de 2017 R\$ 1.120,55 - Compensar na competência maio e parte de junho 2017 que apresenta sobra de R\$ de 1.051,72 e 7.550,30;

Julho de 2017 R\$ 5.721,16 - Compensar na competência agosto de 2017 que apresenta sobra de R\$ 5.911,19;

Março de 2018 R\$ 948,35 - Compensar na competência abril de 2018 que apresenta sobra de R\$ 6.132,26;

Maio de 2018 R\$ 595,20 - Compensar na competência junho de 2018 que apresenta sobra de R\$ 9.371, 00.

Quanto às Infração 06, 07 e 08 diz que as alegações do auditor são vagas e pede a sua nulidade, pelos motivos exposto no início de sua peça defensiva.

O autuante presta Informação Fiscal às fls. 261 a 262 dizendo que a empresa se utiliza do seu direito de defesa para protelar o pagamento do imposto devido.

Em relação ao argumento de que o Auto de Infração deveria ser lavrado no estabelecimento do contribuinte, assevera que ficou demonstrado claramente desconhecimento em relação a Legislação Tributária e do RPAF e nem se observou que a fiscalização foi de estabelecimento em anos anteriores e não fato sumário de momento.

Quanto a falta de qualquer tipo de notificação ou intimação prévia informa existir contradição da defesa pois logo na inicial o contribuinte afirma em (DO AUTO DE INFRAÇÃO) - “sendo intimada por DT-e”. Além disso, anexou print da quantidade de vezes que acionou o contribuinte por e-mail, para o acompanhamento e questionamento dos trabalhos. Assevera que deu o direito da pré-defesa para questionar os seus trabalhos, antes da lavratura do Auto de Infração.

Em relação a narração suscita e que teria prejudicada a defesa - conforme dito no ITEM anterior e prova em anexo, está mais que comprovado que apresentou o seu trabalho antes da lavratura do AUTO DE INFRAÇÃO e deu total transparência, explicação, prazo, atenção para o contribuinte.

Prossegue dizendo que nas Infrações 01, 02, 03, 04, 06 e 07 a defesa diz que são vagas e que o Auditor não forneceu elementos suficientes para apresentar a contestação de forma cabal, mas requer a impugnação da infração, pois qualquer pessoa com o mínimo de conhecimento tributário sabe que a descrição é clara e que conforme demonstrado no item B e print em anexo, o setor de contabilidade do contribuinte teve completo conhecimento da infração antes de ser lavrada e inclusive tempo para provar o recolhimento que não foi feito, portanto, não existe

contestação da infração, apenas alegação de MÁ-FÉ.

Na Infração 05 o contribuinte reconhece o débito e pede compensação com possível recolhimento a maior, inclusive reconhece que esse auditor fez algumas compensações por imposto recolhido a maior, diminuindo o seu débito, portanto, agora reconhece o contribuinte que o AUDITOR agiu na maior lisura possível durante seus trabalhos de fiscalização.

Informa que fez compensações justamente pelo imposto não ser cumulativo e beneficiando o contribuinte, principalmente, pelo montante do débito apurado. Se existe algum crédito, pode o contribuinte requerer ou escriturar nos seus livros fiscais e não agora compensar com o AUTO DE INFRAÇÃO.

A infração 08 não foi contestada. Foi solicitado que o Auditor demonstrasse os valores compensados e diz que falta detalhamento do imposto cobrado, porém, entende que está mais do que claro nas planilhas o que foi cobrado e o que foi compensado.

Finaliza dizendo que: *“Diante do exposto, o contribuinte (procurador) reconheceu o trabalho do auditor, principalmente, quando o auditor o beneficiou compensando imposto pago a maior com débito apurado. NÃO APRESENTOU nenhuma prova ou mesmo ALEGAÇÃO que pudesse ou merecesse algum crédito. Pelo contrário, demonstrou má-fé e apenas o desejo de contestar por contestar ou contestar para protelar o pagamento do imposto devido”.*

VOTO

De início, rejeito a preliminar de nulidade do procedimento fiscal, alegada sob o fundamento de que o local da lavratura indicado no Auto de Infração ocorreu na Inspetoria e não no endereço da autuada, local onde se constatou a suposta infração, uma vez que a presente auditoria diz respeito a fatos pretéritos, não sendo necessária a comprovação de flagrante como entendido pelo defendente.

Além do mais, de acordo com o disposto no § 1º, art. 39 do RPAF, a lavratura do Auto de Infração poderá ser efetuada tanto no estabelecimento autuado, quanto na repartição fazendária. É o que se depreende da leitura do citado dispositivo legal, que a seguir transcrevo:

“Art. 39. O Auto de Infração conterá:

(...)

§ 1º O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.”

Também em preliminar, o recorrente alegou que a ação fiscal foi iniciada sem a apresentação do Termo de Início de Fiscalização”, e que a intimação enviada através de Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, não teria validade.

A lavratura de Termo de Início de Fiscalização é um procedimento previsto no art. 196 do CTN:

“Art. 196.

A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixar prazo máximo para a conclusão daquelas.

Parágrafo único. Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo.”

A Lei Estadual nº 7.753/00, que alterou o inciso III, “a”, do § 1º do art. 127 do COTEB Código Tributário deste Estado, passou a prever que se fosse lavrado o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, a emissão desse Termo de Intimação dispensaria a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.

Tais determinações foram absorvidas pelo RPAF/BA, que prevê em seu art. 28 com redação em vigor a partir de 01/01/01:

“Art. 28.

A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.”

Da leitura dos dispositivos legais verifico ser necessária a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, podendo o mesmo ser dispensado, através da Intimação para apresentação de Livros e Documentos.

No presente caso, constato que o sujeito passivo foi cientificado do início da ação fiscal através de mensagem enviada através de Domicílio Tributário Eletrônico-DT-e, em 09/01/2019, conforme se verifica à fl. 16, comunicação esta prevista no artigo 108 do RPAF/BA, cujo teor transcrevo:

“Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

§ 1º A intimação poderá ser feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado quando não obtiver êxito a tentativa via postal.

§ 2º A comunicação por meio eletrônico somente será realizada para contribuinte credenciado pela SEFAZ para acessar o portal de serviços denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, no endereço eletrônico www.sefaz.ba.gov.br.”

§ 3º A comunicação por meio do DT-e será considerada recebida numa das seguintes datas, a que ocorrer primeiro:

I - no dia em que a pessoa jurídica efetivar a consulta ao teor da comunicação no domicílio tributário eletrônico, na hipótese de a consulta ocorrer em dia útil;

II - no primeiro dia útil seguinte ao da efetivação da consulta, na hipótese de a consulta ocorrer em dia não útil;

III - no dia útil seguinte após o prazo de 05 (cinco) dias, contados da data de envio da comunicação, caso não ocorra o acesso nesse prazo.

Dessa forma, afasto essa preliminar de nulidade.

Argui ainda o impugnante a nulidade do lançamento, sob o argumento de que as exigências fiscais não se lastreiam em elementos concretos, pois a narração dos fatos foi efetuada de forma sucinta, não contendo, no seu entendimento, elementos necessários para configurar o fato gerador e o imposto devido.

Embora o sistema informatizado desta Secretaria de Fazenda para lavratura do Auto de Infração (SEAI), informe de forma genérica a descrição dos fatos da infração, os levantamentos elaborados pelo fisco são partes integrantes do Auto de Infração, conforme as determinações contidas no Art. 4º do RPAF/BA a seguir transcrito:

Art. 41. *O Auto de Infração far-se-á acompanhar:*

I - de cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, obrigatoriamente;

II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato arguido.

Art. 46. *Na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, ser-lhe-ão fornecidas cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante que não lhe tenham sido entregues no encerramento da ação fiscal e que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto, inclusive dos elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros de que porventura o contribuinte não disponha.*

No caso presente, os mesmos foram anexados às fls. 19 a 239 e enviados ao contribuinte, através de *Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e*, que como anteriormente esclarecido é uma comunicação válida, pois prevista no artigo 108 do RPAF/BA.

Ademais, não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à

determinação do infrator, e quanto à capitulação das infrações, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar com segurança, a infração e o infrator. Assim, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, não estando presentes no processo qualquer hipótese motivadora de nulidade elencadas nos incisos I a IV do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Desse modo, não acolho as nulidades suscitadas.

No que concerne ao pedido de realização de diligência, considero que os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação de meu convencimento, na qualidade de julgadora deste processo administrativo fiscal, razão pela qual tal pleito fica indeferido, com base no art. 147, inciso I do RPAF/99.

No mérito, observo que o defendente somente se reportou em relação as infrações 03 e 05, razão pela qual, julgo procedentes as infrações 01, 02, 04, 06, 07 e 08.

A infração 03 assim se apresenta: *“Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento do imposto por antecipação tributária”*.

Os valores dos créditos fiscais considerados como indevidos encontram-se discriminados nos demonstrativos às fls. 52 a 117, onde estão indicadas as notas fiscais de aquisição das mercadorias e respectivas NCMs, sendo que as ditas mercadorias estão elencadas no Anexo 1 do RICMS, portanto, sujeitas ao regime de substituição tributária,

O lançamento do débito deste item foi impugnado com base na alegação de que a empresa no período fiscalizado recolheu valor infinitamente inferior ao ora exigido a título de substituição tributária. No seu entender, somente é vedado o crédito, se tiver ocorrido o pagamento do imposto por substituição tributária. Aponta como exemplo o exercício de 2015 onde a empresa recolheu apenas R\$ 626,23 a título de substituição tributária, enquanto está sendo exigido no Auto de Infração, para aquele exercício, o montante de R\$ 43.832,50.

Tal argumento não pode ser acatado pois tratando-se de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária é vedada a apropriação dos seus respectivos créditos em sua escrita fiscal, para compensação do imposto normal, já que a operação de saída subsequente se dá sem tributação, consoante o disposto no art. 29, § 4º, inciso II da Lei nº 7.914/96, como se pode verificar pela transcrição do citado dispositivo abaixo:

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

(...)

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

I - para integração ou consumo em processo de industrialização, produção rural, extração ou geração, quando a operação de que decorrer a saída do produto resultante não for legest_1996_7014_icmscomnotas.doc tributada ou estiver isenta do imposto, exceto em se tratando de saída para o exterior;

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

Ressalto que o imposto não recolhido a título de antecipação tributária foi exigido através da infração 08, e não tem qualquer repercussão nesta infração 03, pois o crédito que está sendo glosado é o destacado nos documentos fiscais.

Assim, o demonstrativo que deu sustentação à acusação foi disponibilizado ao autuado que poderia perfeitamente apontar objetivamente os itens que estariam incluídos indevidamente nos mencionados demonstrativos elaborados pela fiscalização, com as devidas justificativas e comprovações necessárias, o que não ocorreu, ao passo em que os papéis de trabalho comprovam que o contribuinte se creditou indevidamente de imposto destacados nas notas

fiscais, referentes a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme registrado em sua Escrituração Fiscal Digital - EFD.

Dessa forma, como o autuado não apontou qualquer equívoco porventura existente nos levantamentos elaborados pela autuante, a infração subsiste em sua totalidade.

A infração 05 acusa o contribuinte de ter recolhido a menos ICMS após a reconstituição do RAICMS.

O defendente não nega o cometimento da infração. Apenas solicita que os meses apresentados como pago a menor sejam absorvidos por meses cujo pagamentos foram superiores aos apurados através da compensação pela reconstituição do RAICMS e apresenta a seguinte proposta de reconstituição:

Janeiro de 2016: Valor exigido: R\$ 77,00 - Compensar na competência fevereiro 2016 que apresenta sobra de R\$ 2.649,95;

Abril de 2017: Valor exigido: R\$ 1.120,55 - Compensar na competência maio e parte de junho 2017 que apresenta sobra de R\$ de 1.051,72 e 7.550,30;

Julho de 2017: Valor exigido: R\$ 5.721,16 - Compensar na competência agosto de 2017 que apresenta sobra de R\$ 5.911,19;

Março de 2018: Valor exigido: R\$ 948,35 - Compensar na competência abril de 2018 que apresenta sobra de R\$ 6.132,26;

Maior de 2018: Valor exigido: R\$ 595,20 - Compensar na competência junho de 2018 que apresenta sobra de R\$ 9.371, 00.

O autuante, ao prestar a Informação Fiscal, informa que na auditoria já foram efetuadas as devidas compensações em relação ao recolhimento do imposto efetuado a mais, por ser o ICMS um imposto não cumulativo.

De fato, observo que por se tratar de refazimento da conta corrente fiscal, os pagamentos efetuados a mais do imposto devem ser considerados para a apuração do imposto devido, assim como procedeu o autuante, inclusive os apontados pelo defendente, de acordo com os demonstrativos de fls. 223 a 224, sendo descabida a pretensão defensiva. Infração subsistente.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298942.0001/20-4**, lavrado contra **COMERCIAL BRANDÃO DE FESTAS E UTILIDADES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 172.190,92**, acrescido da multa de 60%, prevista nos incisos VII, “a”, II “b”, “f” e “d” da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de maio de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR