

A. I. N° - 269511.0037/20-6
AUTUADO - SUPERMERCADO FAVORITO DO VALE SÃO FRANCISCO EIRELI
AUTUANTE - LUIS ANTÔNIO MENESES DE OLIVEIRA
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ VALE DO SÃO FRANCISCO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 28/07/2022

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0109-03/22

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO CRÉDITO FISCAL. O crédito fiscal deve ser escriturado nos livros fiscais próprios mediante documento fiscal idôneo que atenda a todas as exigências da legislação pertinente. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/12/2020, refere-se à exigência de R\$ 141.290,61 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 01.02.42: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de fevereiro a dezembro de 2019.

Em complemento, consta a informação de que o Contribuinte fez vários ajustes de crédito nos registros de apuração do ICMS ao longo de todo o ano de 2019. Intimado a detalhar e comprovar os lançamentos efetuados o Contribuinte não deu resposta à intimação. A Fiscalização conseguiu comprovar os lançamentos decorrentes dos valores pagos a título de antecipação parcial e de transferência de saldo credor de estabelecimento matriz, restando, contudo, sem comprovação os valores lançados em estorno de débitos por erro de alíquota e produtos isentos.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 10 a 17 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e pede que as intimações dos atos processuais pertinentes 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 o Autuado.

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

Diz ser pacífico o entendimento de que a atividade de auditoria não pode ter um viés pré-estabelecido, cabendo ao autuante o dever, na qualidade de aplicador da lei, observar todos os elementos envolvidos, tanto aqueles que podem levar à constituição de um crédito tributário, quanto os que podem beneficiar o contribuinte, evitando ou reduzindo o lançamento tributário. Ainda mais quando há a provocação do contribuinte, que é o caso.

Afirma ser incontroverso que o estabelecimento autuado apura o ICMS pelo regime normal, e partindo dessa premissa, é 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. Reproduz o artigo 155, § 2.º, I da Constituição Federal.

Menciona, ainda, a Lei Complementar 87/1996, transcrevendo o artigo 19, que também estabelece a observância desse princípio.

Alega que no presente caso, como já citado, está sujeito à apuração do ICMS pelo regime normal, portanto é evidente que qualquer exigência do ICMS, passa necessariamente pela recomposição da conta gráfica, e somente se esta conta corrente apresentar ICMS devedor é que deverá ser exigido o valor do imposto. Diz que esse é o entendimento do STJ. Cita o REsp. nº 1.250.218/ES.

Do relatório da citada decisão do STJ, apresenta 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”. Reproduz as conclusões do Ministro Relator no mencionado processo.

Alega que em todas as infrações objeto da autuação, apesar de o autuante, possuir todos os elementos necessários para a realização da recomposição da conta gráfica do ICMS, não havendo qualquer fato desconhecido, preferiu o Autuante, de maneira discricionária, exigir o ICMS sem a recomposição da conta gráfica. Entende que essa conduta não tem amparo em nossa legislação.

Diz que o autuante impôs a exigência de ICMS em decorrência da utilização de um suposto crédito de ICMS sem a apresentação do competente documento, todavia, na imputação o auditor na qualidade de aplicador da Lei, não cumpriu o seu dever, nem recompôs a conta corrente do ICMS. Destaca que conforme recibo e apuração de ICMS da EFD ICMS/IPI, em vários meses da autuação tinha saldo credor no conta-corrente do ICMS.

Alega que o Autuante, ao analisar a escrita fiscal, verificou apenas o suposto crédito de ICMS sem a apresentação de documentação competente, todavia deixou o autuante de verificar os itens que são isentos ou não tributados e que por equívoco, o contribuinte emitiu as notas fiscais com a incidência de ICMS.

Acrescenta que em violação ao princípio da não cumulatividade, o fiscal não recompôs a conta gráfica do ICMS após os ajustes da tributação dos itens, ressaltando que Autuante detinha todos os meios necessários para essa recomposição.

Para que não restem dúvidas, anexa planilha contendo a relação dos itens por NFC-e que foram faturados com incidência de ICMS, quando na verdade são isentos, tiveram o ICMS recolhido por substituição tributária, com redução de base de cálculo ou não incidência do imposto.

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

Caso esse não seja entendimento desse Órgão Julgador, que determine a realização de diligência para que o autuante ou terceiro alheio ao feito, apure todos os equívocos existentes na escrituração do autuado, em especial confirme o equívoco na determinação da incidência de ICMS nos itens apontados na planilha. Após, que seja recomposto a conta corrente do ICMS, e somente se essa conta apresentar saldo devedor, que seja exigido o imposto.

O autuante presta informação fiscal às fls. 660 a 663 dos autos. Diz que se trata de auto de infração para cobrança de imposto devido apurado na Infração 01: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

Quanto ao pedido de declaração de nulidade do auto de infração suscitado na peça de Defesa, afirma que é desprovido de fundamentação que o apoie, pois não apresenta qualquer situação capaz de motivar tal pretensão, conforme preceitua o art. 18 do RPAF-BA, Decreto 7.629/99.

Registra que a Defesa se baseia no dever do Fisco de íntegra regularização, na recomposição da conta gráfica do ICMS, e numa compensação com os supostos equívocos na tributação de itens comercializados pelo contribuinte.

Informa que a atividade exercida pelo Fisco nos trabalhos realizados no curso da fiscalização da empresa é plenamente vinculada, na medida em que foram observados todos os aspectos legais

para exigência dos valores apurados na infração cometida pelo Autuado. Não há previsão legal para a recomposição, nos termos pretendidos pelo Impugnante, porquanto não seja 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.

Lembra que é da competência e obrigação do contribuinte efetuar os lançamentos em seus livros e documentos fiscais. Cabia ao Impugnante, portanto, com base na documentação fiscal de cada período e de acordo com a legislação de regência, notadamente no art. 251 do RICMS/BA, Decreto 13.780/12 c/c a Cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/2009, 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.

Afirma que recompor a conta gráfica do ICMS na realidade importa em recompor, ou melhor, em retificar o livro fiscal Registro de Apuração do ICMS, livro este cuja escrituração baseia-se nos livros fiscais Registro de Entradas e Registro de Saídas e resume com fidelidade os valores das operações e prestações realizadas mensalmente pelo estabelecimento. No livro Registro de Apuração do ICMS é que são feitos os lançamentos para apuração da conta corrente fiscal e onde é observado o princípio da não-cumulatividade do imposto. Em observância a esse princípio da não-cumulatividade é que o saldo credor apurado num determinado período não fica estagnado neste período, ele é transportado para o período seguinte de apuração, ou seja, o saldo credor de um período entra na apuração da conta corrente do período seguinte, ele repercute na apuração do período seguinte, podendo repercutir também nos demais períodos posteriores.

Conclui que, “compensar” o crédito tributário constatado durante a ação fiscal, que é devido pelo contribuinte por infração à legislação do imposto, com o saldo credor de determinado período de apuração teria como consequência a alteração de um ou vários períodos subsequentes de apuração, que por sua vez demandaria retificações de livros fiscais (EFD) e recolhimentos de possíveis diferenças de imposto, o que também causaria uma revolução nos procedimentos fiscalizatórios, pois toda e qualquer infração constatada durante uma ação fiscalizatória estaria sujeita a compensações de saldos credores por ventura existentes na escrita do contribuinte.

Da mesma forma, como não há previsão legal para a recomposição da conta gráfica do ICMS nos termos desejados pelo Impugnante, também não tem amparo legal o outro argumento da Defesa de que teria o contribuinte emitido, por equívoco, notas fiscais com a incidência do ICMS de itens que são isentos ou não tributados, e que, por isso, segundo seu entendimento, seria obrigação do Fisco apurar todos os equívocos existentes em sua escrituração fiscal a fim de compensá-los com os créditos tributários apurados na fiscalização. Se o contribuinte realizou operações de vendas de mercadorias com a tributação equivocada do imposto que resultaram em recolhimentos a mais ou indevido do ICMS, deve solicitar a Restituição de Indébitos nos termos dos artigos 73 e 74 do RPAF/BA, Decreto 7.629/1999, pois durante a ação fiscalizatória não pode o Fiscal executante atuar de forma discricionária, fazendo compensações à mercê do contribuinte e à margem das normas legais.

Ressalta que no complemento descritivo da contestada infração, consta que o contribuinte fez vários ajustes de crédito nos registros de apuração do ICMS ao longo de todo o ano de 2019. Intimado a detalhar e comprovar os lançamentos efetuados nos registros de apuração do ICMS, o contribuinte só conseguiu comprovar os lançamentos decorrentes dos valores pagos a título de antecipação parcial e de transferência de saldo credor de estabelecimento matriz, restando, contudo, sem comprovação os valores lançados em estorno de débitos por erro de alíquota e produtos isentos.

Acrescenta que a realidade fática dos autos é que foram feitos lançamentos de créditos fiscais, a título de estorno de débitos, sem a apresentação dos competentes documentos comprobatórios do direito aos referidos créditos, em total desacordo com a legislação do imposto, notadamente aos artigos 307 e 308 do RICMS/BA, Decreto 13.780/12. A “planilha” anexada à peça da Defesa (na

verdade trata-se de relatório em PDF) é imprestável para demonstrar e comprovar os valores de débitos estornados pelo contribuinte em sua escrita fiscal.

Diante do exposto, afirma que a Defesa não conseguiu elidir a ação fiscal, na medida em que não foi negado o cometimento da infração, sendo infundadas e desprovidas de base legal todas as argumentações do Impugnante, motivo pelo qual pugna pela procedência total do auto de infração.

VOTO

O Defendente afirmou ser pacífico o entendimento de que a atividade de auditoria não pode ter um viés pré-estabelecido, cabendo ao autuante o dever, na qualidade de aplicador da lei, observar todos os elementos envolvidos, tanto aqueles que podem levar à constituição de um crédito tributário, quanto os que podem beneficiar o contribuinte, evitando ou reduzindo o lançamento tributário. Ainda mais quando há a provocação do contribuinte, que é o caso.

Observo que o Sistema de Fiscalização adotado pela SEFAZ/BA compreende normas de planejamento, execução, avaliação e controle de tributos estaduais. São executados roteiros de fiscalização, que são instrumentos pelos quais se definem todas as etapas dos serviços a serem executados pelos prepostos fiscais. Neste caso, pode ser efetuada verificação de livros, documentos, papéis e mercadorias.

Esses roteiros de fiscalização estabelecem metodologia e técnica de atuação fiscal, de modo que o desenvolvimento dos trabalhos fiscais esteja em conformidade com a legislação tributária, podendo a auditoria de fiscal ser realizada através de contagem física ou análise físico-documental ou digital, inclusive por meio de arquivos eletrônicos enviados à base de dados da SEFAZ, podendo ser aplicados os mencionados roteiros a qualquer estabelecimento.

Atualmente, utiliza-se a Escrituração Fiscal Digital – EFD que 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.

O presente Auto de Infração está embasado em demonstrativo denominado “DEMONSTRATIVO-CRÉD INDEV_AJUSTE CRÉD NA APURAÇÃO ICMS”, foi fornecido ao defendente, cópia do levantamento fiscal, não foi identificado qualquer prejuízo à Defesa, a infração apurada foi descrita de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante o levantamento acostado aos autos, que é de fácil entendimento quanto ao método de apuração do imposto exigido, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade deste lançamento, ficando rejeitada a preliminar de nulidade.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência fiscal, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, “a”, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência, em vista das provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

Quanto ao mérito, a Infração 01 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de fevereiro a dezembro de 2019.

Em complemento, consta a informação de que o Contribuinte fez vários ajustes de crédito nos registros de apuração do ICMS ao longo de todo o ano de 2019. Intimado a detalhar e comprovar

os lançamentos efetuados, o Contribuinte só conseguiu comprovar os lançamentos decorrentes dos valores pagos a título de antecipação parcial e de transferência de saldo credor de estabelecimento filial. Também não comprovou os valores lançados em estorno de débitos por erro de alíquota e tributação de produtos isentos, e o relato apresentado junto com a resposta à intimação não é capaz de demonstrar e nem comprovar os valores estornados.

Quanto ao direito e escrituração do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, o contribuinte deve observar o que preceitua a legislação tributária, inclusive os limites ou condições para utilização de créditos fiscais, constatando-se que, sendo a natureza do crédito fiscal meramente escritural, o seu lançamento na escrita já importa e enseja o início da sua utilização.

O Autuado afirmou ser incontroverso que o seu estabelecimento apura o ICMS pelo regime normal, e partindo dessa premissa, é 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

Apresentou o entendimento de que qualquer exigência do ICMS, passa necessariamente pela recomposição da conta gráfica, e somente se esta conta corrente apresentar ICMS devedor é que deverá ser exigido o valor do imposto. Apesar de o autuante, possuir todos os elementos necessários para a realização da recomposição da conta gráfica do ICMS, não havendo qualquer fato desconhecido, preferiu o Autuante, de maneira discricionária, exigir o ICMS sem a recomposição da conta gráfica.

Na informação fiscal, o Autuante afirmou que não há previsão legal para a recomposição, nos termos pretendidos pelo Impugnante, sendo da competência e obrigação do contribuinte efetuar os lançamentos em seus livros e documentos fiscais. Cabia ao Impugnante, com base na documentação fiscal de cada período e de acordo com a legislação de regência, notadamente no art. 251 do RICMS/BA, Decreto 13.780/12 c/c a Cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/2009, 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.

O Defendente também alegou que o Autuante, ao analisar a escrita fiscal, verificou apenas o crédito de ICMS sem a apresentação de documentação competente, todavia deixou o autuante, de verificar os itens que são isentos ou não tributados, e por equívoco emitiu as notas fiscais com a incidência de ICMS (o que justifica o lançamento na escrita fiscal do crédito ou estorno do débito).

Quanto à utilização de créditos fiscais decorrentes de estornos de débitos, esse direito encontra amparo no art. 309, inciso IX do RICMS/BA/2012, abaixo reproduzido.

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:

IX - o valor dos estornos de débitos, inclusive no caso de imposto pago indevidamente em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais ou no preparo do documento de arrecadação, mediante escrituração, no período de sua constatação, pelo valor nominal, no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos” do Registro de Apuração do ICMS, mencionando-se a origem do erro;

Vale acrescentar que em relação ao estorno ou anulação de débito, a legislação prevê que escrituração fiscal deve ser efetuada mediante a emissão de documento fiscal, cuja natureza da operação será “Estorno de Débito”, consignando-se o respectivo valor no Registro de Apuração do ICMS, no último dia do mês, no quadro “Crédito do Imposto - Estornos de Débitos” (art. 308 do RICMS-BA/2012). Neste caso, o documento fiscal emitido deve fazer referência à Nota Fiscal cujo imposto foi calculado equivocadamente e que implicou recolhimento indevido.

Para comprovar suas alegações, o Defendente juntou aos autos planilha contendo a relação dos itens por NFC-e afirmando que foram faturados com incidência de ICMS, quando na verdade são

isentos, tiveram o ICMS recolhido por substituição tributária, com redução de base de cálculo ou não incidência do imposto, o que entende justificar os créditos ou estornos de débito.

Entretanto, tais elementos são insuficientes, por isso, considero que o Autuado não comprovou os créditos utilizados, por meio dos documentos fiscais próprios, não podendo ser acatada a alegação defensiva.

Não se trata de simples descumprimento de obrigação acessória, haja vista que, em se tratando de fruição ou reconhecimento de crédito fiscal que depende de documentação fiscal prevista em Regulamento, não sendo esta apresentada, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a escrituração sem comprovação documental.

Por outro lado, não há previsão legal para compensação no Processo Administrativo Fiscal entre os valores apurados no levantamento fiscal, decorrentes créditos considerados indevidos e os estornos pretendidos pelo Autuado. Pela falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar, são devidos os acréscimos tributários, o que não seria pago pelo defendente se fosse aceita a alegação de que não houve prejuízo para o Estado, inexistindo previsão legal para que, nesta situação, sejam cobrados apenas os acréscimos moratórios e/ou multa.

No caso em exame, o contribuinte poderá requerer a escrituração extemporânea dos créditos fiscais e sua utilização, após a necessária comprovação, observando os procedimentos estabelecidos no art. 315 do RICMS/-BA2012.

Concluo pela subsistência da autuação, considerando que a escrituração do crédito fiscal deve ser efetuada nos livros fiscais próprios mediante documento fiscal idôneo que atenda a todas as exigências da legislação pertinente, o que não se observou no presente caso.

O Autuado pede que as intimações dos atos processuais pertinentes sejam efetuadas única e exclusivamente na pessoa do advogado Dr. Emanuel Silva Antunes (OAB/PE nº 35126). Não há impedimento para que tal providência seja tomada, a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do RPAF-BA/99, e o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face 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 **269511.0037/20-6**, lavrado contra **SUPERMERCADO FAVORITO DO VALE SÃO FRANCISCO EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 141.290,61**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2022

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA