

A. I. Nº - 269198.0004/21-0
AUTUADO - LAGOA NOVA HORTICULTURA E TRANSPORTES EIRELI
AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS RISÉRIO
ORIGEM - INFAZ CHAPADA DIAMANTINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/11/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0181-04/21-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. Os créditos fiscais escriturados na conta corrente fiscal deveriam de ter sido estornados pelo contribuinte, entretanto, tal ocorrência não resultou em descumprimento de obrigação principal, a exigência do imposto foi afastada, com base no inciso VII, “a” do Art. 42 da Lei nº 7.014/96, mantida, entretanto, a multa de 60% prevista pelo inciso VII, alínea “a” do mesmo dispositivo legal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No presente Auto de Infração, lavrado em 17/03/2021, no valor de R\$48.889,03, consta a seguinte acusação: *“Utilização indevida de crédito fiscal, que não repercutiu em falta de recolhimento do ICMS, devendo a empresa Estornar os referidos créditos”*.

A título de complemento consta a seguinte informação: *“Refere-se a créditos oriundos de aquisições de insumos, embalagens e materiais de uso/consumo/ativo. Tais créditos são devidos, uma vez que as saídas do contribuinte são referentes aos insumos agropecuários relacionados no Conv. ICMS 100/97, conforme demonstrativos anexos”*.

O autuado ingressou com a Impugnação ao lançamento, fls. 17 a 24, onde, inicialmente requer, com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos Patronos da Autuada e endereçadas a estes no endereço constante do rodapé da presente petição, em razão da celeridade processual.

Em seguida transcreve o teor da acusação e assevera que o preposto fiscal entendeu equivocadamente, ao lavrar o referido Auto de Infração, que teria havido a utilização indevida dos créditos fiscais relacionados. Todavia, a verdade real dos fatos evidencia que houve apenas a mera escrituração dos referidos créditos fiscais, por erro, não tendo ocorrido a efetiva utilização. Ou seja, não há, no caso em tela, a subsunção do fato concreto ao que está tipificado no enquadramento legal constante do corpo do auto de infração em comento.

Entende que salta aos olhos a ilegalidade do lançamento ora combatido, já que em tal situação, o crédito fiscal apenas escriturado - mas não utilizado -, deve ser apenas estornado da própria escrituração (retificação) conforme se depreende do entendimento firmado pelo próprio órgão administrativo julgador da Secretaria da Fazenda da Bahia (CONSEF/SEFAZ), bem como nas previsões das normas que disciplinam o tema, conforme se evidencia nas argumentações das razões de direito desta Inicial.

Frisa que o referido equívoco cometido pelo preposto fiscal do Estado da Bahia - tamanha notoriedade - já poderia ter sido reconhecido pela própria autoridade fiscal, uma vez que, a autuada não possui débito de ICMS a ser compensado com créditos de ICMS, tudo porque comercializa somente com produtos isentos de ICMS, vale dizer, com hortifruti granjeiros.

Assevera que caso este Órgão Julgador não decida pela nulidade da ação fiscal, certamente a julgará improcedente, consoante às razões de fato e de direito que passará a expor.

Aduz que o Auto de Infração que originou o débito fiscal em comento imputa ao sujeito passivo a conduta de “*utilização indevida de crédito fiscal, que não repercutiu em falta de recolhimento do ICMS*”, devendo a empresa estornar os referidos créditos. Entretanto, a correta tipificação da infração e consequente imposição de multa deve necessariamente perpassar, também, pela análise se ocorreu a efetiva utilização (ou não) dos créditos fiscais a que faz menção o agente fiscalizador.

Relata que a situação revela *incontinenti* que o contribuinte não utilizou os referidos créditos fiscais, até porque não teria débitos para compensá-los, tendo ocorrido apenas a MERA ESCRITURAÇÃO deles. Em tal ocorrência, o crédito fiscal escriturado, mas não utilizado, deve ser apenas estornado, consoante entendimento trilhado pelo voto divergente do Conselheiro Nelson Daiha Filho, no Acórdão da Câmara Superior nº 0039-21/09, cujo teor transcreve.

Lembra que no direito tributário, lida-se com tipos tributários fechados e cerrados, delimitando todos os elementos essenciais de sua definição legal. Portanto, uma situação é escrituração indevida de crédito fiscal, e outra, bem diferente, é a utilização indevida (efetiva) deste crédito pelo Contribuinte, reduzindo o imposto que seria devido ao Estado.

Neste espeque, inexistindo repercussão econômica negativa à Fazenda Pública, tampouco utilização do crédito fiscal, não há que se falar em aplicação do artigo 42, VII, “a” da Lei 7.014/96 como exigido pelo Autuante.

Desse modo, se dá escrituração indevida não resultou em saldo credor durante o período fiscalizado, deveria: a) ser intimado o contribuinte para promover o estorno do crédito fiscal escriturado indevidamente; b) uma vez intimado e não tendo sido atendido o estorno correlato, deveria ser aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória, nos termos do § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Logo, em apreço ao caso concreto que aqui se debruça, a interpretação que se dá ao disposto no art. 42, VII da Lei nº 7.014/96 é que, caso o contribuinte escreiture indevidamente créditos fiscais, a simples escrituração não caracteriza utilização indevida do crédito, devendo ser perquirido se este procedimento implicou em falta de pagamento do imposto (obrigação principal) e se houve UTILIZAÇÃO indevida dos referidos créditos – o que não houve, como pontuou o próprio autuante, narrando tal assertiva na capa do Processo Administrativo Fiscal.

Interpreta que no caso em comento, o autuante deveria ter notificado a autuada para que efetuasse o “estorno do crédito” e, caso constatado a sua insubordinação, aí sim, penalizá-lo. Nesse sentido, não se vislumbra no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 nenhum enquadramento específico para a conduta real que foi praticada pelo Autor: escrituração indevida de crédito fiscal. Assim, o Auto de Infração em apreço não deveria jamais ter seu enquadramento legal apontado ao artigo 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, mas sim para a multa prevista no artigo 42, XVIII, “b”, da mesma lei, no valor de R\$140,00.

Destarte, na situação presente, resta incontroverso que não houve utilização do crédito fiscal no período fiscalizado, não ficando caracterizada a acusação de utilização indevida de crédito fiscal, portanto, inexistente adequação do enquadramento e tipificação legal os quais o Auto de Infração se embasou, eis que caracterizado apenas a multa por descumprimento de obrigação acessória prevista no art. 42, XVIII, “b”, da Lei nº 7.014/96.

Evidencia-se, assim, que a simples escrituração de créditos, *per si*, não pode ser considerada infração à obrigação principal, porque “*escrituração*” e “*utilização*” do crédito fiscal têm natureza jurídica diversa, e surgem também em momentos diversos, razão pela qual, em relação ao primeiro, somente poderá haver a aplicação do quanto previsto no artigo 42, XVIII, *b*, da lei 7.014/96, cabendo, no máximo, a multa fixa de R\$140,00.

Diz que o próprio órgão administrativo da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia – CONSEF -, no seu entender, retificou tal entendimento em diversas decisões, cujas Ementas copiou.

Finaliza solicitando a Nulidade do Auto de Infração, e se assim não entender, por precaução,

subsidiariamente, que decida pela sua IMPROCEDÊNCIA e, reitera, com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas aos Patronos da causa.

O autuante apresentou Informação Fiscal fl. 43, e após transcrever o teor da acusação diz que nas razões de defesa de fls. 18 a 21, a autuada alega que houve apenas mera escrituração dos referidos créditos fiscais e que não os utilizou.

Passa a se posicionar afirmando que a defesa: *“limita-se a contestar a autuação, que está devidamente prevista nas normas legais. Caso houvesse também a utilização do crédito fiscal escriturado, a infração seria outra, acrescida do imposto que teria repercutido. O legislador, ao prever tal infração, sabia que a escrituração indevida de créditos poderia se tornar concreta caso não houvesse contestação no período decadencial. Dessa forma, o contribuinte deverá também estornar esses créditos”*.

Finaliza mantendo inteiramente o Auto de Infração.

VOTO

A acusação objeto do presente lançamento está assim descrita: *“Utilização indevida de crédito fiscal, que não repercutiu em falta de recolhimento do ICMS, devendo a empresa Estornar os referidos créditos”*.

A título de complemento, consta a seguinte informação: *“Refere-se a créditos oriundos de aquisições de insumos, embalagens e materiais de uso/consumo/ativo. Tais créditos são indevidos, uma vez que as saídas do contribuinte são referentes aos insumos agropecuários relacionados no Conv. ICMS 100/97, conforme demonstrativos anexos”*.

Não acolho os argumentos defensivos relacionados ao pedido de nulidade do Auto de Infração, visto que as acusações estão postas de maneira clara, sendo possível identificar os fatos que ensejaram a autuação, sendo que a infração, o sujeito passivo; a base de cálculo; a alíquota aplicada; o montante do débito e o enquadramento legal da infração e respectiva penalidade, foram feitos em conformidade com as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Ademais, constato que a infração se encontra devidamente demonstrada, de forma analítica, de acordo a planilha de fls. 06 a 12, contendo analiticamente por cada mês, número do documento fiscal e respectiva chave de acesso, descrição do produto, valor do imposto creditado indevidamente, e todas as informações necessárias para a demonstração da infração, sendo que a mesma fora entregue ao autuado.

Quanto ao argumento de que a simples escrituração de créditos, *per si*, não pode ser considerada infração à obrigação principal, porque “escrituração” e “utilização” do crédito fiscal têm natureza jurídica diversa, e surgem também em momentos diversos, razão pela qual, em seu entendimento só poderia haver a aplicação da multa fixa de R\$140,00, prevista no artigo 42, XVIII, *b* da lei 7.014/96, observo que se trata de questão de mérito, e passo a me pronunciar a respeito.

Inicialmente, de acordo com informações contidas no documento de fl. 05, a empresa autuada tem como CNAE PRINCIPAL o código 121101 - Horticultura, exceto morango, sendo que de acordo com informações do autuante, as suas saídas são alcançadas pelo benefício de redução da base de cálculo ou isenção, prevista no Convênio ICMS 100/97.

Como dito anteriormente, para embasar a presente acusação foi elaborado o demonstrativo de fls. 06 a 12, onde se verifica que os produtos adquiridos, em sua grande maioria, tratam-se de insumos, material de embalagem, além de itens alheios à atividade da empresa, a exemplo de refrigerantes, leite, bombons, detergente líquido, chocolates, shampoo, creme de leite, creme dental, vinho, whisky, etc.

Portanto, tais créditos, comprovadamente são indevidos, porém, não resultou em descumprimento de obrigação principal, como descrito na própria infração, que diz respeito à *“Utilização indevida de crédito fiscal, que não repercutiu em falta de recolhimento do ICMS,*

devendo a empresa Estornar os referidos créditos”.

Assim, a situação sob análise se amolda perfeitamente ao disposto no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, cujo teor reproduzo:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

VII - 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno:

a) quando da utilização indevida de crédito fiscal;”

Ressalto, entretanto, que caberá ao autuado promover o competente estorno do crédito.

Quanto ao pedido do representante legal da empresa, de que cópias das notificações referentes à presente lide lhe sejam encaminhadas, entendo que nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade da intimação, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte, estão disciplinadas no art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99.

Isto posto, e considerando que os argumentos trazidos pelo autuado através da sua peça defensiva são insuficientes para afastar a exigência tributária, voto pela PROCEDÊNCIA do presente 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 **269198.0004/21-0**, lavrado contra **LAGOA NOVA HORTICULTURA E TRANSPORTES EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento da penalidade pecuniária no valor de **R\$48.889,03**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de setembro de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR