

A. I. Nº - 300766.0004/20-1
AUTUADO - KENIO SUPERMERCADO LTDA.
AUTUANTES - LUCIMAR RODRIGUES MOTA e JOSÉ NELSON DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ NORDESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 06/08/2021

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0105-01/21-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. SAÍDAS SUBSEQUENTES EFETUADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Autuado apenas alegou que o demonstrativo que fundamenta a autuação contém notas fiscais cuja origem é de Estados constantes do Anexo 1 do Decreto nº. 14.213/12, bem como “notas fiscais tributadas e não isentas”, contudo, não mencionou ou identificou uma nota fiscal sequer, entre as diversas arroladas na autuação, que confirmasse o alegado. Excluídos os valores exigidos alcançados pela decadência do direito de constituição do crédito tributário pela Fazenda Pública, na forma do § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional – CTN. Infração parcialmente subsistente. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2020, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$169.216,78, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto.*

Período de ocorrência: abril a dezembro de 2015, janeiro, março a junho, agosto a dezembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls.21 a 38). Inicialmente, requer que todas as intimações atinentes ao presente processo sejam dirigidas exclusivamente aos patronos do autuado no endereço constante do rodapé da petição, em razão da celeridade processual. Reporta-se sobre os fatos que ensejaram a autuação. Alega que o autuante incorreu em equívoco na imputação, pois o demonstrativo que ele elaborou contém notas fiscais cuja origem é de Estados constantes do Anexo 1 do Decreto nº. 14.213/12, bem como “notas fiscais tributadas e não isentas”.

Alega, ainda, que a Escrituração Fiscal Digital – EFD só passou a ser obrigatória para a empresa a partir de 01/09/2015, portanto, no período de abril a agosto de 2015, a exigência fiscal baseada em referida escrituração não observa o devido processo legal.

Argui em caráter preliminar a nulidade do Auto de Infração por falta de certeza e liquidez da acusação fiscal.

Afirma que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), estabelece formalidades que devem ser seguidas tanto pela Administração tributária quanto pelo sujeito passivo para que o processo siga o rito normal com julgamento de mérito da lide aberta pelo autuado.

Ressalta que o ônus da prova incumbe ao Fisco, haja vista que a este cabe comprovar o cometimento da infração mediante provas necessárias à demonstração do fato alegado, devendo

este estar acompanhado de demonstrativos e/ou levantamentos congruentes.

Reitera que o demonstrativo que fundamenta a autuação contém notas fiscais cuja origem é de Estados constantes do Anexo 1 do Decreto nº. 14.213/12, bem como “notas fiscais tributadas e não isentas” e que Escrituração Fiscal Digital – EFD só passou a ser obrigatória para a empresa a partir de 01/09/2015, portanto, no período de abril a agosto de 2015, a exigência fiscal baseada em referida escrituração não observa o devido processo legal.

Assevera que a autuação se afigura repleta de vícios que a macula e fragiliza, haja vista a dificuldade de se conhecer a verdade real. Diz que assim sendo, incorreções e carências verificadas nos autos, impossibilitam determinar a natureza da acusação e o montante do débito, resultando na formação de um lançamento de ofício pouco claro e inseguro quanto à presunção de legitimidade do crédito tributário.

Diz que tais incongruências, além dos equívocos apontados, trazem, em seu bojo, insegurança, sendo flagrante a nulidade que se enquadra na hipótese prevista no art. 18, incisos II e IV do RPAF/BA/99, que preconiza serem nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa. Reproduz o referido dispositivo regulamentar processual. No mesmo sentido, invoca e reproduz ementas dos Acórdãos JJF Nº 0007/01/18, JJF Nº 0141-02/18, JJF Nº. 0143-03/18, JJF Nº. 0060-04/18.

Sustenta que desse modo, o lançamento de ofício em questão deve ser declarado nulo.

Conclusivamente, diz que caso assim não se entenda, o que admite apenas a título de argumentação, pugna pela improcedência do Auto de Infração, pelas razões que apresenta.

Alega inobservância pela Fiscalização que a partir de janeiro de 2018 o Decreto nº. 18.219/2017 revogou o Decreto nº. 14.213/12, “que considerava que a antecipação parcial deve ser calculada com base no valor dos produtos que compõem uma nota fiscal, incluindo suas adições ou deduções, aplicando a diferença de alíquota interna da Bahia vezes a base de cálculo sobre a alíquota interestadual”.

Afirma que os valores constantes da autuação, decorrentes do Decreto nº. 14.213/2012, em razão do previsto no Convênio ICMS 190/2017, não devem ser exigidos, já que foram remidos e anistiados os créditos tributários constituídos ou não, decorrentes do referido Decreto.

Salienta que no presente caso, verifica-se que os valores constantes na autuação, decorrentes do Decreto nº. 14.213/2012, em consonância com o previsto no Convênio ICMS 190/2017, conforme comprovam as notas fiscais ilustrativas anexadas não devem ser exigidos, haja vista que foram remidos e anistiados os créditos tributários, decorrentes do mencionado Decreto, razão pela qual se conclui pela insubsistência da autuação. Neste sentido, invoca e reproduz ementas de decisões proferidas pelo CONSEF. No mesmo sentido, salienta que o Poder Judiciário da Bahia e o Superior Tribunal de Justiça, assim já decidiram.

Ressalta que a exigência fiscal referente ao período de abril a agosto de 2015, baseada na EFD, não observou o devido processo legal, haja vista que a empresa não estava obrigada a proceder a respectiva escrituração fiscal digital, conforme prescrito no art. 248 do RICMS/BA, vigente à época dos fatos, cuja redação transcreve. Neste sentido, invoca e reproduz lição de Paulo de Barros Carvalho e Suzy Gomes Hoffmann. Reitera que é nulo o Auto de Infração que não traga a prova que fundamente a imputação. Invoca e reproduz ensinamento de Clélio Berti, assim como decisões do CONSEF.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, a sua improcedência.

A Informação Fiscal foi prestada por um dos autuantes (fls. 50/51). Observa o preposto fiscal que o impugnante apenas comenta que o demonstrativo contém notas fiscais tributadas e não isentas, porém, não aponta especificamente o número da nota fiscal, a mercadoria ou erros de cálculos do referido demonstrativo.

Contesta a alegação defensiva quanto à obrigatoriedade da Escrituração Fiscal Digital – EFD, afirmando que o art. 248 do RICMS/12, Decreto nº. 13.780/12, estabeleceu que a partir de 01/01/2014, somente os microempreendedores individuais e os optantes pelo Simples Nacional não estavam obrigados a esse tipo de escrituração.

Frisa que o impugnante menciona Acórdãos sem qualquer correlação com a presente autuação, motivo pelo qual entende desnecessário tecer comentário.

Afirma que o levantamento fiscal diz respeito, exclusivamente, a mercadorias beneficiadas com isenção do imposto, em conformidade com o enquadramento da legislação do Estado da Bahia.

Salienta que o autuado não impugna especificamente a acusação fiscal, mas apenas diz que as notas fiscais se referem a mercadorias tributadas e não isentas, contudo, sem nomear a mercadoria ou nota fiscal ou erros verídicos nos demonstrativos que fundamentam a autuação.

Contesta a alegação defensiva atinente à nulidade do Auto de Infração dizendo que não houve desobediência ao que preceitua o art. 18 do RPAF e que o lançamento possui elementos suficientes para se determinar com segurança, a natureza da infração, o infrator e o montante do débito.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência do Auto de Infração.

Presente na sessão de julgamento a ilustre patrona do autuado a advogada Dr^a Maria Manuela de Souza Sena Santos OAB/BA Nº 62.379.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS decorrente de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto.

O impugnante argui em caráter preliminar a nulidade do Auto de Infração por falta de certeza e liquidez da acusação fiscal.

O exame dos elementos que compõem o presente processo permite constatar que não há como prosperar a pretensão defensiva.

Isso porque, diversamente do alegado pelo impugnante, verifica-se que o lançamento de ofício em questão encontra-se revestidos de todos os requisitos exigidos pelo Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, incorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do referido diploma regulamentar processual, capaz de inquinar de nulidade o ato de lançamento.

A Fiscalização trouxe as provas necessárias e suficientes atinentes a imputação do cometimento da infração pelo autuado, conforme documentos e demonstrativos que fundamentam a autuação acostados aos autos.

A alegação defensiva de que o demonstrativo que fundamenta a autuação contém notas fiscais cuja origem é de Estados constantes do Anexo 1 do Decreto nº. 14.213/12, bem como “notas fiscais tributadas e não isentas” e que Escrituração Fiscal Digital – EFD só passou a ser obrigatória para a empresa a partir de 01/09/2015, portanto, no período de abril a agosto de 2015, a exigência fiscal baseada em referida escrituração não observa o devido processo legal, não procede.

Na realidade, a alegação de existência de notas fiscais que não deveriam constar do levantamento fiscal não se apresenta como determinante de nulidade do lançamento, mas, sim, se fosse o caso, de improcedência, portanto, matéria de mérito da autuação.

Inexiste a nulidade arguida. Não houve qualquer ofensa ao devido processo legal, assim como insegurança no lançamento de ofício em questão.

Diante do exposto, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de quaisquer das

hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto n. 7.629/99, capaz de inquinar de nulidade o Auto de Infração.

Apesar de na peça defensiva não ter sido arguida a ocorrência da decadência, na sessão de julgamento a ilustre patrona do autuado ao exercer o direito de sustentação oral das suas razões arguiu que o crédito tributário atinente aos meses de abril e maio de 2015 já houvera decaído.

De fato, considerando que a acusação fiscal é de que o autuado utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, a contagem do prazo decadencial se dá a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, haja vista que neste caso o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas, em face à utilização indevida de crédito fiscal. Neste sentido, a Procuradoria Geral do Estado da Bahia/Procuradoria Fiscal, promoveu a uniformização de sua orientação jurídica sobre esse tema, nos termos do Incidente de Uniformização nº. PGE 2016.194710-0.

No presente caso, assiste razão a impugnante. Efetivamente, ocorreu a decadência do direito de a Fazenda Pública de constituir o crédito tributário referente aos meses de abril e maio de 2015, considerando que a contagem do prazo decadencial de 5 (cinco) anos se inicia a partir da ocorrência do fato gerador.

Entretanto, constato que ocorreu também a decadência referente ao mês de junho de 2015, haja vista que o Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2020, contudo, a ciência do Contribuinte se deu apenas em 08/07/2020, conforme assinatura constante no Termo de Recebimento de Documentos acostado à fl. 17 dos autos.

Diante disso, cabe a exclusão dos valores constantes no Demonstrativo de Débito do Auto de Infração referentes aos meses de abril, maio e junho de 2015, respectivamente, R\$52,79, R\$288,73 e R\$107,53, totalizando o valor a ser excluído R\$449,05, em face à ocorrência da decadência.

No mérito, constato que assiste razão ao autuante quando afirma que o autuado apenas comenta que o demonstrativo contém notas fiscais tributadas e não isentas, porém, não aponta especificamente o número da nota fiscal, a mercadoria ou erros de cálculos do referido demonstrativo.

De fato, verifica-se que o impugnante não mencionou uma nota fiscal sequer que pudesse permitir se procedia a sua alegação, apenas alegou que o demonstrativo que fundamenta a autuação contém notas fiscais cuja origem é de Estados constantes do Anexo 1 do Decreto nº. 14.213/12, bem como “notas fiscais tributadas e não isentas”.

Também alegou que a Escrituração Fiscal Digital – EFD só passou a ser obrigatória para a empresa a partir de 01/09/2015, portanto, no período de abril a agosto de 2015, a exigência fiscal baseada em referida escrituração não observa o devido processo legal.

Do mesmo modo, vejo que assiste razão ao autuante quando diz que o autuado estava obrigado a Escrituração Fiscal Digital – EFD, a partir de 01/01/2014, consoante o art. 248 do RICMS/12, Decreto nº. 13.780/12, sendo que somente os microempreendedores individuais e os optantes pelo Simples Nacional não estavam obrigados a escrituração fiscal digital.

Verdadeiramente, o impugnante apenas alegou que as notas fiscais se referem a mercadorias tributadas e não isentas, contudo, não identifica a mercadoria ou nota fiscal ou equívocos porventura existentes nos demonstrativos que fundamentam a autuação.

Diante do exposto, com a exclusão dos valores constantes no Demonstrativo de Débito do Auto de Infração referentes aos meses de abril, maio e junho de 2015, respectivamente, R\$52,79, R\$288,73 e R\$107,53, totalizando o valor a ser excluído R\$449,05, em face à ocorrência da decadência, a infração é parcialmente procedente no valor de ICMS devido de R\$168.767,73.

Cabe registrar que na sessão de julgamento a ilustre patrona do autuado aduziu que foram

encaminhadas notas fiscais no intuito de comprovar o alegado, porém, em nenhum momento identificou ou mencionou na sustentação oral uma nota fiscal sequer, entre as arroladas na autuação, que permitisse comprovar a alegação defensiva.

No que tange à solicitação do impugnante no sentido de que, todas as intimações atinentes ao presente processo sejam dirigidas exclusivamente aos patronos do autuado no endereço constante do rodapé da petição, consigno que inexistente óbice para que o órgão competente da repartição fazendária atenda a solicitação, contudo, o não atendimento não implica nulidade do ato, haja vista que as formas de intimação ao Contribuinte são aquelas previstas no art. 108 do RPAF/BA/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de ICMS devido de R\$168.767,73.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **300766.0004/20-1**, lavrado contra **KENIO SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$168.767,73**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de junho de 2021

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR