

A. I. Nº - 269130.0027/19-5
AUTUADO - C N FARIA
AUTUANTE - MIRIAM BARROSO BARTHOLO
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ DO OESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 28/12/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0201-03/21-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. É vedada a utilização de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal. O autuado não apresenta provas que se contraponha a acusação fiscal. Infração caracterizada. Não acatada a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/09/2019, exige crédito tributário no valor de R\$449.844,72, acrescido da multa de 60%, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01. 01.02.40 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, em valor superior ao destacado no documento fiscal, nos meses de novembro e dezembro de 2017 e março de 2018.

O autuado impugna o lançamento fls.18/27. Resume os fatos autuados. Registra que a defesa é tempestiva. Afirma que, vem diante da lavratura do Auto de Infração em epígrafe, por meio de seus procuradores signatários, apresentar Impugnação, pelas razões expostas a seguir.

Preliminarmente, com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, requer que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente ao advogado Juvenal Sérgio Oliveira – OAB/BA 44.711, no endereço constante do rodapé da sua petição, sob pena de nulidade, tudo por ser de direito e da mais lúdima justiça.

Observa que, em que pese o denodo da autuante, sua ação fiscal não merece prosperar: 1º) uma vez que baseia sua ação fiscal na EFD, e, no entanto, a autuada não foi intimada para corrigir as inconsistências de sua escrituração fiscal digital, como determina o artigo 247, § 4º do RICMS/BA (vigente a época da ocorrência); 2º) porque tal imputação de infração deixou de observar que a partir de janeiro de 2018 o Decreto nº 18.219/2017 revogou o Decreto nº 14.413/12, que vedava a utilização de créditos de ICMS, conforme consta do § 2º do artigo 1º do Decreto revogado. Tudo porque a autuada adquiriu suas mercadorias dos atacadistas relacionados no anexo único do Decreto revogado e obedeceu ao regramento nele constante, como se pode observar nas notas fiscais em anexo (Doc.03).

Diz que foram muitos os equívocos ocorridos na ação fiscal *sub examine*, uns decorrentes de matéria de fato, outros de direito, culminando na lavratura do auto de infração em tela, razão pela qual este Órgão Julgador se não decidir pela nulidade da ação fiscal, certamente a julgará improcedente, consoante às razões de fato e de direito que passa a expor.

Aduz que a Constituição Brasileira e as leis infraconstitucionais fundamentais que lhe seguem atribuem encargos deveres ou funções para os órgãos da administração pública que devem se desincumbir deles com a maior presteza possível. O administrador fiscal, como todos os administradores públicos, tem o seu campo de ação perfeitamente delimitado pela lei, não podendo agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador, porquanto sua função própria é a de aplicador das leis, é a de fazer as pessoas cumprirem as leis.

Afirma que a atuação do órgão fiscal na cobrança dos tributos a seu encargo, portanto, não se envolve qualquer interesse próprio das autoridades fiscais, nem é o exercício de um direito subjetivo do órgão

fiscal, que, também, não é parte credora de uma relação jurídica. A função fiscal, exercícios do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento, está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal. É por isso, que o caso “*sub examine*”, devido aos vícios que possuem levará fatalmente a decretação da sua nulidade.

Insiste que a autuante, lavrou o auto de infração em apreço, sem intimar o Contribuinte para retificar a escrituração fiscal digital – EFD e sem observar o prazo legal de 30 dias para entrega ou retificação da EFD, conforme preceitua o artigo 247, § 4º do RICMS/BA (vigente a época da ocorrência).

Portanto, sustenta que quando a autuante não concede prazo correto para entrega ou retificação da EFD, deixa de observar o devido processo legal incorrendo em nulidade. Neste tocante, não se encontra no processo administrativo em comento, qualquer intimação com prazo de 30 dias para envio ou para retificação de sua escrituração fiscal digital - EFD apresentada com inconsistências.

Constata que não foi observada, no procedimento fiscal realizado, a regra estabelecida no dispositivo da legislação tributária, relativamente à concessão do prazo de trinta dias para correção dos arquivos magnéticos, bem como não foi fornecida listagem diagnóstico indicativa das irregularidades.

Afirma que, assim, como a eminente autuante não observou os requisitos previstos na legislação pertinente, ou seja, não concedeu a autuada o prazo legal para que fossem retificados a EFD, é absolutamente nula a referida infração por inobservância do devido processo legal, nos termos do art. 18, II, do RPAF estadual.

Diante do exposto, diz ser nula a exigência fiscal decorrente da falta de intimação, tendo sido efetuado o lançamento em desacordo com as normas que regem a matéria. Assim, tal falha é insanável, haja vista que não se trata de incorreção eventual, devido ao equívoco no procedimento fiscal, o que comprometeu a sua eficácia, implicando nulidade da autuação.

Ipsa facto, argui como prejudiciais de validade e eficácia da peça básica do processo administrativo fiscal instaurado, requerendo, por isso mesmo, com amparo no princípio do contraditório pleno e amplo, assegurado pela Magna Carta (art. 5º, LV, CF/88), que as prejudiciais sejam apreciadas e decididas, com fundamentação própria e específica (CF/88, art. 93, IX, e inteligência do art. 5º, II, 37 “caput, Hely Lopes Meireles, direito administrativo brasileiro, 15º ed. RT. SP, 1990 ff. 78/79).

Entretanto, se assim não entender esse Órgão Julgador, o que admite por admitir, no mérito julgue improcedente a infração em comento, consoante as razões que passa a expor. Informa que o Decreto nº 14.213/12, dispõe sobre a vedação da utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias referidas no Anexo Único deste Decreto, contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo, nos termos da Lei Complementar Federal nº 24/1975. O crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias somente foi admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme estabelecido no Anexo Único deste Decreto.

Frisa que foi celebrado o Convênio ICMS 190/2017, estabelecendo os procedimentos e prazos que as unidades Federadas deveriam observar para remissão dos créditos tributários decorrentes do uso de isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiros-fiscais instituídos. Em consonância com a materialização pelas unidades federadas da celebração do referido Convênio, o Estado da Bahia, por meio do Decreto 18.219, de 26/01/2018, publicado no DOE de 27/01/2018, revogou o Decreto nº 14.213/2012, visando a não exigência fiscal sobre as isenções relacionadas em seu Anexo Único, em alinhamento com a convalidação dos atos instituídos por todas as unidades federadas, nos termos da Lei Complementar nº 160/2017, e do Convênio ICMS190/2017.

Salienta, que o Convênio ICMS 190/2017, dispõe, nos termos autorizados na Lei Complementar nº 160/2017, sobre a remissão de créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal, bem como sobre as correspondentes reinstituições.

De acordo com a Cláusula oitava, do referido Convênio ICMS 190/2017 foram remidos e anistiados os créditos tributários do ICMS, constituídos ou não, decorrentes dos benefícios fiscais instituídos, por legislação estadual ou distrital publicada até 8 de agosto de 2017, em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal.

Sustenta que no caso em apreço, o que se vê é que os valores constantes no presente lançamento, decorrentes do Decreto 12.413/2012, em consonância com o previsto no Convênio ICMS 190/2017, não devem ser exigidos, já que foram remidos e anistiados os créditos tributários constituídos, decorrentes do mencionado Decreto, razão porque deve-se concluir pela insubsistência da autuação fiscal.

Sobre o tema cita decisões do CONSEF/BA, Acórdão JJF nº 0156-03/19, Acórdão JJF nº 0080-03/19, e do Poder Judiciário da Bahia, bem como, do Superior Tribunal de Justiça.

Por todo exposto e por tudo o mais que consta dos autos, requer, que o CONSEF/BA decrete a nulidade total do auto de infração em apreço, e se assim não entender, o que admite por admitir, decida pela procedência parcial, excluindo as notas fiscais oriundas dos Estados que constam do anexo único do Decreto Revogado nº 14.213/12, por ser de direito e da mais Lídima Justiça.

Ademais, com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, requer que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente ao advogado Juvenal Sérgio Oliveira – OAB/BA 44.711, no endereço constante do rodapé da presente petição, sob pena de nulidade, tudo por ser de direito e da mais lídima justiça.

A Autuante presta informação fiscal fls.139/146. Repete a infração imputada ao autuado. Sintetiza os termos da defesa. Afirma que a defesa foi apresentada pelo contribuinte, tempestivamente, através do seu representante legal, devidamente identificado.

Afirma que o autuado acredita que a ação fiscal não merece prosperar por que: i) não foi intimada a corrigir inconsistências de sua EFD, como prescreve o art. 247, § 4º do RICMS/BA; ii) a fiscalização *“deixou de observar que a partir de janeiro de 2018 o Decreto nº 18.219/2017 revogou o Decreto nº 12.413/12, que considerava devido o imposto por substituição tributária, conforme consta do § 2º, do artigo 1º, do Decreto revogado. Tudo porque, adquiriu suas mercadorias dos atacadistas relacionados no anexo único do Decreto revogado e obedeceu ao regramento nele constante, como se pode observar nas notas fiscais em anexo (Doc.03).*

Afirma que o processo em discussão versa sobre erro na transcrição do valor do crédito destacado na documentação fiscal para a EFD, resultando em crédito a maior (infração 01).

Aduz que a primeira razão pela qual a autuada solicita a nulidade do procedimento refere-se ao fato de não haver sido intimada para retificação da escrita fiscal.

Informa que o parágrafo indicado pela autuada, que fundamenta o pedido de nulidade do processo, foi revogado no mesmo dia do envio do Termo de início de Fiscalização.

Comenta que tampouco as condições para a emissão da intimação foram atendidas: as EFD foram entregues e inconsistência não é sinônimo de infração. Todas as normas legais relacionadas à execução da auditoria foram atendidas, de modo que não há que se falar em nulidade por falta de observância do devido processo legal ou desobediência ao princípio da legalidade objetiva.

Afirma que a autuada assinala, como segunda razão para a nulidade do processo, o Decreto 18.219/2017, por meio do qual, o Governador do Estado da Bahia revogou na integralidade o Decreto 14.213/2012, com efeitos válidos a partir de 27 de janeiro de 2018.

Aduz que a infração em questão tem uma natureza bastante simples. Refere-se a erro na transcrição do valor destacado na NFe para a EFD. O presente processo refere-se a esta diferença. A fiscalização considera, conforme o decreto, que o valor correto é o que está destacado no documento fiscal.

Comenta que a CN Faria insiste na nulidade do processo, nos termos do art. 18 do RPAF/99. Remata que o servidor que lavrou o auto é competente para fazê-lo; a empresa teve, tem e exerceu seu direito de defesa; ainda não foi tomada decisão a respeito do processo; a infração e o infrator estão claramente

definidos. Não há, portanto, razões para a nulidade do processo. A fiscalização solicita a manutenção integral do auto de infração.

VOTO

Preliminarmente, o defendente com fulcro no artigo 272, § 5º do CPC, requereu que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente ao advogado Juvenal Sérgio Oliveira – OAB/BA 44.711, no endereço constante do rodapé da sua petição, sob pena de nulidade.

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, sob a alegação de que, como a ação fiscal foi baseada na EFD, deveria ter sido intimada para corrigir as inconsistências de sua Escrituração Fiscal Digital como determina o artigo 247, § 4º, do RICMS/BA (vigente a época da ocorrência).

Esta alegação será tratada como mérito e será devidamente apreciada oportunamente.

Analisando todos os elementos que compõem o presente processo, constato que não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na impugnação e na informação fiscal. O *quantum* devido está detalhadamente demonstrado nas planilhas que foram entregues ao Autuado, conforme Termo de Entrega dos demonstrativos fls. 08/09 e do CD fls.15/16.

Em relação ao lançamento, a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterá a identificação, o endereço e a qualificação do autuado. No caso em exame, o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, 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. Dessa forma, no que tange à mencionada infração, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada direta ou indiretamente pelo impugnante.

No mérito, a infração 01 trata de utilização indevida crédito fiscal de ICMS, em valor superior ao destacado no documento fiscal, nos meses de novembro e dezembro de 2017 e março de 2018.

O Autuado lançou em sua Escrituração Fiscal Digital / EFD, no livro Registro de Entradas, fl.11, se creditando dos valores glosados pela fiscalização, de crédito fiscal atribuído às notas fiscais – 215548, 217915, 108070 de 30/11/2017, 01/12/2017 e 22/03/2018, respectivamente, cópia fls.12/14, emitidas por estabelecimento do estado da Bahia, onde não havia qualquer destaque de ICMS.

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”.

O defendente não negou este fato, nem apontou erro de cálculo na apuração do imposto. Sua contestação abordou duas linhas de entendimento: a) a autuação teve por base sua EFD, portanto deveria ter sido intimado e dado o prazo de 30 dias para correções de possíveis inconsistências, o que não aconteceu; b) a fiscalização deixou de observar, que a partir de janeiro de 2018, o Decreto nº 18.219/2017, revogou o Decreto nº 12.413/12, que considerava devido o imposto por substituição tributária, conforme consta do § 2º, do artigo 1º do Decreto revogado.

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 inconsistências, compete ao contribuinte informar e corrigir os erros, antes da ação fiscal.

No presente caso, o contribuinte foi autuado, porque utilizou créditos fiscais decorrentes da aquisição de mercadorias onde o imposto não se encontrava destacado 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 com reflexos no recolhimento do imposto, ou seja, *“utilização indevida de crédito fiscal de ICMS oriundo de valor superior ao destacado no documento fiscal”*, em períodos sequenciados.

Nesta situação, caberia ao autuado, de posse da planilha elaborada pelo Autuante, comprovar que o registro indevido de tais créditos em sua EFD, não repercutiu na falta de recolhimento do imposto, no entanto, este procedimento foi totalmente ignorado pelo autuado, fato este que, ao meu ver, confirma a acusação fiscal de utilização indevida de crédito fiscal.

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.

O segundo argumento defensivo, é de que no caso em apreço, os valores constantes no presente lançamento, são decorrentes do Decreto 12.413/2012, e em consonância com o previsto no Convênio ICMS 190/2017, não devem ser exigidos, já que foram remidos e anistiados os créditos tributários constituídos, decorrentes do mencionado Decreto.

Sobre esta alegação, incorre em equívocos o defendente, visto que a presente lide não trata de valores glosados pela fiscalização, em função de benefícios ou incentivos fiscais concedidos pelo decreto 12.413/2012.

É importante registrar, que a Lei Complementar nº 160/2017, dispõe sobre Convênio que permite aos Estados e ao Distrito Federal deliberar sobre a remissão dos créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea "g", do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal e a reinstituição das respectivas isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiro-fiscais.

Sendo assim, como o lançamento ora discutido não afronta qualquer dispositivo constitucional, entendendo que os decretos invocados pela defesa, não são aplicáveis ao presente caso.

Relativamente à jurisprudência invocada pelo autuado, como o Acórdão JJF nº 0156-03/19 e Acórdão JJF nº 0080-03/19 deste CONSEF, registro que não se aplica ao caso em comento, por tratar-se de situações fáticas e matéria diversa da questão em lide.

Desta maneira, por se tratar de uma situação que não se enquadra na regra disciplinada pelo Art. 247, § 4º, do RICMS/BA, considero correto o procedimento fiscal, pois entendo que descaberia a expedição de intimação prévia para retificação de erro nos arquivos transmitidos, visto que a irregularidade apurada pela fiscalização não se trata de inconsistência passível de correção, mas de verdadeira infração à legislação de regência, razão pela qual, afasto o argumento de nulidade e, no mérito, conforme acima explicado, concluo pela subsistência da infração.

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 269130.0027/19-5, lavrado contra **C N FARIA**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$449.844,72**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso VII, alínea “a”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 02 de dezembro de 2021.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR